

Processo TC 023.410/2016-7 (com 37 peças)
Aposos: TC 032.099/2017-7 e TC 015.434/2018-4

Solicitação do Congresso Nacional
Embargos de Declaração

Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator,

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Mesa da Câmara dos Deputados (peça 35), representada por seu presidente, o Deputado Rodrigo Maia, contra o Acórdão 2.444/2016-Plenário (peça 29), proferido nestes autos de solicitação do Congresso Nacional, que cuida de requerimento formulado pela Senadora Lídice da Mata (Requerimento 26/2016-CAS), aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais e encaminhado a esta Corte pelo então presidente do Senado Federal, o Senador Renan Calheiros (peça 1).

No citado requerimento, foi solicitada a manifestação do Tribunal de Contas da União “*acerca da possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais, por entes públicos na área de saúde, especialmente a forma de contabilização dos pagamentos a título de fomento nos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (LRF)*” (peça 1, p. 2).

Os autos foram instruídos, inicialmente, pela Secretaria de Controle Externo da Saúde (Secex/Saúde), que se pronunciou apenas sobre a primeira parte do requerimento (peças 5 e 6), sugerindo que a segunda parte, relativa à forma de contabilização dos pagamentos nos limites de gastos de pessoal previstos na LRF, fosse analisada pela Secretaria de Macroavaliação Governamental (Semag).

Na sequência, foi proferido o Acórdão 2.057/2016-Plenário (peça 8), com o seguinte teor (grifou-se):

“9.1. conhecer da presente solicitação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 38, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 232, incisos I e III, do Regimento Interno/TCU;

9.2. informar à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, em referência ao Requerimento 26/2016, objeto do Ofício 1.016 (SF), de 3/8/2016, que:

9.2.1. o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 1.923, ratificou a constitucionalidade da contratação pelo Poder Público, por meio de contrato de gestão, de organizações sociais para a prestação de serviços públicos de saúde;

9.2.2. as fiscalizações realizadas por este Tribunal sobre o assunto nunca questionaram a constitucionalidade de tais contratações e partem do pressuposto de que elas se apresentam validamente instituídas pela Lei 9.637/1998 e são uma realidade corriqueiramente posta;

9.2.3. a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União (e.g. Acórdãos 3.239/2013 e 352/2016, ambos do Plenário deste Tribunal) é no sentido de reconhecer a possibilidade de realização de contratos de gestão com organizações sociais, com as seguintes orientações sobre a matéria:

9.2.3.1. apesar de abrir mão da execução direta dos serviços de saúde objeto de contratos de gestão, o Poder Público mantém responsabilidade de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados;

9.2.3.2. do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a

melhor opção, avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão;

9.2.3.3. a escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993;

9.2.3.4. as organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado;

9.2.3.5. não é necessário concurso público para organizações sociais selecionarem empregados que irão atuar nos serviços objeto de contrato de gestão, entretanto, durante o tempo em que mantiverem contrato de gestão com o Poder Público Federal, devem realizar processos seletivos com observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade;

9.2.3.6. os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990;

9.2.3.7. os contratos de gestão devem prever metas, com seus respectivos prazos de execução, bem assim indicadores de qualidade e produtividade, em consonância com o art. 7º, I, da Lei 9.637/1998;

9.2.3.8. os indicadores previstos nos contratos de gestão devem possuir os atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação dos resultados alcançados, abrangendo as dimensões necessárias à visão ampla acerca do desempenho da organização social;

9.2.3.9. a comissão a quem cabe avaliar os resultados atingidos no contrato de gestão, referida no art. 8º, §2º, da Lei 9.637/1998, deve ser formada por especialistas da área correspondente;

9.2.3.10. devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população;

9.2.3.11. os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados – demonstrando o controle da frequência dos profissionais, os procedimentos realizados, os pacientes atendidos – e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos;

9.2.3.12. não há amparo legal na contratação de mão de obra por entidade interposta mediante a celebração de termos de compromisso com organizações da sociedade civil de interesse público ou de instrumentos congêneres, tais como convênios, termos de cooperação ou termos de fomento, firmados com entidades sem fins lucrativos;

9.2.3.13. deve ser promovido, no âmbito das unidades federativas, o fortalecimento dos órgãos de controle e de gestão de modo a se permitir o acompanhamento efetivo dos contratos de gestão;

9.3. dar ciência desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, ao Presidente do Senado Federal e à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, enviando-lhes, adicionalmente, cópia dos Acórdãos 3.239/2013 e 352/2016, ambos do Plenário deste Tribunal, acompanhados dos respectivos relatório e voto;

- 9.4. encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentam, ao Ministério da Saúde, À Secretaria de Saúde do Governo do Distrito Federal, ao Tribunal de Contas do Distrito Federal e à Procuradoria da República no Distrito Federal;
- 9.5. remeter os presentes autos à Secretaria de Macroavaliação Governamental, após a realização das comunicações acima, para o exame da matéria concernente à forma de contabilização dos pagamentos dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais por entes públicos na área de saúde, para fins de verificação dos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar 101/2000, com a urgência que o caso requer para que sejam cumpridos os prazos da Resolução-TCU 215/2008;
- 9.6. declarar parcialmente atendida a solicitação.”

Os autos foram, então, encaminhados à Semag, que, em pronunciamentos uniformes, formulou a seguinte proposta de encaminhamento (peça 26, grifou-se):

- “a) informar à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, em referência ao Requerimento 26/2016, objeto do Ofício 1.016 (SF), de 3/8/2016, que:
- a.1) quanto às diferentes interpretações entre as jurisprudências que vêm se firmando no âmbito dos Tribunais de Contas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios sobre o impacto das despesas com pessoal de organizações sociais contratadas pelo Poder Público, quando da verificação do cálculo da despesa de pessoal dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 da Lei Complementar 101/2000, compete ao Congresso Nacional avaliar a oportunidade de dispor sobre a matéria de forma expressa em lei complementar, de modo a uniformizar a aplicação da norma geral de finanças públicas em toda Federação, considerando o risco de colapso financeiro (no caixa dos entes da Federação) decorrente de contratações indiscriminadas de organizações do Terceiro Setor para prestar serviços públicos;
- a.2) não há, no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, entendimento firmado no sentido de determinar a inclusão ou não das despesas com pagamento de pessoal pagos pelas organizações sociais que celebram contrato de gestão com a União, entendimento que, para ser firmado com a cautela que a matéria requer, merece ser precedido de uma discussão prévia com os Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, órgãos centrais de planejamento e de administração financeira da União, com competência para regulamentar aspectos fundamentais da gestão fiscal, a exemplo da consolidação das contas nacionais;
- a.3) no plano federal, ao dispor sobre as condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas com fundamento no art. 4º, inciso I, alínea ‘f’, da Lei Complementar 101/2000, a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União pode regulamentar, de forma expressa, o cômputo das despesas com pessoal das organizações sociais, apenas para fins de apuração do limite, sem alterar a natureza da despesa, cujo efeito prático seria tão somente evidenciar, em harmonia com os princípios da prudência e da prevenção de riscos que balizam a gestão fiscal responsável, a redução da margem de expansão da despesa com pessoal da União, à exemplo da sistemática regulamentada pelo art. 18, § 1º, da referida Lei Complementar, consideradas as diretrizes fixadas pelo art. 99 da Lei 13.080/2015 (LDO-2015), cujo texto se reproduz no art. 105 da Lei 13.242/2015 (LDO-2016);
- b) fixar, nos termos do art. 187 do Regimento Interno, o prazo de 15 (quinze) dias para os Ministros da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão se manifestarem, se assim desejarem, sobre a análise empreendida nestes autos, registrando que a não-apresentação, no prazo estabelecido, das manifestações pelos referidos Ministérios não será considerada motivo de sanção;
- c) dar ciência da decisão que vier a ser proferida nestes autos aos Presidentes das Comissões de Assuntos Sociais do Senado Federal (CAS/SF), de Seguridade Social e Família da Câmara

dos Deputados (CSSF/CD), Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO), assim como aos Ministros da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, com cópias da presente instrução, do Relatório, Voto e Acórdão que vierem a ser proferidos nestes autos.

d) retornar os presentes autos à Secretaria de Macroavaliação Governamental para arquivamento e eventual adoção das medidas necessárias em processo apartado.”

