

GRUPO II – CLASSE III – Plenário  
TC 023.746/2018-1  
Natureza: Consulta.  
Órgão/Entidade: Ministério da Saúde (vinculador).  
Representação legal: não há.

SUMÁRIO: CONSULTA. MINISTÉRIO DA SAÚDE. CONHECIMENTO. CONTRATAÇÃO DA EXECUÇÃO INDIRETA DE SERVIÇOS ACESSÓRIOS E COMPLEMENTARES. CHAMAMENTO PARA SELECIONAR ENTIDADES FILANTRÓPICAS OU SEM FINS LUCRATIVOS PARA ATUAR DE FORMA COMPLEMENTAR. RESPOSTA AO INTERESSADO. ARQUIVAMENTO.

## RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo então Ministro de Estado da Saúde acerca da realização de contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas e/ou a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, por intermédio de chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde – Funasa.

2. A primeira análise processual acostada aos autos ocorreu a cargo da extinta Secretaria de Controle Externo no Estado de Mato Grosso (Secex/MT) que aprovou, inicialmente, a instrução de mérito, acolhida pelo corpo dirigente da unidade técnica (peças 2 a 4), nos seguintes termos:

### INTRODUÇÃO

1. *Cuidam os autos de consulta formulada pelo Sr. Gilberto Magalhães Occhi, Ministro de Estado da Saúde, acerca da viabilidade de se realizar a contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas e/ou a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, por intermédio de chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde – Funasa (peça 1).*

### HISTÓRICO

2. *O questionamento formulado pelo titular da pasta da saúde tem suporte no Ofício 131/2018/DENSP/PRESI-FUNASA, de 29/6/2018, da lavra do Presidente da Funasa, Sr. Rodrigo Sergio Dias, por meio do qual justifica o pleito da seguinte forma (peça 1, p. 3):*

*(...) a FUNASA, entidade da administração pública indireta, possui quadro técnico insuficiente, fazendo com que os poucos servidores efetivos atuem também em atividades complementares, que possuem característica circunstancial, já que ligadas à variação do número de convênios e instrumentos congêneres em execução de acordo com a necessidade situacional do saneamento em cada região.*

*A demanda justifica-se, também, porque a conjuntura tende a se agravar devido ao fato de que a área técnica de engenharia passará por grande redução no exíguo número de profissionais que trabalha no setor, em virtude das aposentadorias previstas e do encerramento, este ano, do contrato temporário de servidores que atuam nas áreas técnicas.*

*O cenário iminente de escassez de profissionais para atuar na área estratégica de engenharia de saúde pública, certamente influenciará no resultado esperado nas metas de universalização estipuladas nas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado para assegurar o direito*

*constitucionalmente previsto de acesso ao saneamento, e assim, garantir a saúde das populações alvo de suas atividades.*

3. *Para subsidiar seu pleito perante o Ministério da Saúde, a Funasa colacionou a Nota Técnica 10/2018/DENSP/PRESI (peça 1, p. 5-14), lavrada conjuntamente em 28/6/2018 pelo Departamento de Engenharia de Saúde Pública da Funasa e pela Procuradoria Federal Especializada junto à Funasa, com o propósito de contextualizar a problemática e ao final subsidiar a indicação precisa do objeto a ser indagado perante este Tribunal, no uso de sua função consultiva.*

4. *Sendo assim, de forma conclusiva, entendeu oportuna a realização de consulta a esta Corte de Contas com os seguintes contornos (peça 1, p. 13-14), com destaques inseridos:*

*41. Diante do exposto, por toda a contextualização apresentada, entende-se oportuno que seja realizada consulta ao Tribunal de Contas da União - TCU quanto a possibilidade de se realizar alguma das hipóteses abaixo elencadas, como medida alternativa para se contar com pessoal especializado para atuar no apoio às ações da área técnica, de forma complementar às atividades finalísticas desta fundação pública, entidade da administração pública indireta:*

*1. A contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas, conforme explicitado em análise sobre o setor de engenharia;*

*2. A realização de chamamento público com o intuito de se selecionar entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos para atuar de forma complementar às ações de saneamento, nos moldes adotados pela SESAI, respeitando os termos e limites estipulados pela FUNASA, sendo-lhe possível selecionar e contratar a equipe a ser envolvida na execução do convênio, desde que observada a necessidade de realização de processo seletivo prévio, atentando à publicidade e à impessoalidade, e considerando os critérios de seleção que deverão ser recomendados pelas diretorias técnicas.*

*42. Em caso positivo para quaisquer das hipóteses apresentadas, importante que seja dada a orientação sobre particularidades e detalhes que precisam ser atentados para viabilização do procedimento adotado.*

*43. Cumpre enfatizar que o intuito da consulta é vislumbrar possibilidades de se projetar soluções possíveis de serem adotadas por esta Fundação, para que possa contar com esses colaboradores na execução de atividades acessórias e suplementares às finalísticas da instituição, antes que a deficiência no número de trabalhadores se torne obstáculo para a continuidade das ações de saneamento, objeto das políticas públicas traçadas em programas e metas a serem alcançados pelo governo federal, como medidas de promoção e garantia da saúde.*

*5. Diante disso, tomando como base o despacho de sua secretaria executiva (peça 1 p. 2), com fundamento no art. 264, do Regimento Interno deste Tribunal, aportou nesta Corte de Contas o Aviso 373/2017/GM/MS, de 5/7/2018 (peça 1, p. 1), sobre a consulta formulada em tese pelo Ministro de Estado da Saúde, Sr. Gilberto Magalhães Occhi, a respeito da possibilidade de contratação de mão de obra com os contornos epigrafados, no âmbito da Funasa, razão pela qual fora autuado o presente processo sob o registro TC 023.746/2018-1 para instrução e apreciação do Plenário.*

#### **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**

6. *A presente consulta deve ser conhecida, uma vez que formulada por autoridade que possui legitimidade para tanto, acerca da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência deste Tribunal, de modo que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso IV, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal.*

7. *Ademais, as questões redigidas pelo consulente, no interesse da Fundação Nacional de Saúde, guardam pertinência temática com a pasta da saúde, nos termos no art. 264, inciso IV, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, dado que, inclusive, refere-se a uma fundação com vinculação ministerial e, portanto, sob o poder de supervisão do Ministério da Saúde.*

8. *Malgrado contenham dados concretos atinentes à Funasa na Nota Técnica 10/2018/DENSP/PRESI, entende-se que a sua utilização objetivou servir de base à*

contextualização da problemática envolvida na consulta, assim como atender à disposição regimental no sentido de que deva ser instruída, 'sempre que possível, com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente', em preservação, dessa forma, ao caráter geral e abstrato dos questionamentos alvo da presente consulta.

### **EXAME TÉCNICO**

9. A Nota Técnica Conjunta 10/2018/DENSP/PRESI ressalta a importância e a relevância da política pública de saneamento no Brasil, cujo eixo central do governo federal é o Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab), que consiste, em suma, no planejamento integrado incluindo os quatro componentes: abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, manejo de resíduos sólidos e drenagem das águas pluviais urbanas.

10. Ao tecer considerações acerca do papel da Funasa, das peculiaridades de suas funções e de sua estrutura orgânica com atuação em todos os estados da federação, assim como sobre a precariedade iminente da força de trabalho inerente ao Departamento de Engenharia de Saúde Pública (DENSP) da Funasa, utilizado como referência para a presente análise situacional, vislumbra como alternativa contar com a colaboração de profissionais especializados em sua equipe, que na visão interna e rotineira da instituição, essencialmente, exerçam atividades complementares que possibilitem o assessoramento, avaliação, padronização, elaboração e/ou verificação de projetos de saneamento dos convênios e instrumentos congêneres e, assim, garantam a execução das ações e das obras de saneamento planejadas nas políticas de atuação governamental.

11. No âmbito do Plansab, emerge o papel da Fundação Nacional de Saúde como entidade integrante da administração indireta, vinculada ao Ministério da Saúde e responsável pela coordenação do processo de elaboração e execução do Programa Nacional de Saneamento Rural (PNSR) com estratégias que garantam a equidade, a integralidade, a intersetorialidade, a sustentabilidade dos serviços implantados, a participação e controle social, e em sua abordagem e execução, considera a integralidade das ações, a concepção de territorialidade rural e a integração com outros programas e políticas públicas em andamento.

12. Considerando que o Plano Plurianual 2016-2019 do governo federal atribuiu ao Ministério da Saúde a competência para, por meio da Funasa, apoiar estados e municípios na implementação daquelas ações em áreas rurais e naquelas municipalidades com até 50 mil habitantes, o planejamento estratégico da fundação dispõe que sua missão é 'promover a saúde pública e a inclusão social por meio de ações de saneamento e saúde ambiental', com a perspectiva de futuro de que 'até 2030, a Funasa, integrante do SUS, será uma instituição de referência nacional e internacional nas ações de saneamento e saúde ambiental, contribuindo com as metas de universalização do saneamento no Brasil'.

13. Diante disso, asseguram que a Funasa tem como atribuição formular e instituir políticas públicas destinadas ao planejamento, elaboração, apoio, coordenação, gerenciamento, acompanhamento e avaliação da implementação de soluções de engenharia voltadas ao saneamento ambiental com o intuito de promover a saúde pública, sendo essas atividades tidas como finalísticas da fundação.

14. De mais a mais, para contextualizar e nortear a análise dos objetos de consulta, apontaram como fundamento os dispositivos da Constituição Federal de 1988, das Leis 8.080/1990, 8.666/1993, 11.445/2007, 11.429/2017, dos Decretos 2.271/1997, 6.170/2007 e 8.867/2016 (estatuto da Funasa); a Súmula TST 331; as instruções normativas e portarias interministeriais aplicáveis ao Poder Executivo Federal, as resoluções do Confea e do Crea, assim como o regimento interno da Funasa e demais normas internas pertinentes (peça 1, p. 11-13).

15. Diante disso, buscando compreender o entendimento do TCU acerca da possibilidade de a Funasa, como medida alternativa, contar com pessoal especializado para atuar no apoio às ações

da área técnica, de forma complementar às atividades finalísticas, por intermédio das seguintes formas:

1ª hipótese: contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas;

2ª hipótese: seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, por intermédio de chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento.

16. Em virtude de a consulta ser instrumento somente admissível em casos de dúvidas acerca da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais e regulamentares, o exame técnico ater-se-á à resposta objetiva às hipóteses acima formuladas pelo eminente ministro consulente, tratadas de forma geral e abstrata, sem nenhum posicionamento acerca dos casos concretos que a embasaram, em respeito à característica jurídica do presente instrumento, sem prejuízo de sinalizar possíveis caminhos, acaso existentes, em prol do aprimoramento da administração pública em benefício da sociedade por meio do controle externo, missão institucional desta Corte de Contas.

17. Em sentido amplo, na lição do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado (2017), a terceirização pode ser entendida como:

(...) o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista que lhe seria correspondente, sendo que por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justabalhista, que se preservam fixados com a prestadora de serviços (entidade interveniente).

18. No Brasil, os fundamentos da terceirização eram extraídos a partir da leitura e interpretação de dispositivos variados contidos na Consolidação das Leis do Trabalho (subempreitada), na Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (regime de concessão e permissão), na Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 (serviços de telecomunicações), na Lei 7.102, de 20 de junho de 1983 (serviços de vigilância bancária e de transporte de valores) e na Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974 (trabalho temporário nas empresas urbanas).

19. Diante das lacunas existentes no ordenamento jurídico, imbuída do propósito de uniformização dos julgamentos de diversos casos análogos, assim como de orientação em geral, o Tribunal Superior do Trabalho aprovou a Súmula TST 331, por meio da Resolução 174/2011, divulgada em 27, 30 e 31/5/2011, com os seguintes contornos:

#### CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

20. Até então, considerava-se lícita a terceirização para o atendimento da atividade-meio da instituição tomadora, observando a inexistência de pessoalidade e subordinação direta, especialmente no tocante a serviços de vigilância e de conservação e limpeza, dentre outros que, assim, configurarem-se como tal em uma organização.

21. Nesse contexto, recentemente, como um novo marco legal na temática, sobrevieram a Lei 13.429 de 31 de março de 2017 (denominada de nova lei da terceirização) e a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (conhecida como 'reforma trabalhista'), as quais, entre outras questões, disciplinaram a terceirização de um modo geral mediante regras sobre a utilização desse instituto e as relações de trabalho dele decorrentes.

22. De seus conteúdos, observa-se que essas normas incluíram e alteraram dispositivos que regulamentam as relações individuais e coletivas de trabalho da iniciativa privada sob a égide da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), assim como o trabalho temporário em áreas urbanas previsto na Lei 6.019, de 3 de janeiro 1974, e a organização da seguridade social contida na Lei 8.212, de 24 julho de 1991, em adequação à legislação aplicável.

23. Diante disso, cabe trazer à baila dois conceitos insculpidos na Lei 6.019, de 3 de janeiro 1974, *in verbis*, com destaques inseridos:

*Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.*

*(...)*

*Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.*

24. Sem adentrar na dicotomia entre atividade-fim e atividade-meio, inclusive ainda controversa no meio doutrinário e judicial, já que as referidas leis foram omissas nesse aspecto, nota-se que não há distinção e limites pertinentes ao tipo de atividade passível de terceirização no âmbito de uma organização, desde que os serviços sejam executados por empresa dita especializada e com capacidade econômica compatível para tanto, ao passo que antes a parte que poderia ser objeto de terceirização, por assim dizer, era mais restrita à atividade-meio.

25. De mais a mais, sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal há de enfrentar a controvérsia em sede de Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713211, com repercussão geral reconhecida, por meio do qual o Plenário discutirá, no mérito, a fixação de parâmetros para a identificação do que vem a ser a atividade-fim de um empreendimento, sob o ponto de vista do seu enquadramento para fins de terceirização.

