

NOTA TÉCNICA Nº 18/2018

EMENTA: INSTRUÇÃO Nº 02/2018 DO TCM/BA. VERIFICAÇÃO DE APLICAÇÃO DO ART. 18 DA LRF, EM ESPECIAL SEU §1º. DISTINÇÃO ATIVIDADE-MEIO E ATIVIDADE-FIM. VERIFICAÇÃO DE CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS E DA PRÓPRIA INSTRUÇÃO NORMATIVA DO TCM/BA.

Legislação correspondente:**Constituição Federal;****Lei Complementar n. 101/2000;****Acórdão n. 2444/2016 do TCU;****Instrução n. 02/2018 do TCM/BA.**

A presente nota objetiva verificar a **aplicação do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)**, frente a nova **Instrução nº 02/2018 do Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia (TCM/BA)**, em especial das possibilidades e consequências do seu § 1º.

Partindo da **leitura do art. 18 da LRF** temos no seu *caput* a **descrição** de **quais gastos** do ente público **somados** são **considerados** para a verificação de **despesa total de pessoal** e, conseqüentemente, a **verificação do índice de despesa com pessoal** em relação a receita corrente líquida (RCL) do ente (art. 19 e ss da 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.

Logo em seguida, **estabelece a especificidade da terceirização** de mão-de-obra, **distinguindo dos demais gastos** ao estabelecer que esses gastos de terceirização **devem ser inscritos contabilmente** como "**Outras Despesas de Pessoal**":

(...)

§ 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**".

A **leitura** desse **parágrafo** vem sendo tema de **entendimentos diversos**, inclusive sendo um dos objetos da Ação de Inconstitucionalidade que questionou a própria LRF, **com o Supremo Tribunal Federal entendendo pela sua constitucionalidade¹ no próprio ano de 2000.**

A partir de sua constitucionalidade, e mais fortemente no Tribunal de Contas da União, **iniciou-se o processo de entendimento da aplicação do §1º, questionando se haveria ou não sua inclusão como gasto de despesa com pessoal, para cômputo do índice do art. 19 da LRF, mesmo estando contabilizado como "Outras Despesas de Pessoal"**².

Sobre o tema, e no Acórdão n. 2444, o TCU reafirmou o **entendimento** de que, respeitando os critérios estabelecidos na jurisprudência da corte, as despesas de terceirização que podem ser inscritas como "Outras Despesas com Pessoal", não serão computadas para o índice do art. 19.

Nessa linha que o **TCM/BA editou a Instrução n. 02/2018³**, estabelecendo critérios para a inclusão de gastos como "Outras Despesas de Pessoal" e a retirada do índice de despesa com pessoal, e outros temas, descrevendo quatro grandes grupos, conforme alíneas estabelecidas no art. 1º:

"a) as despesas realizadas com terceirização de mão de obra dos gastos com pessoal de que tratam os art. 18 e 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, desde que sejam relativas as atividades-meio e que não exerçam atividades inerentes às

¹ ADI n 2.238 MC-DF

² TCU Acórdão ns. 3005/2009; 283/2011; 3239/2013, 2444/2016.

³ Disponível em <http://www.tcm.ba.gov.br/wp-content/uploads/2018/08/instrucao-no-02-2018-terceirizacao-desp-com-pessoal-republicada-31-07-2018.pdf>

categorias funcionais abrangidas pelo quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo no caso de cargo ou categoria extintos ou em extinção, podendo ser relacionadas, exemplificativamente, as atividades relacionadas a serviços de conservação, de limpeza, de segurança, de vigilância, de transportes, de informática, de copeiragem, de recepção, de reprografia, de telecomunicações e serviços de manutenção de prédios, equipamentos e instalações, dentre outras;

b) as despesas de pessoal com serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, quando prestados pelos municípios indiretamente sob regime de concessão ou permissão, dado que as empresas prestadoras dos serviços arcam com os gastos de pessoal;