Divergindo parcialmente da unidade técnica especializada, o Plenário do Tribunal proferiu o Acórdão 2.444/2016-Plenário, com o seguinte teor (peça 29, grifou-se):

“9.1. informar à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, em referência ao segundo questionamento do Requerimento 26/2016, objeto do Ofício 1.016 (SF), de 3/8/2016, que:

9.1.1. não há, no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, deliberações que reconheçam como obrigatória a inclusão de despesas pagas a organizações sociais que celebram contrato de gestão financiado com fontes federais para fins de verificação do atendimento aos limites com gastos de pessoal estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal;

9.1.2. os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.923 confirmam que os contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em contratação de terceirizados. Embora, na prática, o TCU tenha observado, em várias situações, a contratação de organizações sociais apenas para servirem de intermediárias de mão de obra, tal fato não é motivo legítimo para que o instrumento seja tratado como se terceirização o fosse. Se bem utilizado, o contrato de gestão celebrado com organizações sociais pode e deve trazer benefícios;

9.1.3. o art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) e o art. 105 da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2016 (Lei 13.242/2015) exigem apenas a contabilização dos gastos com contratos de terceirização de mão de obra que se referem a substituição de servidores e empregados públicos e a contratação de pessoal por tempo determinado; assim, nem todo gasto com terceirização de mão de obra o legislador elegeu para fazer parte do cálculo do limite de despesa com pessoal;

9.1.4. conforme decidido pelo Plenário do TCU no Acórdão 2.057/2016 - TCU - Plenário, é de todo recomendável, especialmente em cenários de retração econômica e de insuficiência de recursos, que o gestor público analise todas as opções postas à disposição pela Constituição e pela legislação vigente, de forma a buscar modelos que vão ao encontro do princípio constitucional da eficiência, sempre tendo como objetivo o interesse público e o atendimento dos direitos dos cidadãos. Embora seja necessário fundamentar a opção pela adoção do modelo de parcerias com organizações sociais, é preciso ter presente que a autonomia do gestor e o livre exercício da opção política do governo democraticamente eleito, nos limites da lei, devem ser levados em consideração no exame pelo órgão de controle, sendo certo que a experiência de outras unidades federativas, bem como estudos e trabalhos que abordem o tema e promovam comparação entre os diversos modelos podem e devem servir de fundamento à decisão do Estado;

9.1.5. não se pode, todavia, olvidar dos riscos que a utilização abusiva desse instrumento pode acarretar ao equilíbrio fiscal do ente federativo. Assim, diante desses riscos e da omissão da LRF, cumpre ao Congresso Nacional sopesá-los com a realidade da assistência à saúde e a necessidade de prestação desses serviços à sociedade e, com base nisso, avaliar a oportunidade e a conveniência de legislar sobre a matéria, de forma a inserir ou não no cômputo de apuração dos limites previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000 as despesas com pessoal das organizações sociais;

- 9.2. dar ciência desta deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, ao Presidente do Senado Federal e à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, enviando-lhes, adicionalmente, cópia da instrução técnica constante à peça 26;
- 9.3. declarar totalmente atendida a solicitação, arquivando-se os autos.”

A Mesa da Câmara dos Deputados opôs embargos de declaração contra essa última deliberação, apontando omissões e obscuridades no julgado (peça 35).

II

De início, cabe registrar que os embargos de declaração merecem ser conhecidos, com efeito suspensivo, por preencherem os requisitos de admissibilidade aplicáveis.

De fato, os embargos são tempestivos, pois foram opostos dentro do prazo de 10 dias estipulado no art. 34, § 1º, da Lei 8.443/1992, contados da data da publicação do Acórdão 2.444/2016-Plenário no Diário Oficial da União (30/9/2016).

Outrossim, a Mesa da Câmara dos Deputados demonstrou, nos embargos, possuir razão legítima para intervir no feito (peça 35, pp. 1/3), ao consignar que o item 9.1.5 do acórdão embargado teria imposto ao Congresso Nacional o ônus de aprovar uma lei para que as despesas com pessoal efetuadas por organizações sociais que possuem contrato de gestão com o Poder Público sejam computadas nos limites previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF). Assim, evidencia-se o interesse da Câmara dos Deputados em esclarecer eventuais obscuridades e omissões no acórdão do TCU, bem como o alcance e a eficácia da deliberação, com o intuito de orientar os rumos de sua atuação legislativa.

Os principais argumentos de mérito aduzidos nos embargos são a seguir sintetizados:

a) a leitura conjugada dos itens 9.1.2, 9.1.3 e 9.1.5 do acórdão embargado e do respectivo voto condutor sugere que, para o TCU, os gastos com pessoal realizados pela via de contratos de gestão em condições semelhantes às estabelecidas no art. 18, § 1º, da LRF (em caráter de substituição de servidores e empregados públicos) não podem ser contabilizados como despesa de pessoal para fins do art. 19 da LRF, a menos que o Congresso Nacional edite norma determinando expressamente o contrário. É fundamental que o Tribunal esclareça se, mantida a redação vigente da LRF, tais despesas devem ou não ser contabilizadas no limite previsto no art. 19 da citada lei, pois dessa definição depende a incidência das medidas prudenciais a que se refere o art. 22 da LRF. Ressalte-se que a decisão do TCU pode estimular uma verdadeira corrida às organizações sociais como estratégia de burla ao limite legal de despesas com pessoal, aumentando o risco de “colapso financeiro” de alguns entes da federação;

b) o Requerimento 26/2016, da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, não tratou propriamente de solicitação de informações, mas de dúvida acerca da interpretação de dispositivo legal. Não obstante, o expediente foi autuado no TCU como solicitação do Congresso Nacional (SCN), aparentemente com base no art. 3º, II, da Resolução TCU 215/2008, que trata de “*solicitação de informação sobre fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de inspeções e auditorias realizadas, nos termos do art. 71, inciso VII, da Constituição Federal*”. A natureza do questionamento formulado pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS) parece se amoldar melhor ao instituto da consulta, que visa a dirimir “*dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência*” [art. 1º, XVII, da Lei 8.443/1992 e art. 264, *caput*, do Regimento Interno do TCU]. Considerando-se que a resposta à consulta, nos termos do art. 264, § 3º, do RI/TCU, “*tem caráter normativo e constitui prejudgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto*”, a autuação como SCN acaba criando uma obscuridade em relação à eficácia da decisão prolatada no acórdão embargado. Portanto, impõe-se que o Tribunal esclareça que a referida decisão não tem caráter normativo e não constitui prejudgamento da tese segundo a qual as despesas com pessoal efetuadas por organizações sociais em condições semelhantes às descritas no art. 18, § 1º, da LRF não são contabilizadas no limite previsto no art. 19 do mesmo diploma legal;

c) o acórdão embargado padece também de omissão, pois, confrontado com a dúvida levantada pela CAS, o Tribunal esquivou-se de adotar explicitamente uma tese, sugerindo que caberia ao Congresso Nacional fazê-lo por meio de alteração da lei. Contudo, a própria Semag sugeriu que o Tribunal fixasse um entendimento acerca da matéria, após a oitiva dos Ministérios da Fazenda e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. O Requerimento 26/2016-CAS instou o Tribunal a se manifestar sobre “*a forma de contabilização dos pagamentos a título de fomento nos limites de gastos de pessoal previstos na Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 (LRF)*”. O Tribunal deveria se manifestar de forma clara e incontroversa, à luz da legislação vigente, o que não ocorreu. A lacuna da lei, mencionada no item 9.1.5 do acórdão, não autoriza o Tribunal a se esquivar de atender ao questionamento a ele dirigido pela CAS, pois deve integrar a lacuna identificada pelos meios autorizados pelo Direito, notadamente a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A analogia com o art. 18, § 1º, da LRF, apenas para fins de cálculo do limite, sem desnaturar a despesa, é não só razoável como necessária. Revela-se o único meio de salvaguardar as contas públicas de um risco considerável e a interpretação mais adequada dos preceitos da LRF;

