PROCESSO: TC/Nº 002561/2016
ASSUNTO: CONSULTA
INTERESSADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE LUIS CORREIA
RELATOR(A): CONSª WALTÂNIA MARIA NOGUEIRA DE SOUSA L. ALVARENGA
PROCURADOR(A): RAÏSSA MARIA REZENDE DE DEUS BARBOSA

1. RELATÓRIO

Versam os autos sobre consulta formulada a este Tribunal de Contas pela Sra. Adriane Maria Magalhães Prado, na condição de gestora da Prefeitura Municipal de Luís Correia, na qual apresenta, em tese, questionamentos acerca da contratação de pessoal tendo em conta os limites de gastos impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Em síntese, são as seguintes, as dúvidas suscitadas na consulta.

1) Caso um Município esteja com o limite legal de despesa com pessoal ultrapassado e tenha realizado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público local para a realização de concurso público, com prazos já previamente estabelecidos, com o fito de contratação de pessoal, é possível a realização de Concurso Público, mesmo com o limite de pessoal ultrapassado, de forma a atender o TAC firmado?
2) Caso o concurso anterior em um Município esteja com o prazo de validade já expirado, no entanto, existam diversas demandas judiciais para a nomeação dos concursados, é possível a realização e nomeação de servidores em um novo Concurso Público?
3) Diante da necessidade urgente de contratação temporária de servidores da educação, e diante da não finalização do concurso público, em andamento – em decorrência do lapso temporal para realização das provas, classificação e posterior homologação – é possível a realização de contratação temporária até que seja homologado o concurso público?
4) Em razão da temporariedade e instabilidade nos programas federais, é possível a contratação temporária de excepcional interesse público relativo aos servidores para atendimento dos programas federais no âmbito da saúde?
5) Com vistas a impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, é possível a contratação de empresas terceirizadas para contratação de serviços - meios da Administração, como a vigilância e limpeza pública?
6) O referido gasto com o pagamento da empresa terceirizada elencado no item anterior entraria no cômputo do limite de gastos com pessoal?

Inicialmente, a relatoria procedeu ao exame de admissibilidade da consulta (Despacho de peça 3), verificando-se o preenchimento dos requisitos previstos no

art. 201 do Regimento Interno do TCE, quais sejam: legitimidade do consulente, pertinência temática do caso, bem como presença de parecer jurídico acerca da matéria.

Em seguida, os autos foram encaminhados à Comissão de Regimento e Jurisprudência deste Tribunal, que em informação à peça 4, observou a inexistência de prejulgado ou decisão reiterada sobre o tema.

A Diretoria de Fiscalização da Administração Municipal – DFAM instruiu a consulta a partir de detalhada análise do caso, anexada à peça 5, concluindo nos seguintes termos:

> a) Se já existiam cargos criados antes do limite da despesa com pessoal ter sido ultrapassado, a realização de concurso público é possível, mas não é recomendável. Por outro lado, se não existiam cargos criados à época da ultrapassagem do limite da despesa com pessoal, a realização de concurso público não é possível.
>
> b) A existência de demandas judiciais nas quais haja a discussão a respeito do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso anterior com prazo de validade já expirado não impede, por si só, a realização de um novo certame público, bem como a nomeação dos aprovados neste último.
>
> c) É válida a contratação por tempo determinado de profissionais da área de educação enquanto o concurso público em andamento não restar finalizado, tudo nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal.
>
> d) Diante da temporariedade e instabilidade dos programas federais, é possível a contratação por tempo determinado, nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, relativos aos servidores para atendimento dos programas federais no âmbito da saúde.
>
> e) É possível a terceirização, por parte da Administração Pública, de atividade-meio (súmula 331 do TST), desde que não exista cargo no quadro de pessoal/plano de cargos e salários do órgão ou entidade.
>
> f) A terceirização, quando efetuada de forma lícita, não entra no cálculo da despesa com pessoal. A terceirização ilícita, ao revés, em decorrência de sua irregularidade, deve entrar no cômputo.

O Ministério Público de Contas manifestou nos autos, por meio do parecer de peça 8, opinando para que a consulta seja conhecida e respondida de acordo com a análise técnica apresenta pela DFAM.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

As questões suscitadas na presente Consulta estão relacionadas à contratação de pessoal para suprir as necessidades da Administração Pública Municipal, em face das restrições impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, acerca dessa espécie de despesa pública.

2.1 Dos limites legais determinados para despesa com pessoal

Incialmente, oportuno registrar as determinações contidas na Constituição Federal de 1988 no que concerne à despesa com pessoal no âmbito do serviço público, conforme o disposto no art. 169.

> Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.
>
> § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:
>
> I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;
>
> II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.
>
> § 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.
>
> § 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:
>
> I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

> II - exoneração dos servidores não estáveis.
>
> § 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.
>
> § 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.
>
> § 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.
>
> § 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.

Assim, ficou a cargo de Lei Complementar a fixação dos limites de gasto com pessoal de cada ente da Federação, o que veio ocorrer por meio da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000, assim dispondo:

> 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% (cinqüenta por cento);
>
> II - Estados: 60% (sessenta por cento);
>
> **III - Municípios: 60% (sessenta por cento).**

O art. 20 da LRF acrescenta que na repartição dos limites globais tratados no art. 19 não poderá exceder, no caso dos municípios, a 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Poder Executivo e a 6% (seis por cento) para o Poder Legislativo.

Os limites de gastos com pessoal impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal têm como escopo evitar os gastos excessivos por parte dos gestores sem que tenham as receitas necessárias para cobri-los, buscando, assim, o equilíbrio financeiro do ente público.

2.1.1 Do limite prudencial

A LRF prescreve ainda, que em sendo verificado que o montante da despesa com pessoal exceder a 95% do limite estabelecido no art. 20, ficarão os Poderes ou órgãos que incorrerem no excesso sujeitos a determinadas vedações, como a seguir:

> 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.

Por fim, determina o art. 23 da LRF:

> 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.

Vê-se, portanto, que o descumprimento do limite de gastos com pessoal obriga o ente da Federação não só a adotar as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição Federal, mas também o proíbe de criar cargos, empregos ou funções ou mesmo prover cargos públicos, admitir ou contratar pessoal a qualquer título, **ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança.**

No caso em questão, o consulente indaga sobre quais medidas a serem adotadas no caso da existência de um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, firmado com o Ministério Público no qual o Município se comprometeu a realizar um procedimento de concurso público para contratação de pessoal, muito embora o limite de gastos com pessoal já estivesse ultrapassado.

Tendo em conta que o município firmou TAC com o Ministério Público para provimento de cargos por meio de concurso público, supõe-se que o ente tenha contratado excessivamente funcionários de forma irregular, como é o caso das contratações temporárias fora das situações permitidas pela Constituição Federal, art. 37, inciso IX.

Dessa forma, para que seja possível a contratação de servidores por meio de concurso público, na hipótese de o município já haver ultrapassado o limite de gastos com pessoal é necessário que se proceda ao afastamento dos servidores contratados irregularmente.

Importante frisar que o art. 23 da LRF, conforme citado, determina que devem ser adotadas as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição Federal, dentre as quais:

- redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

- exoneração de servidores não estáveis;

Assim sendo, o ideal seria a realização de concurso público apenas depois de adotadas as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição Federal. Tais medidas se fazem necessárias em razão dos impeditivos previstos no art. 22 da LRF, quando os Poderes e órgãos excederem a 95% do limite estabelecido no art. 20, quais sejam: criar cargos, emprego ou função e efetuar provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título.

Por fim, convém destacar que a vedação de contratação de pessoal é atenuada pela ressalva constante do inciso IV do art. 22, que possibilita a admissão a título de reposição nas áreas de educação, saúde e segurança, decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores.

2.2 Da possibilidade de realização de novo concurso quando existem pendências de nomeação de servidores – por força de decisão judicial - decorrente de concurso público com prazo de validade já expirado

Acerca desse questionamento, concordamos com a análise da DFAM no sentido de que a existência de demandas judiciais nas quais haja a discussão a respeito do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso anterior com prazo de validade já expirado não impede, por si só, a realização de um novo certame público, bem como a nomeação dos aprovados neste último. De fato, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário só têm o condão de interferir no campo de atuação do Poder Executivo quando ocorrer o trânsito em julgado daquelas. Além

disso, o art. 37, inciso IV, da Constituição Federal, determina que a prioridade na convocação ocorrerá apenas "durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação", o que não foi o caso, pois o prazo de validade do concurso anterior já havia expirado.

2.3 Da possibilidade de contratação temporária de servidores da área de educação até que sejam concluídas as fases de concurso público em andamento

É cediço que a regra geral para admissão de pessoal no serviço público é o concurso público, consoante a norma contida no art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988.

Uma das ressalvas previstas no texto constitucional à exigência do concurso público é a contratação por tempo determinado para atender às necessidades temporárias de interesse público, nos termos do disposto no art. 37, inciso IX.

> Art. 37. […]
> IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

De acordo com a o entendimento doutrinário, para que se aperfeiçoe a contratação temporária, devem-se observar algumas condições. Inicialmente cabe a cada ente federativo, regular, através de lei, os casos de contratação temporária, estabelecendo as hipóteses e situações que poderão ensejar as admissões temporárias, o prazo máximo de contratação, dentre outras.

