

PARECER/CONSULTA TC-002/2004

PROCESSO - TC-1916/2003

INTERESSADO – CÂMARA MUNICIPAL DE ECOPORANGA

ASSUNTO - CONSULTA

1) REPRESENTAÇÃO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E ASSESSORAMENTO DE ENTES PÚBLICOS DEVEM SER FEITOS POR PROCURADOR PÚBLICO E ASSESSORIA PRÓPRIA. 2) CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS JURÍDICOS PARTICULARES – EXCEPCIONALIDADE CONDICIONADA À LEI DE LICITAÇÕES - GASTOS INTEGRAM AS DESPESAS COM PESSOAL PARA EFEITO DA LRF - ENCARGOS SOCIAIS NÃO COMPÕEM O CONCEITO DE FOLHA DE PAGAMENTO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC-1916/2003, em que o Presidente da Câmara Municipal de Ecoporanga, Sr. Izaias Ramos Neto, formula consulta a este Tribunal, nos seguintes termos:

1) A título de informação, a Câmara Municipal possui um cargo comissionado de Assessoria Jurídica, incorporado ao quadro de funcionários. 2) Existe a possibilidade de se contratar uma Assessoria terceirizada na área jurídica ? Este valor entraria no cômputo dos limites constitucionais estabelecidos pela LC 101/00 e EC 25 e 29 ? Como deveríamos proceder com o cargo existente no quadro de funcionários ? 3) Os valores com Encargos Sociais são computados para fins de cálculo dos limites de pessoal, fixados pela EC 25 ?

Considerando que é da competência deste Tribunal decidir sobre consulta que lhe seja formulada na forma estabelecida pelo Regimento Interno, conforme artigo 1º, inciso XVII, da Lei Complementar nº 32/93.

RESOLVEM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia quinze de janeiro de dois mil e quatro, por unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Elcy de Souza, preliminarmente, conhecer da consulta, para, no mérito, respondê-la nos termos do voto abaixo transcrito:

Versam os presentes autos sobre consulta formulada pelo Sr. Izaias Ramos Neto, Presidente da Câmara Municipal de Ecoporanga, solicitando esclarecimentos sobre (fls. 01): **1. “A título de informação, a Câmara Municipal possui um cargo comissionado de Assessoria Jurídica, incorporado ao quadro de funcionários; 2. Existe a possibilidade de se contratar uma Assessoria terceirizada na área jurídica? Este valor entraria no cômputo dos limites constitucionais estabelecido pela LC 101/00 e EC 25 e 29? Como deveríamos proceder com o cargo existente no quadro de funcionários? 3. Os valores com Encargos Sociais são computados para fins de cálculo dos limites de pessoal, fixados pela EC 025?”** Ultrapassado o juízo de admissibilidade da presente consulta, pois atendidos todos os requisitos elencados no artigo 96, 'caput' do Regimento Interno desta Corte (Resolução TC – 182/02), os presentes autos foram remetidos para a 8ª Controladoria Técnica que se manifestou às fls. 08 'usque' 23, concluindo (fls. 22/23): **“...que os Municípios devem ser representados judicial e extrajudicialmente, assim como assessorados juridicamente por procuradores públicos; que o Poder Legislativo pode ter assessoria jurídica própria; que, sendo procuradores ou assessores jurídicos estatais, devem ingressar nos órgãos ou entidades públicos por meio de concurso, exceto nos casos de chefia, direção e assessoramento, nos quais os cargos poderão ser de provimento em comissão; que a busca por serviços jurídicos particulares só poderá ocorrer em casos excepcionais como no caso assinalado pelo art. 25 c/c o art. 13 da Lei de Licitações; que, caso desconsideradas as assertivas acima, ou seja, de que os procuradores e assessores jurídicos devem ser servidores públicos, os gastos com particulares exercentes dessas funções devem ser tidos como despesas com agentes públicos para efeito do art. 18, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (gasto com pessoal, e art. 29-A, § º, da Constituição Federal (folha de pagamento); e que os encargos sociais não devem compor o conceito de folha de pagamento do art. 29-A, § 1º, da Constituição Federal”**. Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça de Contas, por sua vez, entende ter o questionamento recebido satisfatória resposta pelo pronunciamento da 8ª Controladoria Técnica, por meio da Instrução Técnica nº 74/03, opinando, ao final, **“... ao Egrégio Plenário desse Sodalício pelo conhecimento da presente consulta, bem como opinamos no sentido**