d) a invocação da decisão proferida pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923 mostra-se descabida, pois, na oportunidade, aquela Corte limitou-se a afirmar a constitucionalidade dos preceitos da Lei 9.647/1998. O fato de o STF ter recusado a tese de que as organizações sociais representariam uma espécie de terceirização da própria função pública não é fundamento suficiente para que se afaste a solução da questão formulada pela CAS com base em analogia com o art. 18, § 1º, da LRF. O STF reconhece que o propósito da norma contida no art. 18, § 1º, da LRF é “*evitar que a terceirização de mão-de-obra venha a ser utilizada com o fim de ladear o limite de gasto com pessoal. Tem, ainda, o mérito de erguer um dique à contratação indiscriminada de prestadores de serviço, valorizando o servidor público e o concurso*” (STF, ADI-MC 2.238, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJe 12/9/2008). Por essa razão, a analogia entre a contratação de trabalhadores terceirizados e de prestadores de serviço por meio de organizações sociais justifica-se à luz da própria jurisprudência do STF.

Ao final, a embargante requer o conhecimento dos embargos, com efeito suspensivo, e, no mérito, que o Tribunal:

a) declare expressamente que o Acórdão 2.444/2016-Plenário, prolatado em razão de procedimento autuado como solicitação do Congresso Nacional, não possui caráter normativo e nem constitui prejulgamento de qualquer tese jurídica, ou que, alternativamente, esclareça qual a eficácia dessa decisão, indicando o fundamento legal pertinente;

b) esclareça se, mantida a redação vigente da Lei Complementar 101/2000, os itens 9.1.2, 9.1.3, e, em especial, o item 9.1.5 do Acórdão 2.444/2016 impedem, para todas as finalidades legais, o cômputo das despesas com pessoal efetuadas por organizações sociais em condições semelhantes às descritas no art. 18, § 1º, da LRF no limite previsto no art. 19 do mesmo diploma legal; e

c) caso entenda que a decisão consubstanciada no acórdão ora embargado, notadamente no item 9.1.5, impede o cômputo das despesas com pessoal efetuadas por organizações sociais em condições semelhantes às descritas no art. 18, § 1º, da LRF no limite previsto no art. 19 do mesmo diploma legal, atribua efeitos infringentes aos embargos, nos termos do art. 287, § 7º, RI/TCU, para rever essa tese com base nos fundamentos apresentados nos embargos, determinando que, por analogia, as despesas com pessoal efetuadas por organizações sociais em condições semelhantes às descritas no art. 18, § 1º, da LRF inserem-se obrigatoriamente no limite previsto no art. 19 do mesmo diploma legal.

III

Ao ver do Ministério Público de Contas, os embargos de declaração merecem ser acolhidos, pelos motivos expostos a seguir.

A presente solicitação do Congresso Nacional foi conhecida com fundamento no art. 38, II, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 232, I e III, do Regimento Interno do TCU (item 9.1 do Acórdão 2.057/2016-Plenário), que assim dispõem:

“Art. 38. Compete, ainda, ao Tribunal:

(...)

II - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por suas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de inspeções e auditorias realizadas;” (Lei 8.443/1992)

“Art. 232. Nos termos dos incisos IV e VII do art. 71 e § 1º do art. 72 da Constituição Federal, são competentes para solicitar ao Tribunal a prestação de informações e a realização de auditorias e inspeções:

I – Presidente do Senado Federal;

(...)

III – presidentes de comissões do Congresso Nacional, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados, quando por aquelas aprovadas.” (Regimento Interno/TCU)

O disposto no art. 38, II, da Lei 8.443/1992 advém da competência estatuída pelo art. 71, VII, da Constituição Federal, transcrito a seguir:

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;”

A fim de regulamentar as formas de atendimento às solicitações de que trata o art. 232 do Regimento Interno, o TCU editou a Resolução 215/2008. Os artigos 3º e 17 dessa resolução assim dispõem (grifou-se):

“Art. 3º A solicitação do Congresso Nacional encaminhada ao Tribunal classifica-se em:

I - solicitação de fiscalização de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e demais entidades da Administração Pública, nos termos do art. 71, inciso IV, da Constituição Federal;

II - solicitação de informação sobre fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de inspeções e auditorias realizadas, nos termos do art. 71, inciso VII, da Constituição Federal;

III - solicitação de pronunciamento conclusivo sobre regularidade de despesa, nos termos do art. 72, *caput* e § 1º, da Constituição Federal.

IV - solicitação de providências em relação às conclusões de relatório de comissão parlamentar de inquérito, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 10.001/2000. (AC)(Resolução - TCU nº 248, de 25/04/2012, BTCU nº 16/2012, DOU de 07/05/2012)

(...)

Art. 17. A solicitação do Congresso Nacional é considerada integralmente atendida quando há comunicação ao colegiado solicitante da deliberação que determina:

I - no caso de solicitação de informação, o encaminhamento de informações, peças e documentos requeridos e, se for o caso, do primeiro posicionamento do Tribunal antes de eventuais recursos;

II - no caso de solicitação de fiscalização, o encaminhamento do resultado dos trabalhos realizados e demais peças julgadas pertinentes, bem como do primeiro posicionamento do Tribunal antes de eventuais recursos ou de eventual conversão em tomada de contas especial;

III - no caso de solicitação de pronunciamento conclusivo, o encaminhamento da manifestação conclusiva do Tribunal.

IV - no caso de solicitação de providências em relação às conclusões de relatório de comissão parlamentar de inquérito, o encaminhamento do resultado dos trabalhos realizados e demais peças julgadas pertinentes, bem como do primeiro posicionamento do Tribunal antes de eventuais recursos ou de eventual conversão em tomada de contas especial, caso tenha sido autuado processo de fiscalização nos termos do § 5º do art. 15 desta Resolução, ou as justificativas acerca da desnecessidade de atuação por parte da Corte de Contas no tocante ao assunto tratado no relatório da comissão. (AC) (Resolução-TCU nº 248, de 25/04/2012, BTCU nº 16/2012, DOU de 07/05/2012)”

Bem se vê que o objeto do processo, da forma em que admitido, era a prestação de informações ao Congresso Nacional sobre fiscalizações efetuadas pelo TCU a respeito da possibilidade de celebração de contratos de gestão com organizações sociais na área de saúde e sobre o cômputo das despesas decorrentes desses contratos nos limites de despesa de pessoal previstos no art. 19 da LRF.

Da leitura conjunta do voto condutor e dos itens 9.1.2, 9.1.3 e 9.1.5 do Acórdão 2.444/2016-Plenário, percebe-se que o TCU não se limitou a prestar informações ao Congresso sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial ou sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas, mas foi além, ao manifestar o entendimento, até então inédito na jurisprudência do TCU, de que os contratos de gestão celebrados pela União com organizações sociais não deveriam ser equiparados aos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos, a que alude o art. 18, § 1º, da LRF. Desse modo, entendeu o TCU, na deliberação embargada, que as despesas com mão de obra efetuadas pelas organizações sociais não deveriam ser consideradas como despesas de pessoal para fins de verificação do atendimento aos limites percentuais previstos no art. 19 da LRF, a menos que seja editada lei dispondo de forma diversa. Transcrevem-se, a seguir, excertos do voto condutor do acórdão embargado que ilustram tal entendimento (grifos originais e acrescidos):

“10. Conforme bem anotado pela Semag, de fato, este Tribunal ainda não firmou entendimento explícito sobre a necessidade de contabilização dos pagamentos realizados pela União a organizações sociais contratadas por meio de contrato de gestão, para fins de apuração dos limites com gastos de pessoal estabelecidos pela Lei Complementar 101/2000 (LRF).