Em síntese, a contratação temporária de pessoal deve atender às seguintes condições:

- contratação por prazo determinado;

- necessidade temporária;

- processo seletivo simplificado, e;

- interesse público excepcional.

Ao abordar o assunto, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello coloca:

> A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar

> do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, necessidade temporária), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 263)

Como bem salientou a DFAM, é válida a contratação por tempo determinado de profissionais da área de educação enquanto o concurso público em andamento não restar finalizado, tudo nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal. O STF entende que o art. 37, IX, da CF/88 autoriza que a Administração Pública contrate pessoas, sem concurso público, tanto para o desempenho de atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, como também para o desempenho das funções de caráter regular e permanente, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público (ADI 3068, Rel. p/ Ac. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2004).

Portanto, em relação à questão posta pelo consulente, tem-se que é justificável a contratação temporária em razão da deficiência de pessoal para atendimento de demanda na área de educação, até que concurso público seja concluído.

2.4 Da possibilidade de contratação por tempo determinado para atendimento dos programas federais temporários no âmbito da saúde.

Da mesma forma como já foi exposto no item anterior, nos casos de execução de atividades relacionadas a programas federais temporários é plenamente justificável a contratação por tempo determinado. Não se apresentaria razoável o provimento de servidor em cargo efetivo, pois com a extinção do programa, esse servidor poderia ficar ocioso, trazendo prejuízos ao erário.

Assim, considerando que, no caso em questão, a atividade e a necessidade do servidor é temporária, justifica-se a contratação por tempo determinado.

No entanto, conforme assinalou a DFAM, na hipótese em discussão para que as contratações estejam compatíveis com a norma do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, devem respeitar os requisitos da contratação por tempo determinado, quais sejam: previsão legal (a contratação temporária deve estar regulamentada em lei do ente interessado na contratação, diploma legal no qual devem estar estabelecidas as hipóteses e condições em que serão realizadas as admissões temporárias, o prazo máximo de contratação, direitos e deveres dos contratados, dentre outros requisitos), além de processo seletivo simplificado,

contratação por tempo determinado, necessidade temporária, necessidade de excepcional interesse público e motivação.

2.5 Da possibilidade de contratação de empresa terceirizada para execução de serviços-meio da Administração, como de vigilância e de limpeza pública

Usualmente se denomina de **terceirização** a contratação de pessoal fora do quadro próprio de servidores para a execução de atividades complementares da Administração Pública.

Esse contrato firmado com a empresa privada para prestação de atividades-meio da Administração está sujeito às regras estabelecidas pela Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos, podendo contemplar dentre outros, os seguintes serviços: vigilância, conservação, limpeza, segurança, transportes, recepção e manutenção de equipamentos.

Segundo entendimento doutrinário, a legalidade da terceirização está sujeita à impossibilidade de terceirizar atividade inerente à categoria funcional abrangida pelo plano de cargos da entidade pública. Sobre a questão, concluiu Ferraz:

> Em síntese, é perceptível que para as atividades-fim do órgão ou entidade, assim consideradas aquelas que corriqueiramente afetam a administração, atribuídas aos agentes pertencentes ao seu quadro funcional, não se há, em princípio, cogitar da terceirização, sob pena de cometimento de ato de improbidade administrativa (...). FERRAZ, Luciano. Função administrativa. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, v. 1, n. 4, p. 10, jul. 2001. Disponível em: http://www.direitopúblico.com.br.Acesso em 10 abr de 2016).

Corroborando tal entendimento, o Acórdão do Tribunal de Contas da União enfatiza que não será considerada de boa-fé a terceirização de serviços que abranjam a contratação de profissionais existentes no Plano de Cargos e salário do órgão ou entidade, por contrariar o art. 37, II da Constituição Federal, e, ainda, poder implicar futuros prejuízos ao Erário. (Fonte: TCU. Processo nº TC nº 008.932/2011-5. Acórdão nº 1333/2012 – Plenário).

Também o Tribunal de Contas de Minas Gerais ao apreciar processo de caso semelhante assim entendeu:

> (...) concluo não ser possível ao Município a terceirização de todos os seus serviços, mas apenas a daqueles de natureza auxiliar, ligados à atividade-meio. Não pode o Município terceirizar serviços que abrangem sua atividade-fim, traduzindo atribuições típicas de cargos permanentes que só podem ser preenchidos por concurso público. (Consulta n. 442370, Sessão do dia 22/04/96. Rel. Conselheiro Moura Castro).

Dessa forma, entende-se ser possível a Administração Municipal terceirizar os serviços de vigilância e limpeza pública, desde que tais cargos não existam no quadro de pessoal, ou no plano de cargos e salários do órgão ou entidade.