26. Não obstante a inovação pretendida pelo legislador quanto à terceirização de serviços, de plano, há de se observar a aplicabilidade ou não desses permissivos legais abrangentes, ainda que indefinidos em sua forma conceitual, nas relações de trabalho estabelecidas no setor público propriamente dito, mormente no tocante às atividades finalísticas dos órgãos e entidades.

27. A doutrina diverge da aplicação no âmbito da administração pública em razão da redação atribuída pelo art. 5º-A da Lei 6.019/1974, cuja redação foi alterada pela Lei 13.467/2017, o qual preceitua que 'contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal'.

28. Uma corrente defende a possibilidade da terceirização de forma ampla, inclusive pelo Estado, uma vez que a lei não veda expressamente tal hipótese. A outra banda assegura que a interpretação nesse sentido seria, de pronto, considerada inconstitucional, por evidente caracterização de lei infraconstitucional de encontro à norma de envergadura constitucional, qual seja o art. 37, inciso II, da Carta Magna, cujo ingresso no serviço público dar-se-á mediante a realização de concurso público e, nesse contexto, não faz diferenciação entre administração pública direta e indireta.

29. *Demonstra-se razoável entender que a interpretação mais consentânea com a Lei Maior é no sentido de, simplesmente, sequer tratar-se de inconstitucionalidade sem redução de texto, mas de verdadeira inaplicabilidade à terceirização nos casos de atividade-fim para a administração pública, seja direta, autárquica e/ou fundacional, já que as alterações legislativas perpetradas alcançaram dispositivos que regulamentam as atividades adstritas, em específico, ao ramo empresarial e à relação laboral dele decorrente.*

30. *Melhor dizendo, a reforma trabalhista e a nova lei de terceirização, em que pese silentes quanto à seara de sua aplicação, destinam-se a conferir nova regulamentação adstrita ao trabalho temporário e à terceirização em sentido estrito às relações individuais e às coletivas de trabalho da iniciativa privada.*

31. *Forçoso reconhecer que, em sua essência, os referidos diplomas não foram criados para regulamentar a terceirização de atividades desempenhadas pelo setor público, isso porque sequer se trata de lacuna, mas de verdadeiro silêncio legislativo. Entender de modo contrário implicaria em subverter o princípio da legalidade adstrito à administração pública, tendo em vista que sua atuação deve se dar nos exatos limites da lei, diferentemente das relações privadas, em que é permitido fazer tudo que a norma não proíbe.*

32. *No âmbito da administração pública, a terceirização encontra guarida no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, observada a disciplina da Lei 8.666, de 23 de junho de 1993, em seus arts. 6º, inciso VIII, e 10, que dizem respeito à execução indireta de obras e serviços.*

33. *Extraí-se, no entanto, que não é qualquer atividade a ser passível de terceirização pelo setor público. O Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, que trata da organização da Administração Pública Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, assim preconiza, in verbis:*

*Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.*

*(...)*

*§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.*

34. *A Carta Magna, por sua vez, prevê a obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, nos termos do art. 37, inciso II, assim como determina à administração pública de qualquer dos poderes e entes federados a obediência aos princípios basilares da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estatuídos no caput de mesmo artigo.*

35. *Indubitável, pois, inclusive no entendimento desta Corte de Contas, que a terceirização afeta à área-fim de um órgão ou entidade ou até mesmo aquelas atividades correspondentes a atribuições previstas em cargos ou empregos públicos configura burla de envergadura constitucional à obrigatoriedade de contratação mediante prévia realização de concurso público, de modo que as respectivas exceções devem ser previstas no próprio texto constitucional, como ocorre, por exemplo, com os cargos comissionados de livre nomeação e exoneração, servidores temporários, dentre outros.*

36. *No serviço público federal, assim compreendendo a administração pública direta, autárquica e fundacional, a regulamentação dos serviços terceirizáveis advém do Decreto 2.271, de 7 de julho de 1997, que define quais atividades podem ser objeto de terceirização, de forma similar ao conceito de atividades-meio, considerando-as assessórias, instrumentais ou complementares, nos seguintes termos:*

*Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.*

*§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.*

*§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.*

*37. O decreto em epígrafe veda, portanto, a terceirização das atividades que correspondem à área de competência legal do órgão ou entidade, em sentido amplo, e daquelas abrangidas pelo plano de cargos do órgão, salvo, neste caso, expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo em extinção.*

*38. Por sua vez, em harmonia com a legislação aplicável e considerando as proposições de melhoria advindas deste Tribunal pertinentes ao assunto, o Poder Executivo Federal editou a Instrução Normativa MPOG 5, de 25 de maio de 2017, para dispor sobre e diretrizes a respeito da contratação de serviços sob o regime de execução indireta, leia-se terceirização da atividade-meio, e, em seu Capítulo I, Seções III e IV, tratou dos serviços passíveis e da vedação à contratação de serviços, cujos contornos mais afins cabem a transcrição, com destaques inseridos:*

*Art. 7º Nos termos da legislação, serão objeto de execução indireta as atividades previstas em Decreto que regulamenta a matéria.*

*§ 1º A Administração poderá contratar, mediante terceirização, as atividades dos cargos extintos ou em extinção, tais como os elencados na Lei nº 9.632, de 7 de maio de 1998.*

*(...)*

*Art. 9º Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:*

*I - atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;*

*II - as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;*

*III - as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e*

*IV - as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.*

*Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do caput podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.*

*39. Da leitura, capta-se que a referida instrução normativa foi além na interpretação do arcabouço normativo aplicável aqui tratado, oportunidade em que, nos incisos do art. 9º em epígrafe, qualificou, dentre o rol das vedações à execução na forma indireta, as atividades consideradas estratégicas para órgão ou entidade e as relacionadas ao poder de polícia, de regulação de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção, na visão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.*

*40. Em preservação ao espírito da Constituição Federal de 1988, do Decreto-Lei 200/1967, do Decreto 2.271/1997, constata-se, assim, que essas normas e a própria Súmula TST 331 comungam de mesmo entendimento, na medida em que convergem no sentido de restringir o escopo da terceirização à área meio das instituições públicas e estabelecer condicionantes semelhantes.*

*41. Consulta à jurisprudência desta Corte de Contas revela diversas deliberações colegiadas sobre a terceirização de serviços na administração pública em casos concretos dos mais variados,*

*dentre os mais relevantes a avaliação da própria licitude de contratos celebrados pelo poder público em detrimento da realização do concurso, a regularidade de ajustes mediante termo de parceria, contrato de gestão, convênio, contrato administrativo e credenciamento para contratação de profissionais de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como a possibilidade de custeio de pessoal com recursos oriundos de transferências voluntárias federais, dentre outros.*

*42. Inicialmente, há mais de dez anos, a preocupação maior demonstrada foi com a possibilidade de violação à exigência constitucional de concurso público para a contratação de servidores, inclusive temporários mediante seletivo simplificado, pela administração direta, autárquica e fundacional, tendo em vista, inclusive, a execução indireta das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, ressalvada expressa disposição legal em contrário.*

*43. Após reiteradas decisões para a substituição gradual de postos de trabalhos terceirizados irregularmente, nos termos do Acórdão 1.520/2006-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Emérito Marcos Vinicius Vilaça, realizou-se um levantamento quantitativo com alguns números obtidos no processo das contas de governo do exercício de 2004 sobre o assunto para, a partir daí, celebrar uma espécie de termos de ajuste de conduta com o então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, como forma de solucionar a problemática naquele instante vivenciada.*

*44. Nos idos de 2011, ao avaliar a regularidade da terceirização de mão de obra em atividades prestadas no âmbito do Sistema Nacional de Emprego (Sine), haja vista a existência de indícios, à época, de que os convenentes estariam terceirizando irregularmente as atividades de atendimento ao trabalhador e de captação de vagas, realizadas nos postos do sistema em análise, utilizando-se de recursos do convênio com o Ministério do Trabalho e Emprego para pagamento dessas despesas. É o que dispõe o Acórdão 3.294/2011-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.*

*45. Em 2012, ao avaliar a gestão e o uso da tecnologia da informação pela Administração Pública Federal em sede de auditoria, nos termos do enunciado do Acórdão 1.233/2012-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, este Tribunal entendeu que:*

*Mesmo que a execução de serviços de tecnologia da informação seja transferida mediante contrato ou outro acordo a outra organização pública, como as empresas públicas prestadoras de serviços de tecnologia da informação, as atividades de gestão (planejamento, coordenação, supervisão e controle) de TI devem ser executadas por pessoas integrantes do quadro permanente, ou, excepcionalmente, a detentores de cargo em comissão, da organização contratante, não podendo ser delegadas a pessoas direta ou indiretamente ligadas à contratada. Assim, a contratação de empresas públicas prestadoras de serviços de tecnologia da informação não afasta a necessidade de a organização contratante manter estrutura de governança de TI própria, que direcione e controle a gestão desses contratos.*

*46. Sem pretender esgotar os casos de atuação deste Tribunal sobre o tema terceirização de serviços, citam-se outros acórdãos correlatos:*

*Acórdão 2588/2017-TCU-Plenário | Relator: Ministro Vital do Rêgo*

*Não há vedação à aplicação de recursos de transferências voluntárias na contratação de serviços realizados por mão de obra terceirizada, desde que, simultaneamente: a) o conveniente não conte em seus quadros com pessoal suficiente e adequado para a execução do objeto conveniado; b) os serviços sejam integralmente revertidos para a realização do objeto do convênio, limitada à duração da parceria firmada; c) os contratos de terceirização de mão de obra, nos termos do art. 18, § 1º, da Lei Complementar 101/2000 (LRF), não se refiram à substituição de servidores e empregados públicos, e sejam observados os dispositivos da regulação federal pertinentes.*

*Acórdão 958/2018-TCU-Plenário | Relator: Ministro Benjamin Zymler*

*A contratação de empresa para auxiliar a Administração na fiscalização de contratos (art. 67 da Lei 8.666/1993) não retira desta a obrigação do acompanhamento, porquanto a função do terceiro contratado é de assistência, não de substituição.*

*Acórdão 4470/2018-TCU-Primeira Câmara | Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues*

*A equivalência entre atribuições inerentes a categorias abrangidas pelo plano de cargos do órgão licitante e as previstas no termo de referência e no contrato de terceirização configura, por si só, descumprimento do art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/1997, independentemente das atividades efetivamente exercidas pelos terceirizados.*

*47. O entendimento é uníssono e pacífico no sentido de que a terceirização somente pode ocorrer nos limites definidos legalmente, não se admitindo a terceirização de serviços atinentes à área finalística dos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional.*

*48. Ainda em sede de consulta formulada pelo Ministro de Estado da Educação, a respeito da legalidade de se proceder à terceirização de certos procedimentos relativos à análise e à emissão de pareceres em prestação de contas de convênios, de forma instrumental e em auxílio à instrução processual, em 27/4/2011, o Plenário desta Corte de Contas assim entendeu:*

*Acórdão 1069/2011-TCU-Plenário | Relator: Ministro Ubiratan Aguiar*

*As atribuições inerentes ao acompanhamento e à análise técnica e financeira das prestações de contas dos convênios ou instrumentos congêneres constituem atividade precípua e finalística da Administração e, em consequência, não podem ser objeto de terceirização. Já as atividades de apoio ao acompanhamento e à análise das prestações de contas podem ser objeto de terceirização quando forem acessórias ou instrumentais e não requeiram qualquer juízo de valor acerca das contas, além de não estarem abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de atribuições de cargo extinto, total ou parcialmente.*

*49. Contudo, percebe-se que mesmo na seara pública carece de definição o que vem a ser atividade-fim de um órgão e/ou entidade. Não se demonstra razoável conceituá-la por exclusão, já que as normas até então referem-se ao que é considerado área meio e não executável na forma indireta. Isso porque o próprio conceito da norma pode colidir com a finalidade de uma organização a depender de sua missão, visão e razão de existir, nos termos da lei.*

*50. Antes mesmo de se pronunciar acerca do questionamento formulado pelo consulente nestes autos, essa distinção se revela salutar para a evolução da administração pública na medida em que é por meio dela que a unidade organizacional dota-se de legitimidade para estruturar-se diante dos recursos disponíveis e limitações existentes, perseguir a sua finalidade por intermédio do planejamento, coordenação, supervisão e controle dos resultados e, de outra banda, desobrigar-se diretamente da realização de atividades meramente executórias, acessórias, instrumentais ou complementares, em prol do aperfeiçoamento da governança e gestão das políticas públicas, com eficiência, economicidade e efetividade de suas ações.*

*51. Não bastassem as terceirizações ilícitas em grave afronta ao texto constitucional, há muito combatidas por esta Corte de Contas, dentre outras contribuições de melhorias decorrentes de sua atuação, é medida salutar o avanço no trato da questão, no uso de sua função institucional consultiva e pedagógica, no sentido de fixar o seu entendimento com base na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à competência deste Tribunal por intermédio de consulta formulada por autoridade legitimidade, nos termos do art. 264, do Regimento Interno – TCU, de 2011, que ora se apresenta.*

*52. A definição de atividade finalística de uma instituição pública da administração direta, autárquica e fundacional perpassa vários aspectos a serem considerados de ordem normativa e doutrinária por intermédio de uma análise sistêmica e conjuntural a partir do ordenamento jurídico brasileiro vigente e de práticas de governança e gestão atualmente em voga.*

*53. Segundo a lição de Hely Lopes Meirelles (2003), a organização é ‘um artefato que pode ser abordado como um conjunto articulado de pessoas, métodos e recursos materiais, projetado para*

*um dado fim e balizado por um conjunto de imperativos determinantes (crenças, valores, culturas etc.)’.*

*54. Sob o prisma administrativo, pode ser vista como uma entidade social formada por duas ou mais pessoas que trabalham de forma coordenada em determinado ambiente externo visando um objetivo coletivo, cujo contexto envolve a divisão de tarefas e atribuição de responsabilidades, em busca de anseios mútuos e comuns entre as partes.*