11. Verifico, todavia, que, nos processos em que esta Casa se pronunciou sobre a observância ao art. 20 da LRF, foram consideradas para verificação do atendimento ao limite, além dos gastos corriqueiros com pessoal (art. 18, *caput*, da LRF), apenas as despesas com contratação de pessoal por tempo determinado e de mão de obra terceirizada quando caracterizasse m substituição de servidores e empregados públicos (Ex.: Acórdãos 2118/2016, 2.884/2015 e 3.239/2013, todos do Plenário).

(...)

13. Não existem, portanto, deliberações desta Corte que reconheçam como obrigatória a inclusão de despesas pagas a organizações sociais que celebram contrato de gestão com a União para fins de verificação do atendimento aos limites com gastos de pessoal estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

14. Tal cenário se coaduna com a legislação em vigor. Observem-se os dispositivos legais que tratam do assunto:

Lei Complementar 101/2000 (LRF)

‘Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘Outras Despesas de Pessoal’.

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.’ (destaco)

Lei 13.242/2015 (LDO 2016)

‘Art. 105. Para apuração da despesa com pessoal, prevista no art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, deverão ser incluídas as despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da Lei nº 8.745, de 1993, bem como as despesas com serviços de terceiros quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos.

§ 1º As despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado a que se refere o *caput*, quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos, deverão ser classificadas no GND 1, salvo disposição em contrário constante da legislação vigente.

§ 2º O disposto no § 1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, não se constituindo em despesas classificáveis no GND 1.’

15. Releva notar que, **quando o legislador quis acrescentar situações controversas ao cálculo dos limites com pessoal, ele o fez explicitamente nos normativos legais.**

16. Embora seja natural o ímpeto de querer dar soluções para o que se vê ser um problema, o julgador não deve esquecer-se dos limites de sua competência.

17. Traçar uma analogia entre terceirização de mão de obra e contratação de organização social, com o intuito de ampliar o alcance do art. 18, §1º, da LRF, ou do art. 105 da LDO 2016, não me parece ser a melhor hermenêutica, pois os dois institutos possuem natureza completamente distintas. O primeiro visa tão somente suprir a contratante de mão de obra, enquanto que o segundo tem a finalidade de transferir determinadas atividades para o setor privado, visando a parceria no atingimento de metas.

(...)

19. Frise-se que dois pontos característicos do contrato de gestão celebrado com as organizações sociais são a ‘parceria’ e o ‘fomento’, o que o distingue de mera contratação de mão de obra.

(...)

21. Por fim, os fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.923 confirmam que os contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em contratação de terceirizados.

(...)

25. O art. 18, §1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal e o art. 105 da Lei de Diretrizes Orçamentárias 2016 (Lei 13.242/2015) exigem apenas a contabilização dos gastos com contratos de terceirização de mão de obra que se referem a substituição de servidores e empregados públicos e a contratação de pessoal por tempo determinado. Assim, nem todo gasto com terceirização de mão de obra o legislador elegeu para fazer parte do cálculo do limite de despesa com pessoal. Se a norma restringe os casos de contabilização dos gastos com terceirização, com maior razão **conclui-se que as despesas com contratação de organizações sociais não devem ser computadas para finalidade do art. 19 da LRF.**

(...)

28. Não se pode, todavia, olvidar dos riscos que a utilização abusiva desse instrumento pode acarretar ao equilíbrio fiscal do ente federativo, conforme esmiuçado pela unidade instrutora. Ao não fazer parte dos limites impostos pela lei, as contratações excessivas de organizações sociais para prestação de serviços públicos, seja na área da saúde, ou em qualquer outra seara, podem levar a um colapso financeiro do ente público. Isso porque, ao prestar os serviços por outros meios, os gastos com pessoal do ente público tendem a diminuir, aumentando a margem para atingimento do limite de 60% da receita corrente líquida (RCL). Tal margem pode ser preenchida com aumentos sucessivos da remuneração de servidores e/ou empregados, o que se mostra de difícil reversão. Ao mesmo tempo, as despesas com organizações sociais passam a disputar a parcela de 40% da receita corrente líquida destinada a despesas de custeio, dívida pública e investimentos.

29. Portanto, **diante desses riscos e da omissão da LRF, cumpre ao Congresso Nacional sopesá-los com a realidade da assistência à saúde e a necessidade de prestação desses serviços à sociedade e, com base nisso, avaliar a oportunidade e a conveniência de legislar sobre a matéria, de forma a inserir ou não no cômputo de apuração dos limites previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000 as despesas com pessoal das organizações sociais.**”

Esse entendimento manifestado no voto de Vossa Excelência refletiu-se nos itens 9.1.2, 9.1.3 e 9.1.5 do correspondente acórdão, em especial neste último item, que consignou caber ao Congresso Nacional avaliar a oportunidade e a conveniência de legislar sobre a matéria, de forma a inserir ou não no cômputo de apuração dos limites previstos no art. 19 da Lei Complementar 101/2000 as despesas com pessoal das organizações sociais.

Tendo em vista que esse entendimento, que partiu de uma dada interpretação, em tese, do art. 18, § 1º, da LRF e do art. 105 da Lei 13.242/2015 (LDO/2015), foi proferido em sede de processo de solicitação do Congresso Nacional, e não em sede de processo de consulta, é preciso esclarecer, como requerido pela embargante, que o entendimento contido nos itens 9.1.2, 9.1.3 e 9.1.5 do Acórdão 2.444/2016-Plenário não possui caráter normativo e nem constitui prejulgamento de tese.

Ainda que o requerimento formulado pela CAS tenha visado a dirimir dúvida sobre a aplicação de dispositivos legais, a sua admissão e o seu julgamento como solicitação do Congresso Nacional impedem que se atribua à resposta dada à CAS os efeitos típicos da resposta à consulta, estabelecidos no art. 1º, § 2º, da Lei 8.443/1992.

Portanto, o entendimento contido nos itens 9.1.2, 9.1.3 e 9.1.5 do acórdão embargado não tem o condão de vincular futuros julgamentos a serem proferidos pelo TCU, nem tem o condão de vincular as unidades jurisdicionadas do TCU e os gestores de recursos públicos federais.

Conquanto o acórdão embargado não possua caráter normativo ou vinculante, é evidente que, com sua prolação, o TCU sinalizou para o Congresso Nacional e para toda a sociedade que as despesas de pessoal das organizações sociais que mantêm contrato de gestão com o Poder Público, de acordo com a legislação em vigor, não deveriam ser computadas nos limites de despesas de pessoal previstos no art. 19 da LRF.

Ao ver do Ministério Público de Contas, a interpretação teleológica da Lei de Responsabilidade Fiscal conduz a entendimento diverso daquele que foi adotado no Acórdão 2.444/2016-Plenário.

Para contextualizar o exame da questão, reproduzem-se, a seguir, alguns dispositivos da Lei Complementar 101/2000 (grifou-se):

“Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

(...)

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como 'Outras Despesas de Pessoal'.

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

- I - União: 50% (cinquenta por cento);
- II - Estados: 60% (sessenta por cento);
- III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

(...)

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

- I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;
- II - criação de cargo, emprego ou função;
- III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;
- IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;
- V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

§ 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos. (Vide ADIN 2.238-5)

§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária. (Vide ADIN 2.238-5)

§ 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, o ente não poderá:

I - receber transferências voluntárias;

II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente;

III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.

§ 4º As restrições do § 3º aplicam-se imediatamente se a despesa total com pessoal exceder o limite no primeiro quadrimestre do último ano do mandato dos titulares de Poder ou órgão referidos no art. 20.

§ 5º As restrições previstas no § 3º deste artigo não se aplicam ao Município em caso de queda de receita real superior a 10% (dez por cento), em comparação ao correspondente quadrimestre do exercício financeiro anterior, devido a: (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

I – diminuição das transferências recebidas do Fundo de Participação dos Municípios decorrente de concessão de isenções tributárias pela União; e (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

II – diminuição das receitas recebidas de royalties e participações especiais. (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)

§ 6º O disposto no § 5º deste artigo só se aplica caso a despesa total com pessoal do quadrimestre vigente não ultrapasse o limite percentual previsto no art. 19 desta Lei Complementar, considerada, para este cálculo, a receita corrente líquida do quadrimestre correspondente do ano anterior atualizada monetariamente. (Incluído pela Lei Complementar nº 164, de 2018)”

Como se vê, os objetivos principais da LRF são a prevenção de riscos e a correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas e um importante meio para se alcançar esses objetivos é justamente o controle das despesas públicas com pagamento de pessoal.