c) as despesas de pessoal com serviços oriundos dos demais instrumentos com natureza de convênio, ainda que classificados nos diversos elementos de despesa típicos de serviços, realizadas pelos entes nos elementos 41 – Contribuições; 42 – Auxílios e 43 – Subvenções Sociais, por não terem características de contrato;

d) as despesas de pessoal com gastos provenientes dos contratos de parcerias concertados entre a administração pública e as entidades definidas como organizações sociais do terceiro setor, os chamados “Contratos de Gestão”, desde que não realizem, na prática, “atividades exclusivas do ente público” e observem os termos dispostos na Lei Federal nº 9.637/98.” (g.n.)

Para a **presente Nota**, interessa o **corte da alínea “a”** e seus critérios, com o **primeiro** referente a verificação **se a terceirização é de atividade-meio ou atividade-fim**.

A distinção, quando possível, de atividade “meio” ou “fim” não é exclusiva do Direito Administrativo, sendo objeto de conceitos jurídicos em outras esferas, especialmente no Direito Trabalhista, na própria possibilidade de terceirizar serviço essencial ou finalístico

do empregador, e no Direito Tributário, para verificação de incidência tributária, como a da incidência de ICMS em serviços suplementares de telecomunicação⁴.

Dentro do aspecto geral, ficamos com a definição que **estabelece que atividade-meio é a atividade não essencial⁵ ou suplementar, acessória ou instrumental da administração pública.**

No seu espelho, temos na **atividade-fim** o seu inverso, ou seja, **as atividades finais que os órgãos da administração pública possuem na forma da lei.** Como exemplo ordinário, a impossibilidade de contratação de terceirizados para exercerem a atividade de fiscal de tributos⁶.

Alem da distinção do tipo de atividade, e **seguindo a melhor jurisprudência, o TCM/BA determinou ainda que para que a terceirização de mão-de-obra não seja base para o cálculo de índice de despesa com pessoal, não poderá existir cargo na organização do ente municipal, ou ao menos que o cargo esteja em extinção,** sendo o segundo critério de avaliação.

Para afastar dúvidas que a Instrução do TCM/BA estabelece, logo no seu parágrafo 1º, do art. 1º, a inclusão de atividades-fins no computo do índice de despesa com pessoal:

§1.º As despesas incorridas com terceirização de atividades finalísticas e permanentes da Administração deverão ser computadas no cálculo da despesa de pessoal, por se tratarem de atividades tipicamente estatais. (g.n).

⁴ RE 760931e RE – 572020, disponíveis em www.stf.jus.br

⁵ Consulta Parecer n. 147-1 do TCMBA “A terceirização no serviço público, sua possibilidade, essencialmente, limita-se aos serviços não essenciais, relacionados à atividade meio, através do devido procedimento licitatório, desde que não existam cargos efetivos vinculados a estes serviços, pois mesmo existindo a possibilidade de terceirização, a regra para adentrar no Serviço Público é o Concurso Público, logo os cargos em que são exigidos concurso não podem ser substituídos por terceirizados” disponível em

<http://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/02929-17.odt.pdf>
<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/14/atividade-meio/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/false/4/false>

⁶ Ag n. 1262046 do STJ, disponível em WWW.stj.jus.br

Não obstante, podemos **indicar, de forma geral, os dois pontos iniciais** que os Municípios necessitam **para** a possível **exclusão** de terceirizados da alínea “a”, do índice de despesa total com pessoal:

- a) verificar se a terceirização se refere a atividade-meio;
- b) para, posteriormente, verificar a estrutura administrativa e legal dos cargos existentes no Município.

Assim que a **avaliação** da contabilização e da **verificação** jurídica da **terceirização** deverá ser **pontual** em **cada estrutura administrativa municipal** e **frente** aos seus **contratos** terceirizados.

Coordenação Jurídica UPB
(71)3115-5922/23/24/25
coordenacaojuridica@upb.org.br