*55. O Estado, por seu turno, exerce a função administrativa por intermédio de órgãos, pessoas jurídicas e seus respectivos agentes. Nessa toada, a administração pública em sentido material, objetivo ou funcional representa o conjunto de atividades que costumam ser consideradas próprias da função administrativa, adotando como conceito a referência com o que é realizado, não obrigatoriamente quem a exerce.*

*56. De acordo com os ditames do art. 4º do Decreto-Lei 200/1967, a administração direta é conjunto de órgãos que integram as pessoas políticas do Estado, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de maneira centralizada, de atividades administrativas. Já as autarquias e fundações públicas correspondem às pessoas jurídicas que, vinculadas à administração direta, também exercem funções administrativas, só que de forma descentralizada. Por oportuno, as demais entidades da administração indireta (empresas estatais, sociedades de economia mista, etc.) não compõe o escopo desta análise dadas as peculiaridades inerentes às suas naturezas jurídicas sem conexão com o que é tratado nesta consulta.*

*58. Com recursos adequados e capital humano necessário de modo a atuar com eficácia, eficiência, efetividade e economicidade em benefício da sociedade, o papel fundamental atribuído às organizações públicas é o de, por meio dos serviços prestados, ampliar, de forma sistêmica e integrada, o bem-estar social e as oportunidades aos cidadãos. Para isso é importante traçar claramente seus objetivos, definir sua estratégia de atuação e adotar ferramentas capazes de orientar as ações de melhoria.*

*59. Dessa forma, o Decreto 9.203, de 22 de novembro de 2017 – ao instituir a política de governança da Administração Pública Federal, autárquica e fundacional – estabeleceu que cabe à alta administração da instituição, em observância às normas e procedimentos específicos aplicáveis, implementar e manter um conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse público, conforme se depreende da interpretação harmônica de seus arts. 2º, inciso I, e 6º, em consonância com os princípios e diretrizes nele estabelecidos.*

*60. Com isso, preconiza o Referencial de Básico de Governança deste Tribunal (ed. 2ª, 2014, Brasília), aplicável a órgãos e entidades da administração pública, que:*

*De modo complementar, gestão diz respeito ao funcionamento do dia a dia de programas e de organizações no contexto de estratégias, políticas, processos e procedimentos que foram estabelecidos pelo órgão (WORLD BANK, 2013); preocupa-se com a eficácia (cumprir as ações priorizadas) e a eficiência das ações (realizar as ações da melhor forma possível, em termos de custo-benefício).*

*61. A estrutura organizacional de uma entidade fornece a base para o planejamento, a execução, o controle e a correção de rumos de suas atividades. Envolve a determinação das principais áreas de autoridade e responsabilidade e as suas linhas de subordinação, juntamente com procedimentos efetivos para monitorar resultados, conforme preconiza a accountability.*

*62. Geralmente formalizada por meio de organograma e complementada por manual da organização ou instrumentos normativos (resoluções, portarias, etc.) que estabelecem competências, atribuições e responsabilidades das unidades e dos cargos que as compõem, essa estrutura deve ser estabelecida de maneira a favorecer o cumprimento da missão e o alcance dos objetivos da organização, bem como a eficácia do gerenciamento de riscos e do controle interno.*

63. Dessa forma, é dever de ministros de estado, assim como presidentes e diretores de autarquias e fundações públicas ou autoridades equivalentes, definir 'diretrizes, objetivos, planos e ações, além de critérios de priorização e alinhamento entre organizações e partes interessadas, para que os serviços e produtos de responsabilidade da organização alcancem o resultado pretendido', conforme pressupõe o mecanismo da estratégia, previsto no art. 5º, inciso II, do Decreto 9.203/2017.

64. No setor público, muito embora os objetivos sejam relacionados e originem-se de programas de governo ou sejam estabelecidos na legislação, o detalhamento desses objetivos deve ser realizado pela administração de cada entidade ou órgão público em seu planejamento estratégico. Em seguida, são desdobrados em ações e metas pela direção e gerência (nível tático) até chegar aos planos de ação ou de trabalho, no nível operacional da organização. Isso demonstra o quanto é imprescindível o planejamento estratégico nas organizações públicas, bem como o seu desdobramento em planos táticos e operacionais, programas e projetos, por todos os níveis organizacionais.

65. Nessa baila, a estrutura de governança delega autoridade, define e atribui responsabilidades à alta administração, que, por sua vez, assim também procede em delegação a toda a entidade e suas subunidades, com base na competência demonstrada, enquanto as funções são definidas com base em quem é responsável por tomar decisões ou quem deve ser informado dessas decisões. Ademais, definem o quanto os agentes e as equipes são autorizadas ou encorajadas (ou limitadas) a perseguir os objetivos ou a cuidar dos problemas na medida em que eles surgem.

66. É com esse espírito que toda organização pode ser vista como uma coleção de processos que, de forma integrada, promovem a consecução dos objetivos direta e indiretamente relacionados à sua missão, aos objetivos estratégicos e à razão de existir, por intermédio de seus agentes imbuídos de autoridade e responsabilidade para tanto, na forma da legislação a ela aplicável.

67. Segundo o tesouro deste Tribunal de Contas da União, processos podem ser definidos como:

*Um conjunto de atividades inter-relacionadas ou interativas que transformam insumos (entradas) em produtos/serviços (saídas) com valor agregado. Geralmente são planejados e realizados de maneira contínua para agregar valor na geração de produtos e serviços, assim como podem ser agrupados em macroprocessos e subdivididos em subprocessos. (Fonte: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Vocabulário de Controle Externo. Versão 3.0)*

68. A literatura especializada os classifica de diversas formas a depender do tipo de atividade desenvolvida pela instituição. A título ilustrativo, pode-se mencionar o modelo muito utilizado no meio empresarial que atribui as seguintes nomenclaturas: primários, como todos os que impactam o cliente externo; de apoio, que ajudam ou facilitam a execução dos primários; e gerenciais, que facilitam a execução dos dois primeiros, alocando, dirigindo e coordenando recursos e meios necessários ao bom desempenho organizacional.

69. Sob a perspectiva pública, o Guia 'D' Simplificação (edição de 2005) do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – Gespública – categoriza os processos organizacionais como finalísticos e de apoio, com os seguintes contornos:

#### *1.1 Processos Finalísticos*

*Ligados à essência do funcionamento da organização. São aqueles que caracterizam a atuação da organização e recebem apoio de outros processos internos, gerando o produto/serviço para o cliente interno ou usuário. Os processos organizacionais enquadrados nesta categoria estão diretamente relacionados ao objetivo maioria das organizações. Em um Órgão Público, um típico processo finalístico poderia ser o de Prestação de Serviços ao Cidadão (emissão de certidões e/ou documentos, concessão de aposentadoria, benefícios e outros).*

#### *1.2 Processos de Apoio*

*Geralmente, produzem resultados imperceptíveis ao usuário, mas são essenciais para a gestão efetiva da organização, garantindo o suporte adequado aos processos finalísticos. Estão diretamente relacionados à gestão dos recursos necessários ao desenvolvimento de todos os*

*processos da instituição. Os seus produtos e serviços se caracterizam por terem como clientes, principalmente, elementos pertinentes ao sistema (ambiente) da organização (contratação de pessoas, aquisição de bens e materiais, desenvolvimento de tecnologia da informação e execução orçamentário-financeira).*

*70. Dentro de uma visão holística e sistêmica voltada a processos (composta de inputs, macroprocessos e outputs), para a consecução de cada tipo de processo, torna-se necessário articular variadas ações a serem desenvolvidas pelos diferentes níveis da organização, as quais podem se desdobrar, basicamente, em dois tipos de atividades: de execução (ou de consecução ou de transformação) e de controle.*

*71. As atividades de execução integram diretamente o processo de transformação do insumo em produto. As atividades de controle, muito embora sejam parte do processo, não atuam sobre a transformação do insumo em produto, sendo executadas para garantir que as primeiras ocorram conforme os requisitos.*

*72. É justamente com esse espírito que se descortina um novo caminho para a questão fulcral da licitude do fenômeno da terceirização de serviços no setor público: a conceituação de atividade finalística de um órgão da administração direta e de uma entidade autárquica ou fundacional.*

*73. Destarte, considerando as premissas de governança e gestão epigrafadas, entende-se como atividade finalística de um órgão da administração direta e de uma entidade autárquica ou fundacional aquela que, por definição da alta administração e em observância às normas legais de regência e ao regramento aplicável a seus agentes, corresponde aos seguintes atos praticados:*

- a) tomada de decisão, elaboração, implementação e revisão de diretrizes, assim como monitoramento, controle e gestão de riscos, nos níveis estratégico e tático, com autoridade e responsabilidade para gerenciar os planos em direção ao cumprimento dos objetivos e das metas institucionais;*
- b) ações, programas, projetos e planos institucionais que, no nível operacional, destinam-se à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, nos termos definidos na política e estratégia de gestão; e*
- c) típicos de estado diretamente relacionados aos poderes de polícia, de fiscalização, de regulação, de outorga de serviços públicos, de aplicação de sanção, de arrecadação tributária, assim como à política monetária, nos termos da lei.*

*74. Feitas as considerações epigrafadas, importa avaliar a possibilidade de contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas da Fundação Nacional de Saúde (Funasa).*

***Contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas da Funasa.***

*75. Nos termos acima já demonstrados, é cristalino o entendimento unânime deste Tribunal no sentido de a terceirização somente ser possível nos limites definidos no atual ordenamento legal aplicável ao setor público, não se admitindo, dessa forma, a que se pretenda contratar terceiros ou a eles delegar a execução propriamente dita de atividades consideradas finalísticas do órgão da administração direta e/ou da entidade autárquica ou fundacional, sob pena de burla à exigência constitucional do concurso público como forma de provimento de cargos efetivos.*

*76. Outro ponto digno de registro é o entendimento pacífico desta Corte de Contas sobre a vedação de geração de vínculos de subordinação, assim como de pessoalidade e habitualidade, entre o terceirizado e os servidores da administração pública, de modo a não evidenciar vínculo empregatício, fato que torna ilícito o instituto terceirização, ainda que se trate de atividade de apoio da contratante.*

77. Dito isso, no contexto da consulta formulada, há de se considerar a natureza e as características dos serviços passíveis de terceirização aventados pelo consultante, via execução indireta, e sua conformidade com o arcabouço jurídico e a jurisprudência deste Tribunal.

78. Em apertada síntese, utilizando-se como referencial o Departamento de Engenharia de Saúde Pública (DENSP) da Funasa para a demonstração situacional, a Nota Técnica Conjunta 10/2018/DENSP/PRESI traz à baila um cenário de escassez de profissionais que atuam nas áreas técnicas de engenharia e geologia, de perda de servidores no curto prazo em decorrência de aposentadorias e do término da validade de contratos temporários de engenheiros e geólogos, ainda em 2018, frente à crescente demanda oriunda de convênios aprovados e firmados pela Funasa com municípios com até cinquenta mil habitantes. Ademais, não há expectativa de realização de concurso para reposição da força de trabalho.

79. Mais especificamente, faz alusão à necessidade de profissionais especializados em sua equipe que, na visão interna e rotineira da instituição, essencialmente, exerçam as atividades complementares que possibilitem o assessoramento, avaliação, padronização, elaboração e/ou verificação de projetos de saneamento dos convênios e instrumentos congêneres e, assim, garantam a execução das ações e das obras de saneamento planejadas nas políticas de atuação governamental por parte da Funasa.

80. Conforme se observa no art. 1º da Lei 11.355, de 19 de outubro de 2006, os cargos efetivos que compõem o quadro da Funasa pertencem à carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho, a serem regidos pelo plano de classificação instituído pela Lei 5.645, de 10 de dezembro de 1970.

81. Do último concurso público realizado pela fundação para o provimento de vagas em cargos de níveis superior e intermediário, nos termos do Edital 001 – Funasa, de 30 de março de 2009, extraem-se as seguintes descrições sumárias, atribuições e requisitos para os cargos de engenheiro e geólogo, dentre outros lá existentes:

#### 2.2.9 – ENGENHEIRO

**DESCRIÇÃO SUMÁRIA:** Coordenação, supervisão, planejamento e execução de trabalhos no campo da engenharia civil em geral e, em especial, a engenharia sanitária, voltados para o saneamento básico e ambiental.

**ATRIBUIÇÕES:** Planejar, executar e supervisionar trabalhos de engenharia voltados para saneamento básico e saúde pública, inclusive em áreas especiais: comunidades indígenas, remanescentes de quilombos, reservas extrativistas, áreas de assentamentos e outras alcançadas pela missão da FUNASA; elaborar laudos, pareceres e informes técnicos; realizar perícias e visitas técnicas e prestar assistência técnico-gerencial aos serviços de saneamento. Coordenar, orientar e executar estudos, projetos e fiscalização de obra de drenagem e manejo de resíduos sólidos urbanos; elaborar, coordenar e executar projetos de saneamento em áreas de relevante interesse epidemiológico; elaborar, coordenar e executar projetos de Melhorias Sanitárias Domiciliares; analisar, avaliar e monitorar convênios.

**REQUISITOS BÁSICOS:** Certificado ou diploma, devidamente registrado, de conclusão de curso superior em

Engenharia Civil, Engenharia Ambiental ou Engenharia Sanitária, fornecido por instituição de ensino reconhecida pelo MEC, e registro no Conselho de Classe correspondente.

(...)

#### 2.2.12 – GEÓLOGO

**DESCRIÇÃO SUMÁRIA:** Coordenação, orientação e elaboração de laudos hidrogeológicos e trabalhos referentes à área da Geologia.

**ATRIBUIÇÕES:** Orientar e revisar os levantamentos geológicos e hidrogeológicos de superfície e subsuperfície; orientar e fiscalizar as condições de alinhamento e verticalidade dos poços; elaborar a programação de sondagem e construção de poços; planejar, orientar e supervisionar a construção de poços, elaborando locações, programas de perfuração, orçamentos, estudos geofísicos, descrição das amostras de calhas e superfícies; executar outras atividades correlatas.