Nessa linha, foram fixados limites prudenciais e máximos para a realização de despesas de pessoal por parte dos entes da Federação, calculados com base em percentuais das respectivas receitas correntes líquidas. Quando tais limites são ultrapassados, o ente da federação fica sujeito a uma série de restrições.

Visando a coibir eventual burla a esses limites, o § 1º do art. 18 da LRF determinou que os valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos devem ser contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2.238/DF, em 9/8/2007 (acórdão publicado no DJe em 12/9/2008), entendeu que não há inconstitucionalidade a registrar quanto ao § 1º do art. 18 da LRF. Entendeu, também, que os objetivos do dispositivo eram valorizar o servidor público e o concurso e impedir que o Poder Público contornasse o limite de gasto com pessoal, conforme seguinte excerto do voto proferido pelo então Relator, Ministro Ilmar Galvão (grifou-se):

“14. **Art. 18, § 1º.**

O dispositivo manda contabilizar como ‘outras despesas de pessoal’ os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra, o que, a juízo dos autores, contraria a norma do art. 37, II e XXI, da CF.

Ocorre que a terceirização de mão-de-obra, prática já corriqueira na Administração, poderá vir a ser largamente utilizada na substituição de pessoal, pelo Poder Público, com o fito de ladear o limite de gasto com pessoal.

A providência legal, de finalidade contábil, em ainda o mérito de pôr um dique à contratação indiscriminada de prestadores de serviço, valorizando o servidor público e o concurso.

Não há inconstitucionalidade a registrar”.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias da União para 2001 (LDO/2001 – Lei 9.995/2000), bem como as LDOs subsequentes, vêm disciplinando a questão da aplicação do art. 18, § 1º, da LRF, consoante exemplos a seguir:

“Art. 64. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.

Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do *caput*, os contratos de terceirização relativos a execução indireta de atividades que, simultaneamente:

I - sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade;

II - não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente.” (LDO/2001 - Lei 9.995/2000)

“Art. 105. Para apuração da despesa com pessoal prevista no art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, deverão ser incluídas as relativas à contratação de pessoal por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos da Lei nº 8.745, de 1993, bem como as despesas com serviços de terceiros quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos.

§ 1º As despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado a que se refere o *caput*, quando caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos, deverão ser classificadas no GND 1, salvo disposição em contrário constante da legislação vigente.

§ 2º Aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, não se constituindo em despesas classificáveis no GND 1, o disposto no § 1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, cujas despesas deverão ser classificadas no elemento de despesa 34, como outras despesas correntes.” (LDO/2019 – Lei 13.707/2018, grifou-se)

A teor do art. 105 da LDO/2019, cuja redação é quase idêntica à do art. 104 da LDO/2018 (Lei 13.473/2017), as despesas com serviços de terceiros que caracterizarem substituição de servidores e empregados públicos são computadas no total de despesa de pessoal e classificam-se no Grupo de Natureza de Despesa de outras despesas correntes (GND 3), elemento de despesa 34, exceto as despesas relativas à contratação de pessoal por tempo determinado, que se classificam no grupo de pessoal e encargos sociais (GND 1).

Cabe esclarecer que a classificação das despesas com contratos de terceirização de mão de obra que caracterizam substituição de servidores ou empregados públicos no GND 3, e não no GND 1, foi considerada adequada pelo TCU, como se percebe do seguinte excerto do relatório do Acórdão 1.037/2010-Plenário (grifou-se):

“43. Conforme já adiantado, o objetivo do legislador ao inserir o § 1º do art. 18 da LRF era barrar a contratação indiscriminada de prestadores de serviço com o fito de burlar o limite de gasto de pessoal e tornar inócua a vedação do art. 19 da LRF.

44. Tal objetivo pode ser alcançado independentemente da classificação orçamentária dessas despesas, desde que seja encontrada uma forma de identificação da ocorrência das despesas com ‘terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos’ e contabilizá-las de forma individualizada para fins de apuração do cumprimento do limite e de maior transparência dos gastos públicos.

45. Além disso, o § 1º do art. 18 da LRF não teve como objetivo mudar a natureza jurídica das despesas com pessoal terceirizado, pois se esse fosse o objetivo da norma a despesa com pessoal terceirizado estaria inserida no *caput* do art. 18 da LRF e não de forma destacada no §1º, *in verbis*:

(...)

46. Nos termos do que dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, os contratos a que se refere o § 1º do art. 18 da LRF referem-se a serviços, ou em alguns casos a obras. Equiparar as expressões ‘entende-se como despesa com pessoal’ do *caput* do art. 18 da LRF e ‘serão contabilizados como outras despesas de pessoal’ do § 1º do mesmo artigo implica em equiparar os trabalhadores contratados pelos prestadores destes serviços aos servidores públicos contratados legalmente, na medida em que considera as despesas contratuais como despesas de pessoal, o que no contexto do inciso II do art. 37 da Constituição, que trata da investidura em cargo ou emprego público, seria inconstitucional.

47. A fim de dar interpretação conforme a Constituição ao disposto no § 1º do art. 18 da LRF e considerando o entendimento da Secretaria de Orçamento Federal – SOF e da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, responsáveis pela classificação orçamentária e contábil das despesas da União, deve-se interpretar o disposto no § 1º do art. 18 da LRF como um mandamento legal para que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos sejam somados às despesas de pessoal definidas no *caput* do art. 18 da LRF quando da verificação do cumprimento dos limites da despesa com pessoal previstos no art. 19 da mesma lei.

48. A esse respeito, como bem lembrado pela SOF e pela STN, desde 2001, a LDO vem explicitando que as despesas de contrato de terceirização não são consideradas como despesa de pessoal, mas são somadas a elas para fins de apuração e cumprimento do limite da despesa total com pessoal estabelecido pela LRF.”

Mediante o citado acórdão, foram expedidas as seguintes determinações:

“9.4. determinar à Secretaria de Orçamento Federal – SOF e à Secretaria do Tesouro Nacional – STN que adotem as providências necessárias para que, a partir da publicação do Relatório Gestão Fiscal do 2º quadrimestre de 2010, os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra referentes à substituição de servidores e empregados públicos sejam somados às despesas de pessoal definidas no caput do art. 18 da Lei Complementar nº 101/ 2000, quando da verificação do cumprimento dos limites da despesa com pessoal previstos no art. 19 da mesma lei;

9.5. determinar à Secretaria do Tesouro Nacional – STN, na condição de órgão central de contabilidade, e à Secretaria Federal de Controle Interno – SFC, na condição de órgão central de controle interno, que adotem as providências necessárias para que as unidades gestoras do Poder Executivo façam a adequada classificação orçamentária e contábil das despesas com terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos;”

Visando a dar cumprimento a tais determinações, foi editada a Portaria Conjunta STN/SOF 1, de 18/6/2010, que alterou a Portaria Interministerial STN/SOF 163, de 4/5/2001. Entre as alterações efetuadas, está a mudança das descrições do GND 1 e do Elemento de Despesa 34 – “*Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de Terceirização*”. Este último passou a ser descrito como “*Despesas orçamentárias relativas à mão-de-obra constantes dos contratos de terceirização, de acordo com o art. 18, § 1º, da Lei Complementar nº 101, de 2000, computadas para fins de limites da despesa total com pessoal previstos no art. 19 dessa Lei.*”

Registre-se que, à época da prolação do Acórdão 1.037/2010-Plenário, que apreciou processo de acompanhamento dos Relatórios de Gestão Fiscal (RGF) referentes ao 3º quadrimestre de 2009, a preocupação do Tribunal era a de que as contratações irregulares de pessoal terceirizado para atuar em atividades finalísticas do órgão/ente contratante fossem devidamente computadas nos limites de pessoal da LRF. Assim, não houve, na ocasião, exame acerca do tratamento a ser dado às despesas com funcionários das organizações sociais, que exercem, regularmente, atribuições finalísticas do órgão/ente público.

