

MEMORANDO JURÍDICO

Brasília, 25 de fevereiro de 2022

Para: Frente Nacional dos Prefeitos

De: Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia

Saul Tourinho Leal.

E-mail: stourinho@ayresbritto.com.br

Pietra Cardoso.

E-mail: pietra.cardoso@ayresbritto.com.br

REF.: Questões atinentes ao plexo normativo cuja exteriorização última foi a Portaria nº 377/2020 da Secretaria do Tesouro Nacional – STN: a insegurança jurídica quanto ao registro dos montantes das despesas com pessoal das Organizações Sociais no cômputo das despesas totais com pessoal nos entes (notadamente os municípios)

1. Introdução: da competência da Secretaria do Tesouro Nacional para padronizar o registro contábil público nacional, mas sempre em respeito à Constituição e às leis vigentes, sem possibilidade de inovações jurídicas

1.1. A Secretaria do Tesouro Nacional (STN), enquanto órgão central do Sistema de Contabilidade Federal, regulamenta e padroniza o que pode ser chamado de registro contábil público nacional, por meio dos demonstrativos fiscais nos três níveis federais – União, Estados e Distrito Federal e Municípios –, de forma a assegurar a consolidação das contas públicas.¹ A providência deriva do art. 51 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).²

1.2. A partir de sua 8ª edição, aplicável ao ano de 2018, o Manual de Demonstrativos Fiscais passou a dispor sobre a inclusão de gastos com pessoal advindos de outras formas de contratação, contanto que implicassem a realização da atividade fim do ente público.³

¹ A STN tem competências advindas do art. 18 da Lei nº 10.180/2001, complementadas pelas atribuições definidas no art. 7º do Decreto nº 6.976/2009, e nos incisos IX, X, XIII, XXI e XXIII do art. 48 do Anexo I do Decreto nº 9.679/2019.

² Eis a redação do dispositivo: “Art. 51. O Poder Executivo da União promoverá, até o dia trinta de junho, a consolidação, nacional e por esfera de governo, das contas dos entes da Federação relativas ao exercício anterior, e a sua divulgação, inclusive por meio eletrônico de acesso público”.

³ De qualidade o trabalho de Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, submetido à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas: “A contabilização dos gastos com pessoal nos contratos de gestão

1.3. Para a STN, quaisquer gastos com pessoal, 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”*, deveriam ser contabilizados para fins de limites com gasto com pessoal, desde que houvesse atuação na atividade fim do ente público.

1.4. Nesse contexto, surge a Portaria STN nº 233, de 15 de abril de 2019, decorrente do item 04.01.02.019 da 9ª edição do Manual de Demonstrativos Fiscais, aprovado pela então Portaria STN nº 389, de 14 de junho de 2018, concedendo prazo até o final do exercício de 2020 para a STN regulamentar os novos procedimentos de registro das despesas com pessoal, concernentes às organizações da sociedade civil que atuam na atividade fim do ente federado e que recebem recursos financeiros da administração pública.

1.5. A Portaria nº 377/2020 prorrogou o prazo acima até o final de 2021. Explicando o objetivo da determinação, a Nota Técnica SEI nº 45799/2020/ME trouxe a seguinte conclusão: *“do total de recursos transferidos, será necessário identificar o valor utilizado no custeio das despesas com pessoal relacionadas à atividade finalística do ente da federação para que esse valor seja incluído no cômputo da despesa com pessoal”*.⁴

1.6. Para a FNP, além de questões constitucionais e legais a serem verificadas, seria inadequado, quanto às contratações com organizações civis, diferenciar aquelas que dependem completamente de repasses públicos de outras que seriam remuneradas apenas para a prestação de serviços específicos, de modo a se impor a contabilização apenas das primeiras como contratação indireta de mão-de-obra.

2. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e sua preservação como demonstração de compromisso com a sustentabilidade fiscal dos entes federados

2.1. O **art. 169 da Constituição** atribui à **lei complementar** competência para estabelecer os limites de despesa com pessoal ativo e inativo de cada um dos entes federados. A lei existe. Trata-se da Lei Complementar nº 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal.

dentro dos limites previstos na lei de responsabilidade fiscal: considerações e possíveis implicações”, disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28731/artigo.individual.marianarevisado.pdf>

⁴ Em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO_ANEXO:9782

2.2. Dispondo sobre hipóteses de terceirização, a **LRF** cuida apenas de casos de contratação direta de mão de obra para o desempenho de atividades-fim da Administração. Consta do **§ 1º do seu art. 18**: “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’”. Esse é o comando central da presente controvérsia.⁵