*REQUISITOS BÁSICOS: Certificado ou diploma, devidamente registrado, de conclusão de curso superior em Geologia, fornecido por instituição de ensino reconhecida pelo MEC, e registro no Conselho de Classe correspondente.*

82. *Assim, demonstra-se inconstitucional e ilegal a contratação de profissionais de engenharia e geologia para execução indireta de atribuições atualmente desempenhadas pelos servidores efetivos do próprio quadro da Funasa, ainda que revestidas de caráter auxiliar, instrumental ou acessória como deixa transparecer na nota técnica, em razão da identidade de atividades correspondentes àquelas abrangidas pelas categorias funcionais em seus planos de cargo, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratarem de atribuições de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.*

83. *A equivalência entre atribuições inerentes a categorias abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade licitante e as previstas no termo de referência e no contrato de terceirização configura, por si só, descumprimento do art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/1997, independentemente das atividades efetivamente exercidas pelos terceirizados, conforme o entendimento adotado no Acórdão 4.470/2018-TCU-1ª Câmara, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, dentre outros precedentes deste Tribunal.*

84. *Não obstante, in casu, busca-se solução prática para problema estrutural da máquina administrativa de modo a possibilitar o cumprimento de atribuição eminentemente estatal por meio da execução indireta de serviços e a ter por adimplido o dever de gerir as políticas de saneamento básico e saúde pública sob a responsabilidade da Funasa.*

85. *A alternativa pretendida vai ao encontro das diretrizes que norteiam as práticas atuais de governança e gestão da máquina pública, na medida em que se pretende focar no planejamento, coordenação, supervisão e controle em cumprimento à missão institucional. No entanto, o elastecimento da contratação de execução indireta de serviços na Administração Pública Federal deve circunscrever-se a atividades de caráter inequivocamente ancilar.*

86. *Para isso, inicialmente, mostra-se cabal a necessidade de a alta administração da Funasa, observados as normas e os procedimentos a ela aplicáveis, implementar e manter os mecanismos de liderança, estratégia e controle insculpidos no art. 5º do Decreto 9.203/2017, de modo que, em seu planejamento estratégico, desdobrado em planos tático e operacional, sejam definidos os macroprocessos finalísticos e as correspondentes atividades-fim que se destinam à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, assim como aqueles que são considerados de apoio, nos termos definidos em sua política institucional de atuação.*

87. *Ademais, isso por si só não se demonstra suficiente. É preciso repensar, de fato, as atribuições definidas para os cargos que compõem a estrutura orgânica da Funasa, de modo a expurgar da legislação a eles aplicável as atribuições atualmente desempenhadas de caráter auxiliar, instrumental ou acessória e, com isso, incumbi-los do poder-dever de planejar, coordenar, supervisionar, controle e monitorar as ações e metas institucionais.*

88. *Não se poder olvidar que a competência para a prática de atos administrativos propriamente ditos permanece com o servidor público que, em tese, poderá praticá-lo respaldado, por exemplo, em laudos, pareceres e/ou relatórios de empresa contratada para tal mister de caráter acessório, complementar e/ou instrumental.*

89. *Desde que a instituição entenda e defina que não se trata de atividade finalística, tampouco corresponda a atribuições inerentes a categorias abrangidas pelo plano de cargos de seus servidores, admite-se como possível a contratação de terceiros para fornecer laudos e/ou pareceres acerca da adequabilidade de determinados planos de trabalho e projetos de saneamento decorrentes de transferências voluntárias, por exemplo.*

90. *A título ilustrativo, os engenheiros da Funasa, no desempenho de suas atribuições, praticam atos administrativos de gestão no sentido de aprovar planos de trabalhos e projetos, monitorar e*

*acompanhar a execução de produtos do Plano Municipal de Saneamento Básico, dentre outros, utilizando-se de laudos, relatórios e/ou pareceres técnicos, na forma de produtos a serem contratados de terceiros, considerados, por definição legal e institucional, como acessórios e auxiliares à análise técnica e tomada de decisão do agente público.*

*91. Percebe-se e ressalta-se que o poder-dever de avaliar e aprovar os planos de trabalho e projetos de saneamento permanece sob a responsabilidade do poder público, ou seja, a responsabilidade da Administração não se exime com a contratação de supervisão e auxílio no controle da execução contratual, que assim decidirá com respaldo técnico em produtos ofertados por terceiros.*

*92. Como todo ato administrativo, a contratação de serviços deve pautar-se nos aspectos legais. Assim, ao mesmo tempo em que se deve buscar meios mais econômicos para aplicação dos recursos públicos, em face do princípio da economicidade, também deve-se atentar para o princípio da legalidade, norteador da administração pública.*

*93. Além de observar as premissas acima mencionadas, ou seja, não corresponder a atividades finalísticas, além de não estarem abrangidas pelo plano de cargos da Funasa, a solução institucional a ser adotada deve, ainda, respaldar-se em estudo que demonstre, comparativamente a alternativas existentes, a vantajosidade de adotar determinadas práticas administrativas sob a forma de execução indireta com parâmetros objetivos e bem definidos para fins de análise.*

*94. A informalidade dos critérios de seleção de pessoal terceirizado pode vir a servir de anteparo à indicação da pessoa que irá ocupar o posto de trabalho, dando margem à ocorrência de práticas patrimonialistas de apadrinhamento ou nepotismo. Daí a necessidade de haver contratação de serviços e não locação de mão-de-obra individualmente selecionada.*

*95. De mais a mais, precedentes deste Tribunal recomendam a contratação de serviços auxiliares, acessórios ou instrumentais preferencialmente com previsão de pagamentos estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento. É o que dispõe o Acórdão 508/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler.*

*96. Essa forma de execução permite que a remuneração da contratada seja feita com base na mensuração dos serviços e resultados, evitando-se, ao máximo, o pagamento por horas-trabalhadas ou por horas de disponibilidade do pessoal (postos de serviço), fato que na prática tem se demonstrado repositório de irregularidades graves.*

*97. Assim, a Administração pagará somente pelos produtos e serviços efetivamente realizados e aceitos conforme as métricas e os padrões previamente estabelecidos. Entre as vantagens derivadas dessa sistemática, vale mencionar a eliminação ou, pelo menos, a fragilização do paradoxo lucro-incompetência e a possibilidade de exercer um controle mais eficaz sobre os resultados da contratação.*

***Seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento da Funasa.***

*98. No que tange a este objeto de consulta, em específico, alude a Nota Técnica Conjunta 10/2018/DENSP/PRESI que, em suma, considerando a limitação de pessoal acima já mencionada, é missão da Funasa ‘promover a saúde pública e a inclusão social por meio de ações de saneamento e saúde ambiental’, razão pela qual se vislumbra adotar o mesmo modus operandis da contratação de profissionais de saúde atualmente praticada pela Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) para a execução das ações de saneamento.*

*99. Afora as questões afetas à terceirização de serviços já abordadas de uma forma geral, no âmbito das ações empreendidas no Sistema Único Saúde (SUS), preconiza o art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1988 que as instituições privadas poderão participar de forma*

*complementar do sistema, segundo as diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.*

*100.A Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 – denominada Lei Orgânica do SUS – confere à direção nacional a competência para regulamentação das relações entre os serviços ofertados por terceiros e o poder público, assim como disciplina sobre a complementariedade das ações de saúde pela iniciativa privada em capítulo específico, com os seguintes contornos em destaque:*

*Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:*

*(...)*

*XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;*

*(...)*

*Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.*

*Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.*

*Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).*

*101.Vigora, dessa forma, a lógica da complementariedade dos serviços do SUS ofertados pela iniciativa privada, na medida em que a ela é dada a oportunidade de atuar em determinados pontos em que o Estado é capaz de prestar integralmente a cobertura assistencial diretamente à população, em observância a princípios da eficiência administrativa, da universalidade e igualdade de acesso à saúde, todos de envergadura constitucional.*

*102.A Lei 8.080/1990, ao dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, trouxe avanços significativos para a regulação da participação privada no SUS. Dessa forma, essa participação de instituições particulares deve observar os princípios e diretrizes do SUS e, sobretudo, a necessidade de ampliação da oferta frente a demanda eventualmente reprimida. Para isso, cada gestor deve comprovar a insuficiência da rede de serviços e a impossibilidade de ampliação dos serviços próprios como condição para contratar serviços de saúde.*

*103.O Ministério da Saúde (MS), por sua vez, no uso de seu poder regulamentar, editou a Portaria de Consolidação 1, de 28 de setembro de 2017, que trata de normas sobre os direitos e deveres dos usuários de saúde, a organização e o funcionamento do SUS.*

*104. Em seu Título IV – arts. 128 ao 229 –, a referida portaria aborda a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde, assim como disciplina os procedimentos relativos à certificação de entidades beneficentes de assistência social na área de saúde.*

*105.Da leitura conjunta desses dispositivos, observa-se que toda a regulamentação se destina a disciplinar a atuação de estabelecimentos privados que prestam, de fato, assistência à saúde, prova disso é, por exemplo, a exigência de a instituição estar registrada no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (Cnes), cujo gerenciamento cabe ao Ministério da Saúde.*

*106.Ainda de acordo com o art. 129, inciso I, da Portaria de Consolidação MS 1/2017, no âmbito do SUS, o chamamento público é ‘ato de chamar, publicamente, prestadores de serviços assistenciais de interesse do SUS, com a possibilidade de credenciá-los’. Já o credenciamento, consoante o inciso II de mesmo dispositivo, é o ‘procedimento de licitação por meio do qual a administração pública, após chamamento público para um determinado objeto, celebra contrato de prestação de serviços com todos aqueles considerados aptos, nos termos do art. 25, caput, da Lei nº 8.666, de 1993’.*

*107.Tratando em específico da indagação formulada pelo consulente, a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, dar-se-á mediante o*

*credenciamento, e não se amolda aos fins pretendidos por razões de fácil compreensão, já que a alternativa vislumbrada se aplica estritamente às ações de assistência à saúde, nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1998; dos arts. 24 e 25 da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990; e dos arts. 128 ao 229, da Portaria de Consolidação 1, de 28 de setembro de 2017, do Ministério da Saúde.*

*108. Observa-se, contudo, que, muito embora se almeje conferir a roupagem de saúde pública às ações de saneamento, sob o ponto de vista das diretrizes do Sistema Único de Saúde, forçoso reconhecer o mercado competitivo para contratação de engenheiros e geólogos, a despeito de a fundamentação epigrafada, atinente ao credenciamento de entidades filantrópicas decorrente de chamamento de público, partir de peculiaridades (preço pré-fixado e nível de demanda superior à oferta, dentre outras) inerentes aos serviços de saúde propriamente ditos, ainda que se vislumbre uma alteração regulamentar por parte do Ministério da Saúde no sentido de adequá-la às ações de saneamento, em específico.*

*109. Por derradeiro, para reforçar a linha de raciocínio, a jurisprudência desta Corte de Contas comunga de mesmo entendimento acerca da inexigibilidade em sede de credenciamento, consoante os seguintes enunciados:*

*Acórdão 352/2016-TCU-Plenário | Relator: Ministro Benjamin Zymler*

*O credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde, tanto para atuarem em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, devendo a distribuição dos serviços entre os interessados se dar de forma objetiva e impessoal.*

*Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário | Relator: Ministro José Múcio | Revisor: Ministro Benjamin Zymler*

*O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/1993 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados.*

*Acórdão 1.215/2013-TCU-Plenário | Relator: Ministro Aroldo Cedraz*

*É possível a utilização do credenciamento para a prestação de serviços privados de saúde no âmbito do SUS ante as suas peculiaridades, que envolvem, entre outras, preço pré-fixado e nível de demanda superior à oferta.*

*110. Destarte, não se vislumbra alternativa legal e jurisprudencial aplicável para seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Funasa.*

## **CONCLUSÃO**

*111. O documento de peça 1 deve ser conhecido como consulta, uma vez que formulada por autoridade que possui legitimidade para tanto, acerca da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência deste Tribunal, de modo que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso IV, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal, assim como, inclusive, o assunto em deslinde guarda pertinência temática com a pasta da saúde, nos termos do § 2º de mesmo dispositivo regimental.*

*112. O tema ora tratado refere-se à possibilidade de a Fundação Nacional de Saúde (Funasa), como medida alternativa, realizar a contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas e/ou a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, por intermédio de chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento, nos termos do Aviso 373/2017/GM/MS, de 5/7/2018 (peça 1, p. 1).*

113. *A análise acerca da aplicabilidade, em tese, de dispositivos legais e regulamentares permitiu concluir que se demonstra inconstitucional e ilegal a contratação de profissionais para execução indireta de atribuições da área técnica da Fundação Nacional da Saúde atualmente desempenhadas pelos servidores efetivos do próprio quadro, ainda que revestidas de caráter auxiliar, instrumental ou acessória como deixa transparecer na nota técnica, em razão da identidade de atividades correspondentes àquelas abrangidas pelas categorias funcionais em seus planos de cargo, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratarem de atribuições de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.*

114. *A equivalência entre atribuições inerentes a categorias abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade licitante e as previstas no termo de referência e no contrato de terceirização configura, por si só, descumprimento do art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/1997, independentemente das atividades efetivamente exercidas pelos terceirizados, conforme o entendimento adotado no Acórdão 4.470/2018-TCU-1ª Câmara, da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, dentre outros precedentes deste Tribunal.*

115. *Não obstante, in casu, busca-se solução prática para problema estrutural da máquina administrativa de modo a possibilitar o cumprimento de atribuição eminentemente estatal por meio da execução indireta de serviços e a ter por adimplido o dever de gerir as políticas de saneamento básico e saúde pública sob a responsabilidade da Funasa.*