Nesse cenário, é preciso definir se as despesas de pessoal das organizações sociais que prestam serviços públicos na área fim do ente público contratante podem ou não ser consideradas como serviços de terceiros que caracterizam substituição de servidores ou empregados públicos.

Ao ver do MP de Contas, é inegável que os dirigentes e funcionários das organizações sociais que prestam serviços públicos, a exemplo das organizações sociais que gerenciam unidades de saúde públicas, estão, sim, atuando em caráter de substituição a servidores/empregados públicos, caso estejam exercendo as atribuições finalísticas do ente contratante.

Em muitos casos, inclusive, o contrato de gestão é celebrado justamente para a transferência das atribuições de um órgão ou entidade públicos para uma determinada organização social, com a consequente extinção do órgão/entidade.

Alguns dispositivos da Lei 9.637/1998, a qual dispõe sobre “*a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais*”, bem evidenciam esse caráter de substituição de atividades, inclusive finalísticas, antes exercidas pela Administração Pública, que passam a ser exercidas pela organização social. Citem-se, por exemplo, os seguintes dispositivos (grifou-se):

“Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

(...)

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

(...)

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

(...)

Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor cedido que não atua diretamente na unidade que exerce a atividade publicizada perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem quando for ocupante de primeiro ou segundo escalão na organização social. (Redação dada pela Medida Provisória nº 850, de 2018)

(...)

Art. 18. A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Art. 19. As entidades que absorverem atividades de rádio e televisão educativa poderão receber recursos e veicular publicidade institucional de entidades de direito público ou privado, a título de apoio cultural, admitindo-se o patrocínio de programas, eventos e projetos, vedada a veiculação remunerada de anúncios e outras práticas que configurem comercialização de seus intervalos. (Regulamento)

Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: (Regulamento)

I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;

II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;

III - controle social das ações de forma transparente.

Art. 21. São extintos o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República.

§ 1º Competirá ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado supervisionar o processo de inventário do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, a cargo do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, cabendo-lhe realizá-lo para a Fundação Roquette Pinto.

§ 2º No curso do processo de inventário da Fundação Roquette Pinto e até a assinatura do contrato de gestão, a continuidade das atividades sociais ficará sob a supervisão da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

§ 3º É o Poder Executivo autorizado a qualificar como organizações sociais, nos termos desta Lei, as pessoas jurídicas de direito privado indicadas no Anexo I, bem assim a permitir a absorção de atividades desempenhadas pelas entidades extintas por este artigo.

§ 4º Os processos judiciais em que a Fundação Roquette Pinto seja parte, ativa ou passivamente, serão transferidos para a União, na qualidade de sucessora, sendo representada pela Advocacia-Geral da União.

Art. 22. As extinções e a absorção de atividades e serviços por organizações sociais de que trata esta Lei observarão os seguintes preceitos:

I - os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério exclusivo, a cessão de servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§ 1º e 2º do art. 14;

II - a desativação das unidades extintas será realizada mediante inventário de seus bens imóveis e de seu acervo físico, documental e material, bem como dos contratos e convênios, com a adoção de providências dirigidas à manutenção e ao prosseguimento das atividades sociais a cargo dessas unidades, nos termos da legislação aplicável em cada caso;

III - os recursos e as receitas orçamentárias de qualquer natureza, destinados às unidades extintas, serão utilizados no processo de inventário e para a manutenção e o financiamento das atividades sociais até a assinatura do contrato de gestão;

IV - quando necessário, parcela dos recursos orçamentários poderá ser reprogramada, mediante crédito especial a ser enviado ao Congresso Nacional, para o órgão ou entidade supervisora dos contratos de gestão, para o fomento das atividades sociais, assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso financeiro para a organização social;

V - encerrados os processos de inventário, os cargos efetivos vagos e os em comissão serão considerados extintos;

VI - a organização social que tiver absorvido as atribuições das unidades extintas poderá adotar os símbolos designativos destes, seguidos da identificação 'OS'.

§ 1º A absorção pelas organizações sociais das atividades das unidades extintas efetivar-se-á mediante a celebração de contrato de gestão, na forma dos arts. 6º e 7º.

§ 2º Poderá ser adicionada às dotações orçamentárias referidas no inciso IV parcela dos recursos decorrentes da economia de despesa incorrida pela União com os cargos e funções comissionados existentes nas unidades extintas."

Os trechos destacados acima bem demonstram que os contratos de gestão visam à absorção, por organizações sociais, de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos que atuem nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Nesse contexto, a própria Lei 9.637/1998 (originada da MP 1.591, de 9/10/1997) dispôs sobre a extinção de um órgão público (Laboratório Nacional de Luz Síncrotron) e de uma entidade pública (Fundação Roquette Pinto), permitindo a absorção de suas atividades, respectivamente, pelas entidades privadas Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron – ABTLuS (nova denominação: Centro Nacional de Pesquisa em Energia e Materiais – CNPEM, CNPJ: 01.576.817/0001-75) e Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto – ACERP (CNPJ: 02.196.013/0001-03), após sua devida qualificação como organizações sociais.

Nesse sentido, é prevista a transferência, para as organizações sociais, de recursos financeiros, de bens móveis e imóveis e até de servidores.

No caso dos servidores cedidos para as organizações sociais, a lei prevê a possibilidade de pagamento, com recursos do contrato de gestão, da remuneração adicional relativa ao exercício de função temporária de direção e assessoria. A lei também prevê que, caso um servidor cedido seja desligado da organização social, os valores do contrato de gestão sejam aumentados para compensar esse desligamento.

Ademais, na hipótese de extinção de órgão ou entidade públicos, os valores destinados ao contrato de gestão podem ser majorados pelo montante da economia de despesa incorrida com os cargos em comissão e funções comissionadas existentes na unidade extinta.

O Decreto 9.190/2017, que regulamentou o disposto no art. 20 da Lei 9.637/1998, também trouxe dispositivos que tratam da absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União por organizações sociais, a exemplo dos seguintes (grifou-se):

“Art. 1º O Programa Nacional de Publicização - PNP, destinado à absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos da União pelas organizações sociais qualificadas conforme o disposto na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 e neste Decreto, será implementado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - alinhamento aos princípios e aos objetivos estratégicos da política pública correspondente, respeitadas as especificidades de regulação do setor;

- II - ênfase no atendimento ao cliente-cidadão;
- III - ênfase nos resultados qualitativos e quantitativos, nos prazos pactuados; e
- IV - controle social das ações de forma transparente.

Parágrafo único. A qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como organizações sociais tem por objetivo o estabelecimento de parcerias de longo prazo, com vistas à prestação, de forma contínua, de serviços de interesse público à comunidade beneficiária.

(...)

Art. 7º A proposta de publicização das atividades de que trata o art. 1º da Lei nº 9.637, de 1998, será encaminhada pelo Ministro de Estado supervisor da área ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, devidamente justificada, e explicitará as razões que fundamentam a conveniência e a oportunidade da opção pelo modelo das organizações sociais, observado o disposto no art. 4º do Decreto nº 6.944, de 21 de agosto de 2009.

§ 1º A fundamentação de que trata o **caput** conterá todas as informações pertinentes à tomada de decisão, entre as quais:

I - a descrição das atividades;

II - a análise e a caracterização da comunidade beneficiária das atividades e a definição dos órgãos e das entidades públicos responsáveis pela supervisão e pelo financiamento da organização social;

III - os objetivos em termos de melhoria para o cidadão-cliente na prestação dos serviços com a adoção do modelo de organização social;

IV - a demonstração, em termos do custo-benefício esperado, da absorção da atividade por organização social, em substituição à atuação direta do Estado, considerados os impactos esperados a curto, médio e longo prazo;

V - as informações sobre cargos, funções, gratificações, recursos orçamentários e físicos que serão desmobilizados, quando a decisão implicar em extinção de órgão, entidade ou unidade administrativa da administração pública federal responsável pelo desenvolvimento das atividades;

VI - análise quantitativa e qualitativa dos profissionais atualmente envolvidos com a execução da atividade, com vistas ao aproveitamento em outra atividade ou à cessão para a entidade privada selecionada;

VII - previsão de eventual cessão de imóveis e de outros bens materiais; e

VIII - a estimativa de recursos financeiros para o desenvolvimento da atividade durante o primeiro exercício de vigência do contrato de gestão e para os três exercícios subsequentes.