2.3. Vale lembrar que, em 13 de janeiro de 2021, alterando a LRF, foi promulgada a Lei Complementar nº 178, que estabelece o *Programa de Acompanhamento e Transparência Fiscal e o Plano de Promoção do Equilíbrio Fiscal*. O seu art. 15 dispõe que o poder ou órgão que ao final de 2021 estiver com o gasto de pessoal e encargos acima dos limites fixados no art. 20 da LRF (6% para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver, e 54% para o Executivo) terá até 31 de dezembro de 2032 para se enquadrar ao respectivo limite. Logo, de 2023 a 2032 deverá ser reduzido o excesso em pelo menos 10% a cada ano.

2.4. O cumprimento da regra será avaliado no último quadrimestre de cada exercício. Eventual excesso em 2021, desde que as regras estabelecidas no art. 15 da LC nº 178/2021 sejam cumpridas, não ensejará ao órgão ou poder as sanções previstas no art. 23 da LRF.⁶

⁵ O precedente da ADI nº 2238 (DJe 15/09/2020), de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, em nada se aplica à espécie, pois cuidou de terceirização de mão-de-obra, categoria jurídica, como já dito, em tudo diversa da dos contratos de gestão. Trechos relevantes do precedente: “(...) norma visa a 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” 3.8. Ao se referir a contratos de terceirização de mão de obra, o art. 18, § 1º, da LRF não sugere qualquer burla aos postulados da Licitação e do Concurso Público. Impede apenas expedientes de substituição de servidores via contratação terceirizada em contorno ao teto de gastos com pessoal. (...)”.

⁶ “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. § 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária. § 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido e enquanto perdurar o excesso, o Poder ou órgão referido no art. 20 não poderá: I - receber transferências voluntárias; II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente; III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao pagamento 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%, em comparação ao correspondente quadrimestre do exercício financeiro anterior, devido a: de efeitos: I – diminuição das transferências recebidas do Fundo de Participação dos Municípios decorrente de concessão de isenções tributárias pela União; e II – diminuição das receitas recebidas de royalties e participações especiais. § 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.”

2.5. Os irmãos federados que não se atentarem à lei estarão sujeitos às seguintes restrições: (i) suspensão dos repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (ii) exoneração dos servidores não estáveis; (iii) perda do cargo por servidor estável, cargo esse que será reputado extinto; (iv) tornar facultativa a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária.

2.6. Perseverando no descumprimento do art. 15 da LC nº 178/2021, enquanto o ente estiver com excesso de despesas com pessoal, além do retorno do prazo para recondução (dois quadrimestres), poderá sofrer as seguintes restrições, exceto em caso de o descumprimento se dar por queda de receita real superior a 10%, em comparação ao correspondente quadrimestre do exercício financeiro anterior: (i) vedação ao recebimento de transferências voluntárias; (ii) impedimento de obter garantia, direta ou indireta, de outro ente; e (iii) impedimento de contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao pagamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.

2.7. Feitas essas considerações acerca da LC nº 178/2021, o fato incontestado é que a LRF não tratou expressamente do registro contábil das despesas oriundas da terceirização que se referem à substituição de servidores públicos decorrentes de **contratação indireta**. Não há disciplinamento legal a respeito. Por isso, a STN exorbitou de seu poder regulamentar, pois estendeu indevidamente dispositivo que versa sobre contratos de terceirização a contratos de gestão com organizações sociais, sem que nada nesse sentido conste de lei.

2.8. São conceitos legais em tudo distintos, tendo havido, como se demonstrará, tratamento próprio pelo Supremo e que agora encontram, na STN, uma conformação capaz não só de confundi-los, como também de esvaziar por completo toda a teleologia do modelo legal de organizações sociais em vigor no Brasil, sob a égide da Lei nº 9.637/98.

2.9. Há espaço jurídico para se discutir eventual confronto do plexo normativo derivado dos MDFs e das Portarias ao art. 169 da Constituição e ao art. 18 da LRF. O registro dos montantes das despesas com pessoal das organizações da sociedade civil no cômputo das despesas totais com pessoal dos entes da Federação deve ser deliberado pelo Congresso.

2.10. Vale lembrar o que anotou o ministro Carlos Velloso, no RE nº 186.623 (Pleno, DJe): “Ademais, matérias reservadas à lei não podem ser revogadas por ato normativo secundário”.