116. *A alternativa pretendida vai ao encontro das diretrizes que norteiam as práticas atuais de governança e gestão da máquina pública, na medida em que se pretende focar no planejamento, coordenação, supervisão e controle em cumprimento à missão institucional. No entanto, o elastecimento da contratação de execução indireta de serviços na Administração Pública Federal deve circunscrever-se a atividades de caráter inequivocamente ancilar.*

117. *Para isso, inicialmente, mostra-se cabal a necessidade de a alta administração da Funasa, observados as normas e os procedimentos a ela aplicáveis, implementar e manter os mecanismos de liderança, estratégia e controle insculpidos no art. 5º do Decreto 9.203/2017, de modo que, em seu planejamento estratégico, desdobrado em planos tático e operacional, sejam definidos os macroprocessos finalísticos e as correspondentes atividades-fim que se destinam à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, assim como aqueles que são considerados de apoio, nos termos definidos em sua política institucional de atuação.*

118. *Isso por si só não se demonstra suficiente. É preciso repensar, de fato, as atribuições definidas para os cargos que compõem a estrutura orgânica da Funasa, de modo a expurgar da legislação a eles aplicável as atribuições atualmente desempenhadas de caráter auxiliar, instrumental ou acessória e, com isso, incumbi-los do poder-dever de planejar, coordenar, supervisionar, controle e monitorar as ações e metas institucionais.*

119. *Com efeito, considerando as premissas de governança e gestão preconizadas no Decreto 9.203/2017, entende-se como atividade finalística de um órgão da administração direta e de uma entidade autárquica ou fundacional aquela que, por definição da alta administração e em observância às normas legais de regência e ao regramento aplicável a seus agentes, corresponde aos seguintes atos praticados:*

- a) tomada de decisão, elaboração, implementação e revisão de diretrizes, assim como monitoramento, controle e gestão de riscos, nos níveis estratégico e tático, com autoridade e responsabilidade para gerenciar os planos em direção ao cumprimento dos objetivos e das metas institucionais;*
- b) ações, programas, projetos e planos institucionais que, no nível operacional, destinam-se à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, nos termos definidos na política e estratégia de gestão; e*

c) típicos de estado diretamente relacionados aos poderes de polícia, de fiscalização, de regulação, de outorga de serviços públicos, de aplicação de sanção, de arrecadação tributária, assim como à política monetária, nos termos da lei.

120. Ademais, precedentes deste Tribunal recomendam a contratação de serviços auxiliares, acessórios ou instrumentais preferencialmente com previsão de pagamentos estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento, conforme a disciplina do Acórdão 508/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

121. No que tange à seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Funasa, não há amparo legal para a realização com esses contornos, dado que a alternativa vislumbrada se aplica estritamente às ações de assistência à saúde, nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1998; dos arts. 24 e 25 da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990; e dos arts. 128 ao 229, da Portaria de Consolidação 1, de 28 de setembro de 2017, do Ministério da Saúde.

#### PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

122. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo ao Tribunal:

122.1. conhecer da presente consulta, uma vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso IV, §§ 1º e 2º, e art. 265 do Regimento Interno do TCU;

122.2. no mérito, nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, responder ao consulente que:

122.2.1. a contratação de profissionais para execução indireta de atribuições da área técnica da Fundação Nacional da Saúde atualmente desempenhadas pelos servidores efetivos do próprio quadro, ainda que revestidas de caráter auxiliar, instrumental ou acessória, afronta o art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988; o art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/1997; e art. 9º, inciso IV, da Instrução Normativa MPOG 5/2017, em razão da identidade de atividades correspondentes àquelas abrangidas pelas categorias funcionais em seus planos de cargos, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratarem de atribuições de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção;

122.2.2. é salutar que a alta administração da Fundação Nacional de Saúde, observados as normas e os procedimentos a ela aplicáveis, implemente e mantenha os mecanismos de liderança, estratégia e controle insculpidos no art. 5º do Decreto 9.203/2017, de modo que, em seu planejamento estratégico, desdobrado em planos tático e operacional, sejam definidos os macroprocessos finalísticos e as correspondentes atividades-fim que se destinam à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, assim como aqueles que são considerados de apoio, nos termos definidos em sua política institucional de atuação;

122.2.3. com fundamento nas premissas de governança e gestão preconizadas no Decreto 9.203/2017, entende-se como atividade finalística de um órgão da administração direta e de uma entidade autárquica ou fundacional aquela que, por definição da alta administração e em observância às normas legais de regência e ao regramento aplicável a seus agentes, corresponde aos seguintes atos praticados:

a) tomada de decisão, elaboração, implementação e revisão de diretrizes, assim como monitoramento, controle e gestão de riscos, nos níveis estratégico e tático, com autoridade e responsabilidade para gerenciar os planos em direção ao cumprimento dos objetivos e das metas institucionais;

- b) ações, programas, projetos e planos institucionais que, no nível operacional, destinam-se à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, nos termos definidos na política e estratégia de gestão; e
- c) típicos de estado diretamente relacionados aos poderes de polícia, de fiscalização, de regulação, de outorga de serviços públicos, de aplicação de sanção, de arrecadação tributária, assim como à política monetária, nos termos da lei.

122.2.4. é recomendável a contratação de serviços auxiliares, acessórios ou instrumentais preferencialmente com previsão de pagamentos estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento, conforme a disciplina do Acórdão 508/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler;

122.2.5. a terceirização da atividade-fim prevista na Lei 13.429 de 31 de março de 2017 (denominada de nova lei da terceirização) e na Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (conhecida como 'reforma trabalhista') não se aplica aos órgãos da administração pública direta e às entidades autárquicas e fundacionais;

122.2.6. não há amparo legal para a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde, dado que a alternativa vislumbrada se aplica estritamente às ações de assistência à saúde, nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1998; dos arts. 24 e 25 da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990; e dos arts. 128 ao 229, da Portaria de Consolidação 1, de 28 de setembro de 2017, do Ministério da Saúde; e

122.3. arquivar o presente processo.

3. Considerando a aprovação do Decreto 9.507/2018, que dispôs sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, bem como a relevância da matéria, determinei a restituição dos autos à Secretaria de Controle Externo no Estado do Mato Grosso (Secex-MT) para a atualização da instrução inicial. Transcrevo os principais trechos da instrução complementar (peça 9):

10. Para atender ao comando do despacho do Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, isto é, averiguar a eventual repercussão do Decreto 9.507/2018 sobre o exame técnico empreendido e as propostas de encaminhamento feitas pela Secex-MT na peça 2, convém transcrever trechos de dois dos principais normativos que embasaram a instrução inicial (Decreto 2.271/1997 e Instrução Normativa MPOG 5/2017) e do Decreto 9.507/2018:

*Decreto 2.271/1997*

*Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.*

*§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.*

*§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal (grifos nossos).*

*Instrução Normativa MPOG 5/2017*

*Art. 9º Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:*

*I - atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;*

*II - as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;*

*III - as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e*

*IV - as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.*

*Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do caput podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado (grifos nossos).*

*Decreto 9.507/2018*

*Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:*

*I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;*

*II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;*

*III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e*

*IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.*

*§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.*

*§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.*

*11. Note-se que todas as vedações à execução indireta de serviços contempladas nos incisos I a IV do art. 3º do Decreto 9.507/2018 já constavam expressamente no Decreto 2.271/1997 e/ou na Instrução Normativa MPOG 5/2017, com destaque para os serviços inerentes às categorias funcionais abrangidos pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, fundamento empregado na instrução inicial para considerar ilegal a contratação, por parte da Funasa, de profissionais de engenharia e geologia para execução indireta desses serviços.*

*12. Os demais artigos do Decreto 9.507/2018 trazem vedações para empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União ou disposições acerca da elaboração dos instrumentos convocatórios e contrato e sobre procedimentos para repactuação e reajuste dos contratos a serem firmados. Portanto, não estatuem outras vedações ou normas que possam delimitar ainda mais o escopo dos serviços sob a responsabilidade da Funasa que possam ser executados de forma indireta.*

*13. A vedação para a execução indireta dos serviços inerentes às categorias funcionais abrangidos pelo plano de cargos do órgão ou da entidade consta da proposta de encaminhamento 1.22.2.1 da instrução inicial. As demais propostas de encaminhamento não guardam relação com as vedações previstas no Decreto 9.507/2018 e encontram-se devidamente amparadas em outros dispositivos legais e/ou na jurisprudência desta Corte de Contas.*

## **CONCLUSÃO**

*14. Diante do exame técnico acima, constata-se que as todas as vedações à execução indireta de serviços contempladas nos incisos I a IV do art. 3º do Decreto 9.507/2018 já foram consideradas no exame técnico da instrução inicial, porquanto constavam expressamente no Decreto 2.271/1997 e/ou na Instrução Normativa MPOG 5/2017. Os demais artigos do Decreto 9.507/2018 não estatuem outras vedações ou normas que possam delimitar ainda mais o escopo dos serviços sob a responsabilidade da Funasa que possam ser executados de forma indireta.*

15. A vedação para a execução indireta dos serviços inerentes às categorias funcionais abrangidos pelo plano de cargos do órgão ou da entidade consta da proposta de encaminhamento 1.22.2.1 da instrução inicial. As demais propostas de encaminhamento não guardam relação com as vedações previstas no Decreto 9.507/2018 e encontram-se devidamente amparadas em outros dispositivos legais e/ou na jurisprudência desta Corte de Contas. Sendo assim, podem ser expedidas ao destinatário.

### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

16. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo ao Tribunal:

16.1. conhecer da presente consulta, uma vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, e art. 265 do Regimento Interno do TCU;

16.2. no mérito, nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, responder ao consulente que:

16.2.1. a contratação de profissionais para execução indireta de atribuições da área técnica da Fundação Nacional da Saúde atualmente desempenhadas pelos servidores efetivos do próprio quadro, ainda que revestidas de caráter auxiliar, instrumental ou acessória, afronta o art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988; o art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/1997; e art. 9º, inciso IV, da Instrução Normativa MPOG 5/2017, em razão da identidade de atividades correspondentes àquelas abrangidas pelas categorias funcionais em seus planos de cargos, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratarem de atribuições de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção;

16.2.2. é salutar que a alta administração da Fundação Nacional de Saúde, observados as normas e os procedimentos a ela aplicáveis, implemente e mantenha os mecanismos de liderança, estratégia e controle insculpidos no art. 5º do Decreto 9.203/2017, de modo que, em seu planejamento estratégico, desdobrado em planos tático e operacional, sejam definidos os macroprocessos finalísticos e as correspondentes atividades-fim que se destinam à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, assim como aqueles que são considerados de apoio, nos termos definidos em sua política institucional de atuação;

16.2.3. com fundamento nas premissas de governança e gestão preconizadas no Decreto 9.203/2017, entende-se como atividade finalística de um órgão da administração direta e de uma entidade autárquica ou fundacional aquela que, por definição da alta administração e em observância às normas legais de regência e ao regramento aplicável a seus agentes, corresponde aos seguintes atos praticados:

a) tomada de decisão, elaboração, implementação e revisão de diretrizes, assim como monitoramento, controle e gestão de riscos, nos níveis estratégico e tático, com autoridade e responsabilidade para gerenciar os planos em direção ao cumprimento dos objetivos e das metas institucionais;

b) ações, programas, projetos e planos institucionais que, no nível operacional, destinam-se à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, nos termos definidos na política e estratégia de gestão; e

c) típicos de estado diretamente relacionados aos poderes de polícia, de fiscalização, de regulação, de outorga de serviços públicos, de aplicação de sanção, de arrecadação tributária, assim como à política monetária, nos termos da lei.

16.2.4. é recomendável a contratação de serviços auxiliares, acessórios ou instrumentais preferencialmente com previsão de pagamentos estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da

*prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento, conforme a disciplina do Acórdão 508/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler;*

*16.2.5. a terceirização da atividade-fim prevista na Lei 13.429 de 31 de março de 2017 (denominada de nova lei da terceirização) e na Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (conhecida como 'reforma trabalhista') não se aplica aos órgãos da administração pública direta e às entidades autárquicas e fundacionais;*

*16.2.6. não há amparo legal para a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde, dado que a alternativa vislumbrada se aplica estritamente às ações de assistência à saúde, nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1998; dos arts. 24 e 25 da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990; e dos arts. 128 ao 229, da Portaria de Consolidação 1, de 28 de setembro de 2017, do Ministério da Saúde; e*

*16.3. arquivar o presente processo.*

4. Diante da relevância da matéria, solicitei o pronunciamento do Ministério Público junto a este Tribunal, que assim se manifestou (peça 12):

***I. Contratação da execução indireta de serviços acessórios e complementares***

*2. Discordamos da Unidade Técnica quando se posiciona pela inaplicabilidade à Administração Pública das inovações legislativas introduzidas pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 no que tange à contratação de serviços que importe a terceirização de atividades, na medida em que a lacuna legislativa suprida pelos referidos diplomas legislativos também alcançava as contratações celebradas por pessoas jurídicas de direito público. Não por outro motivo, o Tribunal Superior do Trabalho, na tentativa de suprir precariamente aquela lacuna, em sua súmula de jurisprudência (Súmula TST 331), tratava expressamente das hipóteses em que figurava como contratante a Administração Pública.*

*3. A Administração Pública não está adstrita à celebração de contratos administrativos típicos, com seus contornos previamente estabelecidos em norma geral de licitações e contratos. Nesse sentido, a Lei 8.666/1993 prevê expressamente a aplicação supletiva de disposições de direito privado (art. 54), bem como a possibilidade de celebração de contratos pela Administração Pública regidos predominantemente por normas de direito privado (art. 62, § 3º, I).*