(...)

Art. 10. O processo de seleção da entidade privada se iniciará com a divulgação de chamamento público pelo órgão supervisor ou pela entidade supervisora da atividade, que definirá, entre outros aspectos:

(...)

IV - as condições específicas da absorção das atividades, tais como a cessão de imóveis e outros bens materiais e de servidores envolvidos na atividade em processo de publicização, se for o caso;

(...)

Art. 13. A qualificação de entidade privada como organização social será formalizada em ato do Presidente da República, a partir de proposição do Ministro de Estado supervisor da área, e se for o caso, com anuência da autoridade titular da entidade supervisora, precedida de manifestação do Ministro de Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Parágrafo único. O ato de qualificação de entidade privada como organização social será específico e indicará a entidade privada qualificada, a atividade, o número do processo administrativo relativo ao chamamento público e a identificação do órgão ou da entidade da administração pública federal cujas atividades serão absorvidas pela organização social.”

A característica de transferência da execução de serviços públicos para organizações sociais, com a conseqüente substituição, ainda que gradativa, de servidores públicos por empregados das organizações sociais, advém da própria política pública que deu origem à Lei 9.637/1998, como bem evidenciado pelo seguinte trecho do relatório do Acórdão 3.239/2013-Plenário (Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues, grifou-se):

“11. A transferência do gerenciamento de serviços de saúde foi prevista originalmente no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE; BRASIL, 1995), documento referencial da reforma gerencial promovida pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, que previa a ‘publicização’ dos serviços não exclusivos de Estado para entidades sem fins lucrativos qualificadas como organizações sociais e que assinassem contrato de gestão com o poder público.

12. O Plano Diretor diferenciou quatro setores no aparelho do Estado. O Núcleo Estratégico seria formado pela cúpula dos três poderes e do Ministério Público, responsável pela definição das leis e das políticas públicas. O setor das Atividades Exclusivas seria responsável pelos serviços que podem ser prestados apenas pelo Estado devido à presença do poder extroverso, como regulação, fiscalização e fomento. O setor de Serviços Não Exclusivos corresponde às atividades que podem ser exercidas simultaneamente pelo Estado e pela esfera privada, mas que devem ser fomentadas pelo poder público em função de serem relacionadas a direitos humanos fundamentais ou gerarem economias externas relevantes, como saúde, educação, assistência social, cultura. Por fim, o setor de Bens e Serviços para o Mercado envolve atividades típicas da iniciativa privada e que foram assumidas pelo Estado devido à falta de recursos dos agentes privados para investir ou em função de constituírem monopólios, mas que deveriam ser privatizadas, na visão do Plano.

13. Para o setor de serviços não exclusivos, dentro do qual está a saúde, foi proposto pelo Plano Diretor o programa de publicização, que permitiria a transferência dos serviços do setor estatal para o público não estatal, onde assumiriam a forma de organizações sociais. O programa tinha como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, a partir do pressuposto de que esses serviços seriam mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, fossem realizados pelo setor público não estatal, que corresponde às entidades do terceiro setor, sem fins lucrativos.

14. As organizações sociais foram inseridas no direito brasileiro pela Medida Provisória 1.648, de 23/4/1998, convertida na Lei Federal 9.637, de 15/5/1998. Saliente-se que medida semelhante à publicização já havia sido promovida durante o Governo de Fernando Collor de Mello, que, por meio da Lei Federal 8.246, de 22/10/1991, extinguiu a Fundação das Pioneiras Sociais, que administrava hospitais federais, entre eles o Sarah Kubitschek. A administração da rede hospitalar foi transferida para o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, com previsão de assinatura de contrato de gestão da entidade com a União.

(...)

21. Quando previu a publicização, o Plano Diretor definiu como objetivo para o setor de serviços não exclusivos:

Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de ‘publicização’, transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária.

22. O objetivo da reforma era extinguir fundações públicas que executassem tais serviços, transferindo suas ações para as organizações sociais. A Lei Federal 9.637/1998 não vincula a transferência de serviços para as OS à extinção de uma fundação. Dessa forma, seria possível

o poder público firmar contrato de gestão com entidade sem fins lucrativos para que essa executasse os serviços com seus próprios meios, recebendo fomento na forma de recursos orçamentários.

23. Todavia, mais do que o fomento de uma atividade de interesse social prestada por entidades sem fins lucrativos, os contratos de gestão têm sido usados como forma de transferência do gerenciamento de unidades públicas de saúde. O que ocorre na maioria dos casos é que os governos estaduais e municipais têm transferido o gerenciamento de hospitais públicos, já existentes e que já prestam serviços públicos de saúde, para as organizações sociais. Assim, além da transferência de recursos, ocorre a cessão de um bem público e de servidores públicos.”

Nota-se, pois, que está presente, na própria concepção legal dos contratos de gestão, a característica de transferência da execução de serviços públicos para as organizações sociais, cujos funcionários passariam a executar atribuições próprias da área fim do ente público contratante.

Ainda que os contratos de gestão possuam características de convênio e não sejam meros contratos de terceirização de mão de obra, não se pode negar que, por meio daqueles instrumentos de parceria, há a execução de serviços públicos finalísticos do ente contratante mediante o emprego de mão de obra da entidade privada contratada.

Considerando-se que a intenção do legislador, ao redigir o § 1º do art. 18 da LRF, era coibir burlas aos limites de despesa de pessoal, nada mais natural que as despesas com pessoal das organizações sociais sejam equiparadas às despesas dos contratos de terceirização de mão de obra, para que, dessa forma, se atinja com maior eficácia a finalidade legal.

Se o foco é a prudência e a prevenção de riscos para o equilíbrio das contas públicas, não se verifica diferença essencial entre despesas com pagamento de pessoal contratado por meio de empresas prestadoras de serviços e despesas com pagamento de pessoal contratado por meio de organizações sociais. Em ambos os casos, haverá funcionários que não compõem o quadro de pessoal do ente público e que estão prestando serviços na área finalística desse ente. Nas duas situações, o ente público, em caso de rescisão dos contratos, poderá ser obrigado a contratar pessoal próprio para substituir o pessoal terceirizado, a fim de evitar a descontinuidade da prestação de serviços públicos essenciais ao cidadão.

Como bem apontou a Auditora da Semag, *“para além do controle fiscal e financeiro, a aplicação de redutor da margem de expansão da despesa com pessoal tem o efeito de criar condições para assegurar o restabelecimento das atividades pelo Poder Público nas hipóteses de descumprimento dos termos do convênio por parte das organizações sociais”* (peça 26, pp. 16/7). Além disso, alertou que *“a prestação de serviços públicos essenciais, tais como educação e saúde, por meio de organizações sociais, sem que se evidencie o impacto das despesas com pessoal dessas organizações sobre a margem de expansão que estados e municípios dispõem para gastos com pessoal (60% da receita corrente líquida - RCL), acaba comprometendo as disponibilidades para honrar outras despesas correntes e de capital”* (peça 26, p. 19).

Vossa Excelência também reconheceu os riscos que podem advir da não inclusão dos gastos de pessoal das organizações sociais nos limites de despesas de pessoal previstos na LRF, a teor do seguinte trecho do voto condutor do acórdão embargado:

“28. Não se pode, todavia, olvidar dos riscos que a utilização abusiva desse instrumento pode acarretar ao equilíbrio fiscal do ente federativo, conforme esmiuçado pela unidade instrutora. Ao não fazer parte dos limites impostos pela lei, as contratações excessivas de organizações sociais para prestação de serviços públicos, seja na área da saúde, ou em qualquer outra seara, podem levar a um colapso financeiro do ente público. Isso porque, ao prestar os serviços por outros meios, os gastos com pessoal do ente público tendem a diminuir, aumentando a margem para atingimento do limite de 60% da receita corrente líquida (RCL). Tal margem pode ser preenchida com aumentos sucessivos da remuneração de servidores e/ou empregados, o que

se mostra de difícil reversão. Ao mesmo tempo, as despesas com organizações sociais passam a disputar a parcela de 40% da receita corrente líquida destinada a despesas de custeio, dívida pública e investimentos.”