2.11. Essa é uma lógica que dimana da Constituição, ao dispor no inciso II do art. 5º que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em seguida, ao estipular o princípio da legalidade como sendo um dos norteadores da administração pública direta e indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (*caput* do art. 37).

2.12. O princípio da legalidade integra o núcleo duro dos direitos fundamentais, especialmente quando se trata de disciplinamentos de ordem financeira. Ilustra-se com trecho da posição da Primeira Turma do STF, ao apreciar o RE nº 959.274 AgR (Red. p/ac. Min. Roberto Barroto, DJe 13/10/2017): “A Legalidade Tributária é, portanto, verdadeiro direito fundamental dos contribuintes, que não admite flexibilização em hipóteses que não estejam constitucionalmente previstas”.

2.13. Logo, a Portaria STN nº 377/2020 e todo o plexo normativo que a antecede (MDFs a partir da 8ª edição e Portaria nº 233/2019) extrapolam o poder regulamentar do qual o Poder Executivo é dotado, incorrendo, assim, em potencial inconstitucionalidade formal a ser apontada pelas esferas judiciais, além da própria ilegalidade, por desviar-se do que foi posto pela Lei de Responsabilidade Fiscal, inovando, indevidamente, na ordem jurídica.

3. A posição vinculante do STF reconhecendo o contrato de gestão – contratação indireta – como categoria jurídica distinta do contrato de terceirização – contratação direta –, reclamando, assim, pleno cumprimento pelo Poder Executivo da União

3.1. Emblemático o julgamento da ADI nº 1923 (DJe 17/12/2015), cuja redação para acórdão coube ao ministro Luiz Fux, na qual o STF assim apresenta o fundamento constitucional das organizações sociais:

“(…) 2. Os setores de saúde (CF, art. 199, *caput*), educação (CF, art. 209, *caput*), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que ‘são deveres do Estado e da Sociedade’ e que são ‘livres à iniciativa privada’,

permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição. (...)”

3.2. À luz das razões de decidir do histórico precedente dotado de efeitos vinculantes, os contratos de gestão celebrados com organizações sociais não consistem em contratação de terceirizados propriamente ditos e, à luz dessa lógica hermenêutica, parece-nos que, embora o Tribunal de Contas da União tenha identificado a contratação de organizações sociais apenas para servirem de intermediárias de mão-de-obra, tal substrato fático não legitima conferir aos contratos de gestão uma configuração jurídica como se terceirização fosse.

3.3. Segundo o STF, o contrato de gestão “configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da Constituição Federal”.

3.4. Na mesma ADI nº 1923, a Suprema Corte pontuou ainda, pelo voto do ministro Luiz Fux, que as organizações sociais “não fazem parte da Administração Pública Indireta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, *caput*), sem que sequer estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública” (páginas 67 e 68 do acórdão).⁷

3.5. Vem então o arremate do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1923:

“Isso significa que as Organizações Sociais não estão sujeitas às regras formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do núcleo essencial dos princípios definidos no *caput*. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que

⁷ Outro trecho do citado precedente do STF: “16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente”.

constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado” (p. 68 do acórdão).

3.6. Em resumo, o registro dos montantes das despesas com pessoal das organizações da sociedade civil no cômputo das despesas totais com pessoal dos entes federados a partir de uma norma da STN é, valendo-nos das palavras do ministro Luiz Fux nos autos da referida ADI nº 1923, “uma verdadeira autarquização das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do modelo” (pp. 81/82).⁸

4. A variação jurisprudencial do Tribunal de Contas da União no tema que terminou censurada pelo Congresso Nacional: o PDL da Câmara dos Deputados

4.1. A flutuação jurisprudencial do TCU na questão também contribuiu para o estado de insegurança jurídica ao qual os municípios estão submetidos na presente questão.

4.2. Em 2016, o Pleno da Corte de Contas, no Acórdão nº 2.444/2016, entendeu inexistir em sua jurisprudência “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”.

4.3. Segundo o ministro Bruno Dantas, “traçar uma analogia entre terceirização de mão de obra e contratação de organização social, com o intuito de ampliar o alcance do artigo da LRF, ou da LDO 2016, não me parece ser a melhor hermenêutica, pois os dois institutos possuem natureza completamente distintas”.