*4. Dentre os objetivos da Lei 13.467/2017, art. 2º, ao se referir à terceirização 'de quaisquer atividades, inclusive sua atividade principal', foi afastar as divergências quanto aos conceitos de atividade-meio e atividade-fim, anteriormente utilizados pela Justiça do Trabalho para considerar a terceirização como lícita ou não. Por certo, há atividades da Administração Pública que não são passíveis de terceirização, pelo regime jurídico a que se submetem, porém isso não afasta de pronto a aplicação da nova legislação.*

*5. Nesse sentido, o Decreto 9.507/2018, ao disciplinar 'a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União', estabeleceu, em seu art. 3º, vedações coerentes com as limitações pertinentes à atividade decisória e às demais funções típicas e exclusivas de Estado ou a óbice decorrente do regime jurídico de direito público:*

*Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:*

*I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;*

*II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;*

*III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e*

*IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.*

*§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.*

*§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.*

*6. O Decreto 9.507/2018 ainda é expresso quanto à possibilidade de execução indireta de serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios, mesmo relacionados àquelas atividades cuja execução indireta é vedada, ressalvados os relacionados ao exercício do poder de polícia (art. 3º, §§1º e 2º).*

*7. Nesse sentido, e considerando os termos em que formulada a indagação da consulente, quanto à possibilidade da 'contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas', assim como a generalidade e abstração exigidas na apreciação de consulta por esse Tribunal, não vislumbramos óbice a priori.*

*8. O fato de os serviços acessórios ou complementares estarem hoje sendo realizados por servidores efetivos da área técnica da entidade não é razão suficiente a se obstar a sua execução indireta, desde que não se tratem de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção. Destaca-se que, nos termos do Decreto 9.507/2018, não há óbice à execução indireta mesmo em relação a serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios relacionados a atribuições de cargo integrante dos quadros da entidade, desde que aqueles serviços não se confundam com tais atribuições.*

*9. Nesses termos, não há que se cogitar de burla à obrigatoriedade constitucional do concurso público, inscrita no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.*

*10. Conforme bem pontuado por Fernando Borges Mânica, o referido dispositivo constitucional*

*[...] não trata da criação de cargos e empregos públicos, muito menos exige sua criação para o exercício de todas as funções permanentes do Estado. De modo diverso, a exigência constitucional é de realização de concurso público para as hipóteses de provimento em cargo ou emprego público, de modo que sua aplicabilidade apenas incide na hipótese de existência de cargo ou emprego público. Nesse mote, somente em tais hipóteses (existência de cargo ou emprego público), o exercício das atividades correspondentes deve ser realizado por servidores ou empregados públicos, ocasião na qual a investidura deve ocorrer, necessariamente, mediante concurso. (grifos acrescidos)*

*11. Face ao exposto, este membro do Ministério Público propõe nova redação ao item 16.2.1 do encaminhamento da Unidade Técnica, constante da instrução de peça 9, nos seguintes termos expressos, bem como a supressão do item 16.2.5:*

*16.2.1. é possível a contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios/complementares hoje realizados por servidores efetivos da área técnica da Fundação Nacional da Saúde, nos termos da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, com alterações das Leis 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, nos termos da Instrução Normativa MPOG 5, de 26 de maio de 2017, e do Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018, desde não estejam presentes, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, as características da pessoalidade e subordinação, próprias da relação empregatícia, e não se incorra nas vedações do art. 3º do Decreto 9.507/2018, de modo que, dentre outras, não constituam atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.*

## **II. Realização de chamamento para selecionar entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos para atuar de forma complementar às ações de saneamento da FUNASA**

12. Também quanto ao ponto manifestamos discordância em relação à Unidade Técnica, que afirma a impossibilidade da seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde, sob a premissa de que toda regulamentação legal e infralegal pertinente à participação complementar de entidades privadas em matéria sanitária se referiria unicamente à assistência à saúde propriamente dita. Para tanto, fez-se referência ao art. 199, § 1º, da Constituição Federal, aos arts. 24 e 25 da Lei 8.080/1990 e aos arts. 128 ao 229, da Portaria de Consolidação 1/2017, do Ministério da Saúde.

13. É de se ver que a própria Constituição Federal prevê a participação de terceiros e da iniciativa privada em ações e serviços de saúde:

*Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (grifos acrescidos)*

14. Nessa mesma senda, a Carta Magna confere ao Sistema Único de Saúde a competência para participar da execução de ações de saneamento e colaborar na proteção do meio-ambiente:

*Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:*

*I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;*

*II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;*

*III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;*

*IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;*

*...*

*VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (grifos acrescidos)*

15. Já a Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080/1990, inclui ações de saneamento básico como pertencentes à saúde:

*Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.*

*Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. (grifos acrescidos)*

16. A análise conjunta dos dispositivos mencionados anteriormente nos conduzem à conclusão de que é possível, a princípio, a participação de terceiros na condução de ações de saneamento básico.

17. Adicionalmente, outras leis que tratam de parcerias governamentais com o terceiro setor trazem rol mais amplo de áreas passíveis de desenvolvimento por meio dos pertinentes instrumentos legais.

18. É o caso da Lei 9.637/98, que trata dos Contratos de Gestão com Organizações Sociais, e da Lei 9.790/1990, que trata dos Termos de Parcerias com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), as quais trazem, dentre as atividades de interesse público passíveis de execução e fomento por meio de cooperação público-privada, a promoção da saúde e a proteção e preservação do meio ambiente (arts. 1º e 5º da Lei 9.637/98 e arts. 3º, incisos IV e VI, e 9º da

*Lei 9.790/1990), com as quais guardam coerência os fins da FUNASA, dispostos no art. 2º do Anexo do Decreto 8.867/2016: fomento às soluções de saneamento para prevenção e controle de doenças e de formulação e implementação de ações de promoção e proteção à saúde relacionadas com as ações estabelecidas pelo Subsistema Nacional de Vigilância em Saúde Ambiental.*

*19. Já a mais recente Lei 13.019/14, que disciplina o Termo de Colaboração, o Termo de Fomento e o Acordo de Cooperação, permite a sua utilização, de forma genérica, a 'objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social' (art. 33, inciso I), evidenciando o amplo espectro de atividades de interesse público passíveis de execução e fomento por meio de parcerias com o terceiro setor, estando vedadas, pela mesma lei, tão somente parcerias que 'envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado' (art. 40).*

*20. Essas parcerias terão por objeto uma ação, as quais podem ser subdivididas, segundo Mânica, em projetos e atividades de interesse público, referindo-se os primeiros àquelas ações que envolvem 'um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou aperfeiçoamento da ação de governo' e as segundas às ações que envolvem 'um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de governo'.*

*21. Importante observar, ainda, a Lei 11.445/2007 (a Lei Nacional de Saneamento Básico), a qual traz vedação legal específica a outros instrumentos que não o contratual propriamente dito tão somente no que tange à própria exploração do serviço público de saneamento básico (admitidas algumas exceções), o que reforça a conclusão quanto à possibilidade de utilização de instrumentos de parceria para o desenvolvimento de outras ações pertinentes a saneamento básico, a exemplo daquelas inseridas na competência da FUNASA.*

*22. Nesse sentido, este membro do Ministério Público propõe nova redação também ao item 16.2.6 do encaminhamento da Unidade Técnica, abaixo deduzida, renumerando-o como item 16.2.5:*

*16.2.5. é possível a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde, nos termos da legislação aplicável, a depender do instrumento eleito, a exemplo do Contrato de Gestão (Lei 9.637, de 15 de maio de 1998), do Termo de Parceria (Lei 9.790, de 23 de março de 1990) do Termo de Colaboração, do Termo de Fomento ou do Acordo de Cooperação (Lei 13.019, de 31 de julho de 2014), desde que não envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, a delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado, nem estejam presentes as características da pessoalidade e subordinação na relação entre o pessoal da entidade privada e a entidade pública.*

*23. Quanto ao item 16.2.3 da proposta de encaminhamento (peça 9, p.5), sugerimos substituir a menção ao Decreto 9.203/2017, pelo Decreto 9.507/2018, art. 3º, tendo em vista sua especificidade ao dispor sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, hipótese em que se enquadra a Fundação Nacional de Saúde (Funasa).*

*24. E, por fim, propomos incluir no item 16.2.4 menção à Súmula TCU 269*

*(Acórdão 485/2012-TCU-Plenário, de 7/3/2012) e aos Acórdãos 2.679/2018, 874/2018 e 1.558/2003, todos do Plenário, nos quais se menciona o paradoxo do 'lucro-incompetência', que na jurisprudência do TCU corresponde à distorção do princípio da eficiência, pois quanto menos competente e eficiente a empresa contratada for ao realizar determinada tarefa, mais horas ela consumirá e, a despeito disso, maior será a sua remuneração, proporcionando ganhos desarrazoados.*

É o relatório.

## VOTO

A presente consulta foi formulada pelo então Ministro de Estado da Saúde acerca da realização de contratação ou seleção de terceiros para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas, em face de questionamento formulado no Ofício 131/2018/DENSP/PRESI-FUNASA, de 29/6/2018, da lavra do Presidente da Fundação Nacional de Saúde – Funasa.

2. Para subsidiar o mencionado pleito perante o Ministério da Saúde, a Funasa produziu a Nota Técnica 10/2018/DENSP/PRESI (peça 1, p. 5-14), lavrada conjuntamente em 28/6/2018 pelo Departamento de Engenharia de Saúde Pública da Funasa e pela Procuradoria Federal Especializada junto à Funasa, com o propósito de contextualizar a problemática e ao final subsidiar a indicação precisa do objeto a ser indagado perante este Tribunal, no uso de sua função consultiva, cujos principais argumentos estão transcritos no relatório precedente.

3. No caso em exame, o tema foi desdobrado nas seguintes questões:

41. Diante do exposto, por toda a contextualização apresentada, entende-se oportuno que seja realizada consulta ao Tribunal de Contas da União - TCU quanto a possibilidade de se realizar alguma das hipóteses abaixo elencadas, como medida alternativa para se contar com pessoal especializado para atuar no apoio às ações da área técnica, de forma complementar às atividades finalísticas desta fundação pública, entidade da administração pública indireta:

1. A contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas, conforme explicitado em análise sobre o setor de engenharia;

2. A realização de chamamento público com o intuito de se selecionar entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos para atuar de forma complementar às ações de saneamento, nos moldes adotados pela SESAI, respeitando os termos e limites estipulados pela FUNASA, sendo-lhe possível selecionar e contratar a equipe a ser envolvida na execução do convênio, desde que observada a necessidade de realização de processo seletivo prévio, atentando à publicidade e à impessoalidade, e considerando os critérios de seleção que deverão ser recomendados pelas diretorias técnicas.

42. Em caso positivo para quaisquer das hipóteses apresentadas, importante que seja dada a orientação sobre particularidades e detalhes que precisam ser atentados para viabilização do procedimento adotado.

4. De início, conheço da consulta, uma vez que o consulente é autoridade legitimada para a propositura de questões que versem sobre dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, nos termos do art. 264, VI, do RI/TCU.

## II

5. No intuito de contextualizar a questão, o mencionado ofício firmado pelo Presidente da Funasa apresenta as seguintes considerações:

(...) a FUNASA, entidade da administração pública indireta, possui quadro técnico insuficiente, fazendo com que os poucos servidores efetivos atuem também em atividades complementares, que possuem característica circunstancial, já que ligadas à variação do número de convênios e instrumentos congêneres em execução de acordo com a necessidade situacional do saneamento em cada região.

A demanda justifica-se, também, porque a conjuntura tende a se agravar devido ao fato de que a área técnica de engenharia passará por grande redução no exíguo número de profissionais que

trabalha no setor, em virtude das aposentadorias previstas e do encerramento, este ano, do contrato temporário de servidores que atuam nas áreas técnicas.

O cenário iminente de escassez de profissionais para atuar na área estratégica de engenharia de saúde pública, certamente influenciará no resultado esperado nas metas de universalização estipuladas nas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado para assegurar o direito constitucionalmente previsto de acesso ao saneamento, e assim, garantir a saúde das populações alvo de suas atividades.

6. Não obstante a menção da situação conjuntural que levou o Ministério da Saúde a trazer a questão a este Tribunal, observo que a jurisprudência desta Casa acena no sentido de que o consultante está autorizado a mencionar o *caso concreto* que o levou a formular a *consulta*, desde que submeta, em tese, a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, conforme disposto no art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992. (Acórdãos 935/2004, 1.634/2016 e 2.184/2017, todos do Plenário).

### III

7. De início, considerando que a presente consulta tem por objetivo o estudo de alternativas para superar a carência de recursos humanos da organização que tem potencial de prejudicar o alcance dos resultados institucionais esperados, entendo oportuno tecer algumas considerações preliminares à análise das questões em tese formuladas.

8. O problema apresentado pelo Ministério da Saúde é similar ao que ocorre ou, em breve, ocorrerá em grande parte das organizações públicas.

9. Na busca do necessário equilíbrio fiscal, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional 95/2016, que definiu um valor limite para os gastos federais que será corrigido anualmente pela inflação. O referido regime encerrar-se-á ao final do exercício de 2036, porém, poderá ser revisto apenas a partir de 2027, momento o Poder Executivo poderá adequar as diretrizes para a correção do “teto de gastos” a cada quatro anos.

10. O nobre propósito da aludida reforma objetivou a melhoria do cenário econômico e da credibilidade do país perante investidores, visto que a redução das despesas poderá levar à redução dos juros e à ampliação da oferta de crédito.

11. No mesmo sentido, também foi aprovada a Emenda Constitucional 103/2019, que alterou o sistema de previdência social e estabeleceu regras de transição para diversas situações de servidores ativos.

12. A consequência desse novo ordenamento jurídico trará um novo cenário nos quadros de pessoal da Administração Pública, com o aumento do número de aposentadorias e a dificuldade de reposição de servidores diante do limite estabelecido pelo teto de gastos, ou seja, todas as organizações terão que vencer o desafio que se aproxima de fazer “mais com menos”.