Certamente, tendo em vista esses riscos, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN), nos Manuais de Demonstrativos Fiscais válidos para os exercícios de 2018 e 2019 (8ª e 9ª edições), preconizou que a remuneração do pessoal da organização social que exerce atividade fim do ente público deve ser computada no total apurado para verificação dos limites de despesa com pessoal.

Transcreve-se, a seguir, trecho do Manual de Demonstrativos Fiscais – 8ª Edição (válido para o exercício de 2018) que trata da questão (grifou-se):

“3. Despesas com pessoal decorrentes da contratação de serviços públicos finalísticos de forma indireta

Além da terceirização, que corresponde à transferência de um determinado serviço à outra empresa, existem também as despesas com pessoal decorrentes da contratação, de forma indireta, de serviços públicos relacionados à atividade fim do ente público, ou seja, por meio da contratação de cooperativas, de consórcios públicos, de organizações da sociedade civil, do serviço de empresas individuais ou de outras formas assemelhadas.

A LRF, ao estabelecer um limite para as despesas com pessoal, definiu que uma parcela das receitas do ente público deveria ser direcionada a outras ações e, para evitar que, com a terceirização dos serviços, essa parcela de receitas ficasse comprometida com pessoal, estabeleceu, no § 1º do artigo 18, que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos devem ser contabilizados como ‘Outras Despesas de Pessoal’.

Da mesma forma, a parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal que exerce a atividade fim do ente público, efetuado em decorrência da contratação de forma indireta, deverá ser incluída no total apurado para verificação dos limites de gastos com pessoal.

Ressalta-se que, se os entes da federação comprometem os gastos com pessoal relacionados à prestação de serviços públicos num percentual acima do limite estabelecido pela LRF, seja de forma direta, mediante contratação de terceirizados ou outras formas de contratação indireta, esses entes terão sua capacidade financeira reduzida para alocar mais recursos em outras despesas. Além disso, se as contratações de forma indireta tiverem o objetivo de ampliar a margem de expansão da despesa com pessoal, poderá ocorrer o comprometimento do equilíbrio intertemporal das finanças públicas, o que poderá inviabilizar a prestação de serviço ao cidadão.”

No Manual de Demonstrativos Fiscais – 9ª Edição (válido para o exercício de 2019), consta, além do disposto acima, a seguinte orientação (grifou-se):

“Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de Terceirização ou de contratação de forma indireta (§ 1º do art.18 da LRF)

Registra os valores das outras despesas de pessoal, dos últimos doze meses, incluído o mês de referência, relativas à mão de obra constante dos contratos de terceirização que esteja empregada em atividades-fim da instituição ou em atividades inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo respectivo plano de cargos e salários do quadro de pessoal, classificáveis no grupo de natureza de despesa 3 – Outras Despesas Correntes, elemento de despesa 34 – Outras Despesas de Pessoal decorrentes de Contratos de Terceirização. Para mais informações, consultar o tópico que trata do conceito de despesa com pessoal, mais precisamente no item 1.

Nessa linha devem ser incluídas também as despesas com pessoal decorrentes da contratação de forma indireta, conforme definido do subitem 3 do item 04.01.02.01. Essas despesas não necessariamente são registradas no elemento 34, pois observam o objeto do gasto a que se referem. No entanto, a parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal que exerça atividade fim do ente público, efetuado em decorrência da contratação de forma indireta, mesmo que sejam obtidas por meio de informações gerenciais, devem ser inseridas nessa linha e detalhadas em notas explicativas.

Nessa situação, inclui-se a parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal que exerce a atividade fim do ente público nas entidades do terceiro setor contratadas pela administração pública para gerir instituições públicas. Esses valores serão obtidos por meio da prestação de contas dessas entidades.”

Tais orientações emanadas da STN privilegiam o equilíbrio das contas públicas e vão ao encontro da finalidade legal do art. 18, § 1º, da LRF. Privilegiam, também, a essência da despesa (remuneração de pessoal que exerce atividade pública finalística) sobre a sua forma (contrato de terceirização x contrato de gestão).

Seja por meio de uma interpretação extensiva desse dispositivo legal, seja por meio de sua aplicação analógica, mostra-se perfeitamente adequado à finalidade da LRF o entendimento manifestado pela STN no sentido de que, assim como os valores dos contratos de terceirização de mão de obra, os valores da remuneração do pessoal que exerce, nas organizações sociais, atividade típica do ente público devem ser considerados no total apurado para verificação do cumprimento dos limites de despesa de pessoal.

Portanto, ao ver do Ministério Público de Contas, não se faz necessária a edição de lei para que os valores gastos com o pessoal das organizações sociais que exerce atividade do ente público sejam computados para fins de aferição do cumprimento dos limites de despesa de pessoal, ao contrário do que constou do item 9.1.5 do acórdão embargado. Tanto pelo uso da analogia, quanto pela interpretação finalística ou extensiva da legislação atual, é possível equiparar os gastos com pessoal de organizações sociais aos gastos dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos.

Ressalte-se que o Tribunal, quando for julgar os processos de acompanhamento dos Relatórios de Gestão Fiscal do 1º, do 2º e do 3º quadrimestres de 2018, cuja instauração foi autorizada pelos Acórdãos 1.124/2018, 1.125/2018 e 1.255/2018 do Plenário, terá a oportunidade de verificar se as orientações contidas no Manual de Demonstrativos Fiscais da STN foram cumpridas pelos órgãos federais auditados.

Desse modo, cumpre acolher os presentes embargos de declaração, com efeitos infringentes, para que, em substituição ao item 9.1.5 do Acórdão 2.444/2016-Plenário, seja informado à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal que:

“9.1.5. de acordo com a 8ª e a 9ª edições do Manual de Demonstrativos Fiscais publicado pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), a parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal que exerce a atividade fim do ente público nas organizações sociais deve ser incluída no total apurado para verificação dos limites de gastos com pessoal estipulados na Lei de Responsabilidade Fiscal. O cumprimento dessa orientação da STN poderá ser avaliado pelo TCU no âmbito dos processos de acompanhamento dos Relatórios de Gestão Fiscal referentes aos quadrimestres de 2018;”

IV

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas manifesta-se no sentido de o TCU conhecer dos embargos de declaração opostos contra o Acórdão 2.444/2016-Plenário e, no mérito, acolhê-los, com o fim de:

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DA UNIÃO
Gabinete do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira

a) esclarecer à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal que o entendimento contido nos itens 9.1.2, 9.1.3 e 9.1.5 do Acórdão 2.444/2016-Plenário, relacionado à interpretação do art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, não possui caráter normativo e nem constitui prejulgamento de tese;

b) em substituição ao item 9.1.5 do Acórdão 2.444/2016-Plenário, informar à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal que:

“9.1.5. de acordo com a 8ª e a 9ª edições do Manual de Demonstrativos Fiscais publicado pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), a parcela do pagamento referente à remuneração do pessoal que exerce a atividade fim do ente público nas organizações sociais deve ser incluída no total apurado para verificação dos limites de gastos com pessoal estipulados na Lei de Responsabilidade Fiscal. O cumprimento dessa orientação da STN poderá ser avaliado pelo TCU no âmbito dos processos de acompanhamento dos Relatórios de Gestão Fiscal referentes aos quadrimestres de 2018;”

c) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida ao Presidente da Câmara dos Deputados, ao Presidente do Senado Federal, à Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal e à Secretaria de Macroavaliação Governamental do TCU (Semag).

Brasília-DF, em 26 de fevereiro de 2019.

Júlio Marcelo de Oliveira
Procurador