4.4. Assim, segundo o TCU, cumpriria “ao Congresso Nacional sopesá-los com a realidade da assistência à saúde e a necessidade de prestação desses serviços à sociedade e,

⁸ ADI nº 3917, Pleno, relatoria do ministro Gilmar Mendes, DJe 13/05/2021: “(...) 2. Artigo 111 da Lei 13.875/2007, do Estado do Ceará. Cessão, com ou sem ônus para o órgão cessionário, de empregados de entidades integrantes dos serviços sociais autônomos e de organizações sociais que mantenham contrato de gestão com o Estado do Ceará. 3. Constitucional 4. Competência do estado membro para dispor sobre sua administração. 5. Inexistência de ofensa ao artigo 37, II, da Constituição Federal, uma vez que o empregado cedido exercerá cargo em confiança, de livre nomeação e exoneração, nos termos do convênio pactuado. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”

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

4.5. Acontece que a Mesa da Câmara dos Deputados opôs Embargos de Declaração questionando se a decisão teria caráter normativo e, sobretudo, se a redação da LRF impediria a interpretação no sentido de as despesas com organizações sociais estarem abarcadas nos limites do art. 19 da LRF. Suscitou, ainda, efeitos infringentes aos embargos.¹⁰

4.6. Em 2019, os declaratórios foram parcialmente acolhidos (Acórdão nº 1.187/2019), para se esclarecer que o julgado anterior não teria caráter normativo. Declararam-se nulos os subitens do Acórdão nº 2.444/2016, que tratavam da interpretação da LRF, por impropriedade da via eleita. Valeu-se das razões apresentadas pelo Ministério Público junto ao TCU e, na oportunidade, referenciou-se, de passagem, a Portaria nº 233/2019.

4.7. A incerteza fez com que o Congresso, cujo controle externo é exercido, segundo o art. 71 da Constituição, com o auxílio do TCU, aprovasse, na Câmara, o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) nº 333/20, que susta a Portaria STN nº 377/2020. Entendeu-se que a portaria exorbita a regulamentação permitida pela LRF, cuja referência à contabilização de despesas de pessoal “é expressa aos contratos de terceirização de mão de obra para substituição de servidores e contratos públicos, não mencionando os contratos de gestão”.¹¹

5. Da Conclusão: necessidade de judicialização diante da insegurança jurídica

5.1 As novas diretrizes fixadas pelo plexo normativo (MDFs a partir da 8ª edição e Portaria nº 233/2019), cujo resultado mais recente é a Portaria STN nº 377/2020, encontram-se numa zona de incerteza jurídica a reclamar resposta objetiva do Judiciário.

⁹ Proferido após questionamento feito pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal.

¹⁰ Acórdão nº 1.187/2019 – TCU – Plenário, proferido no Processo nº TC 023.410/2016-7 do Tribunal de Contas da União, de relatoria do ministro Bruno Dantas, publicado no Diário Oficial da União em 11 de junho de 2019, que conheceu e acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos pela Mesa da Câmara dos Deputados contra o Acórdão nº 2.444/2016 – TCU – Plenário.

¹¹ Projeto de Decreto Legislativo 219/2019, que “susta, nos termos do inciso V do art. 49 da Constituição Federal, os efeitos da Portaria STN nº 233, de 15 de abril de 2019, e do Item 04.01.02.01 da 9ª edição do Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF), aprovado pela Portaria STN nº 389, de 14 de junho de 2018”.

AYRES BRITTO

CONSULTORIA JURÍDICA E ADVOCACIA

5.2. A judicialização individual pelos municípios poderá ser feita mediante ação ordinária, apontando a ilegalidade e a inconstitucionalidade da portaria em discussão e toda a cadeia normativa que lhe deu ensejo, sem prejuízo de medidas de urgência, como liminares. A ação deve ser ajuizada na primeira instância e, por ter como objeto ato normativo federal, compete à Justiça Federal a análise, nos termos do art. 109 da Constituição Federal.¹²

5.3. Eventual opção pelo STF reclama a identificação de autor legitimado. A via seria a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que encontra disciplinamento no art. 102, § 1º da Constituição¹³, e terá que seguir o rito estabelecido na Lei nº 9.882/1999.

Sendo o que nos cumpria dizer nesta oportunidade, permanecemos à inteira disposição de V.Sa. para discutir as questões versadas neste memorando.

Cordialmente

Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2022.



Saul Tourinho Leal

OAB/DF 22.941



Pietra Cardoso de Faria

OAB/DF 69.995

¹² “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União...”

¹³ “Art. 102, § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”