13. Entendi oportuno fazer essa introdução inicial porque a presente consulta, além das duas questões em tese formuladas, destacou, ainda, que “*para quaisquer das hipóteses apresentadas, importante que seja dada a orientação sobre particularidades e detalhes que precisam ser atentados para viabilização do procedimento adotado*”.

14. De fato, o atual momento exigirá que soluções inovadoras sejam buscadas pela Administração Pública para fazer face aos novos desafios. Será necessário quebrar o paradigma de atuar com foco exclusivo na mesma maneira passada para resolver os problemas futuros. A propósito, lembro a frase do cientista Albert Einstein que se enquadra perfeitamente ao atual momento: “*Não se pode encontrar a solução de um problema, usando a mesma consciência que criou o problema. É preciso elevar sua consciência.*”

15. Desse modo, antes de adentrar na análise jurídica da viabilidade das questões apresentadas pelo consultante para suprir sua carência de pessoal, há que se perquirir a respeito da adoção de medidas alternativas que melhorem a eficiência da atuação da organização para mitigar esse possível déficit entre os recursos disponíveis e os resultados pretendidos. E o motivo é claro: se por um lado, eventuais contratações para aprimorar a fiscalização do órgão apresentam suas vantagens, por outro, parte dos recursos disponíveis acabarão, por via direta ou indireta, sendo retirados dos necessários investimentos.

16. Nesse particular, pertinentes as considerações trazidas pela unidade técnica instrutiva, detalhadas no relatório precedente, no sentido da necessidade de observância pela alta administração às diretrizes estabelecidas no Decreto 9.203/2017 para a implementação e manutenção de mecanismos, instâncias e práticas de governança, que deverão incluir formas de acompanhamento de resultados; soluções para melhoria do desempenho das organizações; e instrumentos de promoção do processo decisório fundamentado em evidências.

17. Apenas a título de ilustração, este Tribunal apreciou, por meio do Acórdão 2.781/2018 – TCU – Plenário, auditoria operacional realizada na Fundação Nacional de Saúde (Funasa) com objetivo de avaliar o plano estratégico e o plano de resultados de 2018 da autarquia e aferir se eles incorporavam as metas e objetivos da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas e do Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab); definiam metas e objetivos de aprimoramento institucional; e estavam aptos a garantir com razoável segurança o cumprimento das metas de saneamento dos municípios na área de atuação da Funasa. Nesse trabalho, houve a identificação de diversas oportunidades de melhoria, razão pela qual foi determinada a elaboração de Plano de Trabalho que pudesse aprimorar a eficiência de atuação do órgão. Cumpre mencionar que este Plenário analisou na semana passada matéria que também versa sobre o tema por meio do Acórdão 1.105/2020.

18. Chama a atenção, ainda em relação à auditoria operacional, uma vez que um dos motivos que subsidia esta consulta é a possível carência de pessoal, a determinação formulada por este Tribunal à Funasa para que incluísse no referido plano *“o encaminhamento da situação dos 1.671 servidores cedidos, com justificativas do que será feito diante do quadro iminente de redução de quase 87% de todos seus recursos humanos disponíveis, sem previsão de realização de concurso público em horizonte de curto prazo; se a decisão for pela manutenção da cessão dos servidores, que apresente estratégias a serem adotadas para superar o déficit do quadro de pessoal, alternativamente ao pedido de realização de concurso público”*.

19. Diante desse contexto, acolho a sugestão da unidade técnica no sentido de que a alta administração da Fundação Nacional de Saúde, observados as normas e os procedimentos a ela aplicáveis, implemente e mantenha os mecanismos de liderança, estratégia e controle insculpidos no art. 5º do Decreto 9.203/2017, de modo que, em seu planejamento estratégico, desdobrado em planos tático e operacional, sejam definidos os macroprocessos finalísticos e as correspondentes atividades-fim que se destinam à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, assim como aqueles que são considerados de apoio, bem como acrescido orientação para que a entidade avalie a adoção das medidas necessárias para a recomposição original de sua força de trabalho, a exemplo do retorno de servidores integrantes do quadro da Fundação cedidos a outros órgão e entidades públicos.

#### IV

20. Feita essa contextualização, passo a tratar da primeira pergunta:

Possibilidade de contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas, conforme explicitado em análise sobre o setor de engenharia;

21. A SecexSaúde posiciona-se no sentido de que a contratação de profissionais para execução indireta de atribuições da área técnica da Fundação Nacional da Saúde atualmente desempenhadas pelos servidores efetivos do próprio quadro, ainda que revestidas de caráter auxiliar, instrumental ou acessória, afronta o art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988; o art. 1º, § 2º, do Decreto 2.271/1997; e art. 9º, inciso IV, da Instrução Normativa MPOG 5/2017, em razão da identidade de atividades correspondentes àquelas abrangidas pelas categorias funcionais em seus planos de cargos, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratarem de atribuições de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.
22. Por sua vez, o Ministério Público junto a este Tribunal (MPjTCU) assevera que:  
é possível a contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios/complementares hoje realizados por servidores efetivos da área técnica da Fundação Nacional da Saúde, nos termos da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, com alterações das Leis 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, nos termos da Instrução Normativa MPOG 5, de 26 de maio de 2017, e do Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018, desde não estejam presentes, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, as características da pessoalidade e subordinação, próprias da relação empregatícia, e não se incorra nas vedações do art. 3º do Decreto 9.507/2018, de modo que, dentre outras, não constituam atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.
23. Vislumbro, inicialmente, que apesar da aparente contradição entre as propostas da unidade técnica e do MPjTCU, as conclusões encontram-se alinhadas, uma vez que ambas posicionam-se pela impossibilidade de contratação de profissionais para execução indireta de atribuições da área técnica no caso de presença, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, de características da pessoalidade e subordinação, próprias da relação empregatícia.
24. A Constituição Federal (CF) estabeleceu, em seu art. 37, inciso II, a exigência de concurso público para o preenchimento de cargos e empregos na Administração Pública, autorizando, em caráter especial, a livre nomeação para cargos em comissão, desde que para o exercício de função de chefia, direção e assessoramento.
25. De modo excepcional, a Carta Magna fixou, no inciso IX do mesmo artigo, a possibilidade de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, desde que previsto em lei.
26. Uma das preocupações que sempre norteia as apreciações desta Corte de Contas em matéria de contratação de serviços é a violação da regra do concurso público, com a utilização de artifícios que possibilitem de modo indevido o ingresso de mão-de-obra aos quadros da Administração Pública.
27. Por outro lado, também não existem dúvidas quanto à possibilidade de terceirização de serviços, visto que o inciso XXI do mencionado artigo da CF estabelece que *“as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”*.
28. A propósito, desde 1967, o Decreto-Lei 200/1967 prescrevia a diretriz de descentralização das atividades da Administração Pública Federal:  
Art. 10, § 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.
29. Desse modo, não se pode confundir a figura da terceirização de serviços que envolvem mão-de-obra, prevista na Constituição, com uma suposta terceirização para simples contratação de

mão de obra, por ela expressamente vedada. Na primeira, a Administração possui relação jurídica com a empresa contratada e este vínculo com o trabalhador; enquanto na segunda, a Administração estabeleceria indevidamente vínculo diretamente com o contratado.

30. Existem, contudo, algumas limitações à possibilidade de terceirização de todas as atividades da Administração Pública. A doutrina tem se debatido há algum tempo a respeito do limite de utilização desse instituto entre as atividades-meio e atividades-fim da organização.

31. Apesar das vantagens advindas com a terceirização, há, entretanto, uma dificuldade conceitual na separação desses conceitos, conforme observa o próprio Supremo Tribunal Federal:

1. A dicotomia entre ‘atividade-fim’ e ‘atividade-meio’ é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as ‘Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais’ (ROBERTS, John. **The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth. Oxford: Oxford University Press, 2007**). (...)

5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xv) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas.

6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. (STF, Pleno, ADPF 324/DF, rel. min. Roberto Barroso, 30/8/2018)

32. Por certo, a agilidade da Administração Pública não é a mesma do que a das empresas privadas, diante dos preceitos constitucionais mencionados e também dos poderes extroversos e das responsabilidades que detém, razão pela qual não se pode invocar amplamente os preceitos nas Leis 13.429/17 e 13.476/17, até mesmo porque estes normativos permaneceram silentes em relação à terceirização das atividades na esfera pública.

33. Exatamente por esse motivo, o Decreto 9.507/18, que dispôs sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, estabeleceu em seu art. 3º os serviços que não poderão ser objeto de execução indireta:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

- II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;
- III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e
- IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

34. No mesmo artigo, o mencionado decreto flexibilizou a possibilidade de execução indireta para “os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput (...), vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado”.

35. Tal comando demonstra que a Administração Pública poderá contratar serviços para o apoio das atividades previstas no caput do art. 3º, sem poder, entretanto, transferir a decisão para terceiros, ou seja, o protagonismo deverá permanecer em suas mãos.

36. Também oportunas as considerações apresentadas pelo MPjTCU:

7. Nesse sentido, e considerando os termos em que formulada a indagação da consulente, quanto à possibilidade da “contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas”, assim como a generalidade e abstração exigidas na apreciação de consulta por esse Tribunal, não vislumbramos óbice a priori.

8. O fato de os serviços acessórios ou complementares estarem hoje sendo realizados por servidores efetivos da área técnica da entidade não é razão suficiente a se obstar a sua execução indireta, desde que não se tratem de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção. Destaca-se que, nos termos do Decreto 9.507/2018, não há óbice à execução indireta mesmo em relação a serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios relacionados a atribuições de cargo integrante dos quadros da entidade, desde que aqueles serviços não se confundam com tais atribuições.

9. Nesses termos, não há que se cogitar de burla à obrigatoriedade constitucional do concurso público, inscrita no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

10. Conforme bem pontuado por Fernando Borges Mânica, o referido dispositivo constitucional

[...] não trata da criação de cargos e empregos públicos, muito menos exige sua criação para o exercício de todas as funções permanentes do Estado. De modo diverso, a exigência constitucional é de realização de concurso público para as hipóteses de provimento em cargo ou emprego público, de modo que sua aplicabilidade apenas incide na hipótese de existência de cargo ou emprego público. Nesse mote, somente em tais hipóteses (existência de cargo ou emprego público), o exercício **das atividades correspondentes** deve ser realizado por servidores ou empregados públicos, ocasião na qual a investidura deve ocorrer, necessariamente, mediante concurso. (grifos acrescidos)

37. Observo, finalmente, que a contratação de serviços deve estar orientada à previsão de pagamentos relacionados a produtos entregues ou resultados alcançados, em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade, conforme a disciplina da Súmula TCU 269 e dos Acórdãos 508/2018, 2.679/2018, 874/2018 e 1.558/2003, todos do Plenário, nos quais se menciona o paradoxo do “lucro-incompetência”, que na jurisprudência do TCU corresponde à distorção do princípio da eficiência, pois quanto menos competente e eficiente a empresa contratada for ao realizar determinada tarefa, mais horas ela consumirá e, a despeito disso, maior será a sua remuneração, proporcionando ganhos desarrazoados.

38. Diante do exposto, acolho o ajuste proposto pelo parecer do **Parquet** no encaminhamento apresentado pela unidade técnica, apenas com a supressão da menção às Leis 6.019, de 3 de janeiro de 1974, com alterações das Leis 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, em face dos cuidados reportados no item 32 deste voto, no sentido de informar ao consulente que:

16.2.1. é possível a contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios/complementares hoje realizados por servidores efetivos da área técnica da Fundação Nacional da Saúde, nos termos da Instrução Normativa MPOG 5, de 26 de maio de 2017, e do Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018, desde não estejam presentes, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, as características da personalidade e subordinação, próprias da relação empregatícia, e não se incorra nas vedações do art. 3º do Decreto 9.507/2018, de modo que, dentre outras, não constituam atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção. (...)

9.2.4. é recomendável a contratação de serviços auxiliares, acessórios ou instrumentais preferencialmente com previsão de pagamentos estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento, conforme a disciplina da Súmula TCU 269 e dos Acórdãos 508/2018, 2.679/2018, 874/2018 e 1.558/2003, todos do Plenário, nos quais se menciona o paradoxo do “lucro-incompetência”, que na jurisprudência do TCU corresponde à distorção do princípio da eficiência, pois quanto menos competente e eficiente a empresa contratada for ao realizar determinada tarefa, mais horas ela consumirá e, a despeito disso, maior será a sua remuneração, proporcionando ganhos desarrazoados.