2.6 O gasto com os serviços de terceirização e o impacto no cálculo da despesa com pessoal.

O art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal mostra um conceito bastante amplo ao configurar como despesa total com pessoal todas as espécies de gastos que tenham alguma relação com servidores públicos (ativos, inativos e pensionistas), civis e militares, empregados públicos e membros de Poderes, englobando quaisquer espécies remuneratórias.

No que respeita à terceirização de serviços, em princípio o gasto não é incluído no cômputo da despesa total com pessoal, para os fins da Lei de Responsabilidade Fiscal. Isso se justifica em face de os funcionários das empresas contratadas não manterem qualquer vínculo jurídico ou funcional com o Poder Público, não podendo, consequentemente, ser considerada a despesa como de pessoal para a Administração Pública.

Convém, contudo, que se analise o estipulado no parágrafo primeiro do art. 18 da LFR, *in verbis:*

> Art. 18 (...)
>
> §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”.

Observa-se pelo disposto no mencionado parágrafo primeiro do art. 18 que na hipótese de a terceirização envolver a substituição de servidores e empregados do ente estatal, tal despesa será considerada no cálculo de despesa com pessoal.

Analisando esse ponto da consulta, a DFAM destacou:

> Com efeito, referido dispositivo legal não faz referência a toda e qualquer terceirização, mas apenas àquela que substitui servidor ou empregado público, razão pela qual é aconselhável investigar, caso a caso, se o servidor está empregado na atividade-fim da instituição ou se existe o respectivo cargo no quadro de pessoal/plano de cargos e salários do órgão ou entidade (terceirização ilícita).

> De fato, é importante lembrar que a terceirização só é admissível no âmbito da Administração Pública para o desempenho de atividade-meio. Assim sendo, caso reste comprovado que determinado profissional terceirizado exerce atividade-fim, o gasto com ele despendido deve integrar o cálculo da despesa com pessoal, haja vista a irregularidade da contratação.

Assim, verifica-se que deverão ser contabilizados como despesa com pessoal, os gastos com a terceirização considerada não lícita, qual seja, aquela que tem por finalidade a substituição da força de trabalho de servidores e empregados públicos.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, considerando a análise proferida pela Diretoria de Fiscalização da Administração Municipal e o parecer do Ministério Público de Contas, respondo, em tese, a consulta nos termos seguintes:

A) Mesmo que o Município se encontre com o limite de gasto com pessoal ultrapassado, não fica impedido de realizar concurso público para cargos já existentes, mesmo porque a realização de concurso público por si só não gera despesa com pessoal. É recomendável, contudo, que inicialmente o Município adote as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição Federal. Tais medidas se fazem necessárias em razão dos impeditivos previstos no art. 22 da LRF, quando os Poderes e órgãos excederem a 95% do limite estabelecido no art. 20, quais sejam: criar cargos, emprego ou função e efetuar provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título.

B) A existência de demandas judiciais nas quais haja a discussão a respeito do direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso anterior com prazo de validade já expirado não impede, por si só, a realização de um novo certame público, bem como a nomeação dos aprovados neste último.

C) É possível a contratação temporária em razão da deficiência de pessoal para atendimento de demanda na área de educação, até que concurso público seja concluído, nos termos do disposto no art. 37, inciso IX da Constituição Federal de 1988, devendo, contudo, serem observados determinados requisitos da contratação por tempo determinado, quais sejam: previsão legal (a contratação temporária deve estar regulamentada em lei do ente interessado na contratação, diploma legal no qual devem estar estabelecidas as hipóteses e condições em que serão realizadas as admissões temporárias, o prazo máximo de contratação, direitos e deveres dos

contratados, dentre outros requisitos), além de processo seletivo simplificado, necessidade temporária, necessidade de excepcional interesse público e motivação.

D) Diante da temporariedade e instabilidade dos programas federais, é possível a contratação por tempo determinado, nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, relativos aos servidores para atendimento dos programas federais no âmbito da saúde.

E) É possível a terceirização, por parte da Administração Pública, dos serviços de vigilância e limpeza pública, desde que não exista o cargo no quadro de pessoal ou no plano de cargos e salários do órgão ou entidade.

F) O gasto com a terceirização, em princípio, não compõe a base de cálculo de despesa com pessoal. No entanto, quando a terceirização ocorrer de forma irregular, como a que visa à substituição de servidores, deve integrar o cálculo da despesa com pessoal.

Teresina (PI), 14 de abril de 2016.

(assinado digitalmente)
Conselheira Waltânia Maria Nogueira de Sousa L Alvarenga
Relatora