que a ela se responda nos termos acima alinhavados.” Analisando a manifestação acima citada de fls. 08 a 23, respondo, concisamente, da seguinte forma ao questionamento. Primeiramente, cumpre destacar que os artigos 131 e 132 que compõem a Sessão II, do Capítulo IV, da Constituição Federal, discorrem sobre a Advocacia Pública, e, por conseguinte, sobre suas funções no contencioso administrativo e judicial e na assessoria jurídica aos Poderes ou aos entes políticos. Tal como o texto da referida Constituição Federal: **“Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.** § 1º. **A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.** § 2º. **O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.** § 3º. **Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.** **Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a assessoria jurídica das respectivas unidades federadas. Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.”** Dessa forma, a União, os Estados-membros e o Distrito Federal, devem, em regra, conforme a disposição constitucional supra, necessariamente ser representados ou assessorados juridicamente por seus advogados públicos; e a “contrario sensu”, advogados particulares não devem representar ou assessorar as entidades citadas. Corrobora com tal entendimento o disposto no art. 25, II c/c o art. 13 da Lei de Licitações, “verbis”: **“Art. 25 É inexigível a licitação quando houver a inviabilidade de competição, em especial: I - [...] II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta lei,**

de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - [...]” “Art. 13 Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.” A regra de impossibilidade dos entes públicos serem representados por advogados que não pertença a seus quadros, encontra respaldo nos seguintes argumentos: 1) os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que balisam a Administração Pública, conforme art. 37, “caput”, da Constituição Federal/88; 2) exigência de concurso público (art. 37,II, Constituição Federal) para o exercício de atribuições rotineiras e a atribuição da função de assessoramento à ocupante de cargo em comissão (art. 37, V, Constituição Federal); 3) apesar da Constituição Federal não tratar da Advocacia Pública Municipal, entende-se necessária sua instituição nos Municípios que requeiram, dado a independência constitucional dos Poderes. Deste modo, entendemos, que a Câmara Municipal deve satisfazer suas querenças rotineiras respeitante a serviços jurídicos por meio de servidores efetivos ou comissionados, e não, por meio de particulares. Exceção à regra acima exposta é extraída dos artigos de lei retro transcritos, ou seja, do art. 25, II c/c o art. 13 da Lei de Licitações, que permite a contratação de terceiros estranhos à Administração Pública para prestar serviços de assessoramento jurídico, sem necessidade de licitação, observados, cumulativamente, os requisitos legais: a) natureza singular do serviço, o que exclui os de natureza rotineira; b) profissionais/empresas de notória especialização. É bom repetir que não satisfeito qualquer uma das exigências mencionadas, vale a regra geral já vista. Passamos a discorrer sobre as indagações inseridas pelo consulente no item 02 de seu expediente consultivo. Questiona o Presidente da Câmara se o “quantum” gasto com a possível assessoria jurídica privada entraria no cômputo dos gastos estabelecidos pela Lei Complementar nº 101, e Emendas Constitucionais nº 25 e 29. Acerca do tema dispõe o art. 18, §

1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, “*verbis*”: **“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 emprego, 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'. (grifo nosso)

Conforme artigo publicado na Revista “Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal - IDAF” (Ano II, nº 17, dezembro 2002/2003, p. 432/444), intitulado “A Gestão Fiscal Responsável e a Terceirização na Administração Pública”, de autoria de Leyla Bianco Correia Lima da Costa e Edite Mesquita Hupsel, procuradoras do Estado da Bahia, afirmam a impossibilidade da substituição indagada, “*in verbis*”: **“Inconstitucionais, [...] são as terceirizações, através de contrato de prestação de serviços, de funções próprias de Estado – educação, saúde, segurança pública, atividade jurisdicional, atividades relativas ao fisco e ao poder de polícia administrativa. [...] Atividades outras não próprias de Estado, nem previstas nos planos de cargos e salários, podem ser terceirizadas pela administração pública, observadas regras relativas à licitude dessa medida. Conclui-se, portanto, que a administração pública também pode se beneficiar da terceirização, através de um contrato de prestação de serviço, desde que não estejam presentes os elementos da subordinação nem da pessoalidade; não seja terceirizada atividade-fim do órgão ou entidade; as atividades próprias, típicas e fundamentais do Estado e não sejam terceirizadas as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas por planos de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade terceirizante.”** Deste modo, Advocacia Pública é atividade própria, típica e fundamental do Estado, impossível, portanto, a rotina substitutiva de tal atividade por agentes privados. Assim, é claro que os gastos com assessoria jurídica privada devem

compor os gastos com pessoal, consoante determinação do art. 18, § 1º, da Lei Complementar 101/00. Porém, é de se reconhecer que há descompasso entre os ditames constitucionais e a realidade, o que não deveria acontecer, já que a representação e a assessoria jurídica do Poder Público são atividades estatais e, por isso, deveriam ser exercidas por servidores efetivos ou comissionados. Mas, contrariando a Lei Maior e ocorrendo a contratação de advogados ou assessores jurídicos particulares, as despesas com os mesmos deverão ser computadas como gastos com agentes públicos para os fins da LRF – gasto com pessoal e Emenda Constitucional nº 25/00 – folha de pagamento. Quanto ao terceiro item, referente à possível inclusão dos encargos sociais no limite de despesas com agentes públicos estipulado pelo § 1º, do art. 29-A, da Lei Maior, inserido pela Emenda Constitucional nº 25 importa analisar seu contexto: **“Art. 29-A, § 1º. A Câmara Municipal não gastará mais de setenta por cento de sua receita com folha de pagamento, incluído o gasto com o subsídio de seus Vereadores.”** Para responder ao questionamento, necessário conceituar, portanto, “folha de pagamento” e “encargos sociais”: Folha de Pagamento: **“Documento elaborado pelas fontes pagadoras em que expressam os vencimentos de seus funcionários ou empregados no período correspondente (geralmente por mês), com os descontos legais (IR; contribuição previdenciária e outros).”** (“Enciclopédia Saraiva de Direito”, vol. 38, São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 34/35) “Encargos sociais: são recolhimentos a que se obriga o Poder Público em decorrência de sua condição de empregador, tais como os relativos ao Fundo PIS-Pasep e ao FGTS.” (Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. Organizadores: Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento. 2001, p.132) Pelos conceitos retro mencionados, observa-se a impossibilidade dos encargos sociais comporem o conceito de folha de pagamento, já que neste, como vimos, só cabem as remunerações, com os descontos legais, pagas, neste caso, aos agentes públicos dos Legislativos municipais. Em nenhum momento, os conceitos trazidos sobre folha de pagamento incluem os recolhimentos a que se obrigam as Câmaras Municipais em decorrência da condição de empregador (termo genérico). Finalmente, cumpre lembrar que “sendo a resposta à consulta de caráter normativo, e constituindo prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”, conforme prevê o art. 1º, XVII, da Lei Complementar 32/93, não está a resposta à presente consulta vinculada às ocorrências fáticas as quais

estarão individualmente sendo analisadas ao seu tempo real. Ante o exposto, VOTO para que este Plenário, preliminarmente, conheça da presente consulta, para, no mérito, RESPONDER ao Presidente da Câmara Municipal de Ecoporanga nos termos do presente voto, anexando ao mesmo, cópia da Instrução Técnica exarada pela 8ª Controladoria Técnica

Acompanha este Parecer, integrando-o, a Instrução Técnica nº 74/2003 da 8ª Controladoria Técnica.

Presentes à sessão plenária da apreciação os Srs. Conselheiros Mário Alves Moreira, no exercício da Presidência, Elcy de Souza, Relator, Umberto Messias de Souza, Dailson Laranja, Marcos Miranda Madureira e Márcia Jaccoud Freitas. Presente, ainda, o Dr. Ananias Ribeiro de Oliveira, Procurador-Chefe do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 15 de janeiro de 2004.

CONSELHEIRO MÁRIO ALVES MOREIRA
no exercício da Presidência

CONSELHEIRO ELCY DE SOUZA
Relator

CONSELHEIRO UMBERTO MESSIAS DE SOUZA

CONSELHEIRO DAILSON LARANJA

CONSELHEIRO MARCOS MIRANDA MADUREIRA

CONSELHEIRA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

DR. ANANIAS RIBEIRO DE OLIVEIRA
Procurador-Chefe

Lido na sessão do dia:

FÁTIMA FERRARI CORTELETTI
Secretária Geral das Sessões