#### IV

39. A segunda pergunta diz respeito à possibilidade de realização de chamamento público com o intuito de se selecionar entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos para atuar de forma complementar às ações de saneamento, nos moldes adotados pela SESAI, respeitando os termos e limites estipulados pela FUNASA, sendo-lhe possível selecionar e contratar a equipe a ser envolvida na execução do convênio, desde que observada a necessidade de realização de processo seletivo prévio, atentando à publicidade e à impessoalidade, e considerando os critérios de seleção que deverão ser recomendados pelas diretorias técnicas.
40. A SecexSaúde posiciona-se no sentido de que não há amparo legal para a realização com esses contornos, dado que a alternativa vislumbrada se aplica estritamente às ações de assistência à saúde, nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1998; dos arts. 24 e 25 da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990; e dos arts. 128 ao 229, da Portaria de Consolidação 1, de 28 de setembro de 2017, do Ministério da Saúde.
41. Por sua vez, o MPjTCU discorda do mencionado posicionamento adotado sob a premissa de que toda regulamentação legal e infralegal pertinente à participação complementar de entidades privadas em matéria sanitária se referiria unicamente à assistência à saúde propriamente dita. Acrescenta que a análise conjunta do arcabouço normativo permite a conclusão de que é possível, a princípio, a participação de terceiros na condução de ações de saneamento básico, “a exemplo do Contrato de Gestão (Lei 9.637, de 15 de maio de 1998), do Termo de Parceria (Lei 9.790, de 23 de março de 1990) do Termo de Colaboração, do Termo de Fomento ou do Acordo de Cooperação (Lei 13.019, de 31 de julho de 2014), desde que não envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, a delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado, nem estejam presentes as características da personalidade e subordinação na relação entre o pessoal da entidade privada e a entidade pública”.
42. Os dois pareceres convergem sobre a possibilidade da participação complementar de instituições privadas do sistema único de saúde - SUS, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, até mesmo por essa orientação estar expressa no texto constitucional, em seu art. 199, §1º. A divergência encontra-se no enquadramento das ações de saneamento no rol de atribuições da assistência à saúde e do SUS.
43. Entendo que o posicionamento mais flexível e sistêmico em relação à área da saúde possui maior aderência ao interesse público. Menciono alguns exemplos dos efeitos e impactos das

ações de saneamento na saúde, mencionados no site da Funasa (<http://www.funasa.gov.br/web/guest/a-funasa1>, acesso em 28/4/2020):

- Água de boa qualidade para o consumo humano e seu fornecimento contínuo asseguram a redução e controle de: diarreias, cólera, dengue, febre amarela, tracoma, hepatites, conjuntivites, poliomielite, escabioses, leptospirose, febre tifoide, esquistossomose e malária.
- Coleta regular, acondicionamento e destino final adequado dos resíduos sólidos diminuem a incidência de casos de: peste, febre amarela, dengue, toxoplasmose, leishmaniose, cisticercose, salmonelose, teníase, leptospirose, cólera e febre tifoide.
- Esgotamento sanitário adequado é fator que contribui para a eliminação de vetores da: malária, diarreias, verminoses, esquistossomose, cisticercose e teníase.
- Melhorias sanitárias domiciliares estão diretamente relacionadas com a redução de: doença de Chagas, esquistossomose, diarreias, verminoses, escabioses, tracoma e conjuntivites.

44. A própria Constituição Federal harmoniza esse conceito, conforme bem explanado pelo MPJTCU:

13. É de se ver que a própria Constituição Federal prevê a participação de terceiros e da iniciativa privada em ações e serviços de saúde:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou **através de terceiros** e, também, por pessoa física ou jurídica de **direito privado**. (grifos acrescidos)

14. Nessa mesma senda, a Carta Magna confere ao Sistema Único de Saúde a competência para participar da execução de ações de saneamento e colaborar na proteção do meio-ambiente:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

**IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;**

...

**VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.** (grifos acrescidos)

15. Já a Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080/1990, inclui ações de saneamento básico como pertencentes à saúde:

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o **saneamento básico**, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

**Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.** (grifos acrescidos)

16. A análise conjunta dos dispositivos mencionados anteriormente nos conduzem à conclusão de que é possível, a princípio, a participação de terceiros na condução de ações de saneamento básico.

45. Ainda, a Lei 8.029/90 definiu em seu art. 14, § 4º, que compete à Funasa, entidade de promoção e proteção à saúde, fomentar soluções de saneamento para prevenção e controle de doenças e formular e implementar ações de promoção e proteção à saúde relacionados com as ações estabelecidas pelo Subsistema Nacional de Vigilância em Saúde Ambiental.

46. Vale mencionar, também, que existe um amplo conjunto normativo relacionado pelo MPJTCU que viabiliza parcerias governamentais com o terceiro setor, observadas sempre as diretrizes de que:

- a) não envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, a delegação das funções de

regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado;

b) não estejam presentes as características da personalidade e subordinação na relação entre o pessoal da entidade privada e a entidade pública.

47. Nesse sentido, também acolho a proposta de ajuste apresentada pelo membro do Ministério Público no sentido de dar nova redação ao encaminhamento sugerido pela unidade técnica, nos seguintes termos:

16.2.5. é possível a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde, nos termos da legislação aplicável, a depender do instrumento eleito, a exemplo do Contrato de Gestão (Lei 9.637, de 15 de maio de 1998), do Termo de Parceria (Lei 9.790, de 23 de março de 1990) do Termo de Colaboração, do Termo de Fomento ou do Acordo de Cooperação (Lei 13.019, de 31 de julho de 2014), desde que não envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, a delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado, nem estejam presentes as características da personalidade e subordinação na relação entre o pessoal da entidade privada e a entidade pública.

48. Por fim, registro que recebi relevante contribuição do Ministro Raimundo Carreiro para aperfeiçoar os termos da orientação a ser dada à presente consulta, a qual incorporei ao teor da minuta de acórdão em avaliação, no sentido de também exigir das entidades filantrópicas que, para serem contratadas mediante chamamento público para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Funasa, possuam requisitos complementares que garantam a boa prestação dos serviços, no seguintes termos:

2. Concordo com a proposta de informar ao Ministro da Saúde que é possível a Administração Pública selecionar entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde.

3. Considero, também, que as restrições propostas para a contratação dessas entidades estão adequadas, quais sejam: não envolver ou incluir, direta ou indiretamente, a delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado, nem estar presentes as características da personalidade e subordinação na relação entre o pessoal da entidade privada e a entidade pública.

4. Entretanto, considero de suma importância acrescentar mais uma restrição a tais contratações: os estatutos sociais das entidades deverão, necessariamente, conter, em seu rol de atribuições ou atividades desempenhadas pela entidade, as tais ações de saneamento para as quais serão contratadas.

5. Ademais, caso as entidades tenham modificado seus estatutos sociais a fim de se enquadrarem nas condições estabelecidas, incluindo novas atribuições em suas finalidades institucionais, devem esperar pelo menos um ano para que possam ser contratadas.

6. Da mesma forma, entidades filantrópicas recém-criadas com as referidas atribuições em seus estatutos sociais também devem, por segurança, aguardar o prazo mínimo de um ano para que possam ser contratadas mediante chamamento público.

7. Tais restrições visam evitar fraudes e simulações, onde entidades filantrópicas poderiam ser criadas ou alterar seus estatutos somente visando serem contratadas, sob pena de desvirtuamento do objetivo primordial para o qual foram criadas.

8. Na jurisprudência selecionada deste Tribunal, resta claro que não é possível a participação de OSCIP em processo licitatório quando houver incompatibilidade do objeto licitado com as finalidades institucionais da entidade, previstas no seu estatuto. Tal é o entendimento do Acórdão 1.021/2007-TCU-Plenário (rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça).

9. Entendimento similar é encontrado no Acórdão 2.463/2019-TCU-1ª Câmara (rel. Min. Bruno Dantas), referente à participação de cooperativas em licitações, já que o art. 10 da Lei 12.690/2012

admite que tais entidades prestem qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que prevista em seu objeto social.

10. Nos termos do art. 33, inciso V, alínea “a” da Lei 13.019/2014, com redação dada pela Lei 13.204/2015, a fim de celebrar parcerias com a Administração Pública, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam, expressamente, possuir, no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União.

11. Assim, considero fundamental exigir das entidades filantrópicas que, para serem contratadas mediante chamamento público para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Funasa, deve lhes ser exigido que tenham em seu objeto social a respectiva previsão, há pelo menos três anos.

\*\*\*

Com essas considerações, voto por que este Plenário aprove o acórdão que ora submeto à apreciação.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de maio de 2020.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES  
Relator

## DECLARAÇÃO DE VOTO

Sr. Presidente, Sr. Relator, Sra. Procuradora-Geral, Srs. Ministros, desde já declaro que acompanho a proposta apresentada pelo Ministro Relator, com apenas uma ressalva.

2. Concordo com a proposta de informar ao Ministro da Saúde que é possível a Administração Pública selecionar entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde.

3. Considero, também, que as restrições propostas para a contratação dessas entidades também estão adequadas, quais sejam: não envolver ou incluir, direta ou indiretamente, a delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado, nem estar presentes as características da personalidade e subordinação na relação entre o pessoal da entidade privada e a entidade pública.

4. Entretanto, considero de suma importância acrescentar mais uma restrição a tais contratações: os estatutos sociais das entidades deverão, necessariamente, conter, em seu rol de atribuições ou atividades desempenhadas pela entidade, as tais ações de saneamento para as quais serão contratadas.

5. Ademais, caso as entidades tenham modificado seus estatutos sociais a fim de se enquadrarem nas condições estabelecidas, incluindo novas atribuições em suas finalidades institucionais, devem esperar pelo menos um ano para que possam ser contratadas.

6. Da mesma forma, entidades filantrópicas recém-criadas com as referidas atribuições em seus estatutos sociais também devem, por segurança, aguardar o prazo mínimo de um ano para que possam ser contratadas mediante chamamento público.

7. Tais restrições visam evitar fraudes e simulações, onde entidades filantrópicas poderiam ser criadas ou alterar seus estatutos somente visando serem contratadas, sob pena de desvirtuamento do objetivo primordial para o qual foram criadas.

8. Na jurisprudência selecionada deste Tribunal, resta claro que não é possível a participação de OSCIP em processo licitatório quando houver incompatibilidade do objeto licitado com as finalidades institucionais da entidade, previstas no seu estatuto. Tal é o entendimento do Acórdão 1.021/2007-TCU-Plenário (rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça).

9. Entendimento similar é encontrado no Acórdão 2.463/2019-TCU-1ª Câmara (rel. Min. Bruno Dantas), referente à participação de cooperativas em licitações, já que o art. 10 da Lei 12.690/2012 admite que tais entidades prestem qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que prevista em seu objeto social.

10. Nos termos do art. 33, inciso V, alínea “a” da Lei 13.019/2014, com redação dada pela Lei 13.204/2015, a fim de celebrar parcerias com a Administração Pública, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam, expressamente, possuir, no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União.

11. Assim, considero fundamental exigir das entidades filantrópicas que, para serem contratadas mediante chamamento público para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Funasa, deve lhes ser exigido que tenham em seu objeto social a respectiva previsão, há pelo menos três anos.

12. Por essas razões, voto sugerindo ao relator que acrescente em sua proposta de acórdão o subitem 9.2.4.1 após o item 9.2,4, cuja proposta de acórdão passará a ter a seguinte redação:

“ 9.1. conhecer da presente consulta, uma vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU;

9.2. responder ao consulente, nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, que:

9.2.1. é possível a contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios/complementares hoje realizados por servidores efetivos da área técnica da Fundação Nacional da Saúde, nos termos da Instrução Normativa MPOG 5, de 26 de maio de 2017, e do Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018, desde não estejam presentes, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, as características da pessoalidade e subordinação, próprias da relação empregatícia, e não se incorra nas vedações do art. 3º do Decreto 9.507/2018, de modo que, dentre outras, não constituam atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.

9.2.2. preliminarmente à possível contratação de terceiros para a execução dos serviços objeto da presente consulta, é salutar que a alta administração da Fundação Nacional de Saúde, observados as normas e os procedimentos a ela aplicáveis, implemente e mantenha os mecanismos de liderança, estratégia e controle insculpidos no Decreto 9.203/2017, de modo que, em seu planejamento estratégico, desdobrado em planos tático e operacional, sejam:

9.2.2.1. definidos os macroprocessos finalísticos e as correspondentes atividades-fim que se destinam à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, assim como aqueles que são considerados de apoio, nos termos definidos em sua política institucional de atuação;

9.2.2.2. adotadas as medidas necessárias para a recomposição original de sua força de trabalho, a exemplo do retorno de servidores integrantes do quadro da Fundação cedidos a outros órgão e entidades públicos;

9.2.2.3. priorizadas a execução de suas atividades essenciais de modo a compatibilizar os resultados pretendidos com a estrutura disponível;

9.2.3. com fundamento nas premissas de governança e gestão preconizadas no Decreto 9.507/2018, art. 3º, entende-se como atividade finalística de um órgão da administração direta e de uma entidade autárquica ou fundacional aquela que, por definição da alta administração e em observância às normas legais de regência e ao regramento aplicável a seus agentes, corresponde aos seguintes atos praticados:

9.2.3.1. tomada de decisão, elaboração, implementação e revisão de diretrizes, assim como monitoramento, controle e gestão de riscos, nos níveis estratégico e tático, com autoridade e responsabilidade para gerenciar os planos em direção ao cumprimento dos objetivos e das metas institucionais;

9.2.3.2. ações, programas, projetos e planos institucionais que, no nível operacional, destinam-se à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, nos termos definidos na política e estratégia de gestão; e

9.2.3.3. típicos de estado diretamente relacionados aos poderes de polícia, de fiscalização, de regulação, de outorga de serviços públicos, de aplicação de sanção, de arrecadação tributária, assim como à política monetária, nos termos da lei.

9.2.4. é possível a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde, nos termos da legislação aplicável, a depender do instrumento eleito, a exemplo do Contrato de Gestão (Lei 9.637, de 15 de maio de 1998), do Termo de Parceria (Lei 9.790, de 23 de março de 1990) do Termo de Colaboração, do Termo de Fomento ou do Acordo de Cooperação (Lei 13.019, de 31 de julho de 2014), desde que não envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, a delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado, nem estejam presentes as características da personalidade e subordinação na relação entre o pessoal da entidade privada e a entidade pública.

**9.2.4.1 nos termos do art. 33, inciso V, alínea “a” da Lei 13.019/2014, com redação dada pela Lei 13.204/2015, as entidades filantrópicas sem fins lucrativos, para poderem ser contratadas, deverão ter os serviços mencionados no item anterior em seu rol de atribuições constante de seus estatutos sociais, os quais deverão já terem sido registrados em cartório, contendo as referidas atribuições, há pelo menos três anos.**

9.2.5. é recomendável, quando devidamente fundamentada em estudos que demonstrem a carência de recursos humanos para o alcance dos resultados institucionais, a contratação de serviços auxiliares, acessórios ou instrumentais preferencialmente com previsão de pagamentos estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento, conforme a disciplina da Súmula TCU 269 e dos Acórdãos 508/2018, 2.679/2018, 874/2018 e 1.558/2003, todos do Plenário, nos quais se menciona o paradoxo do “lucro-incompetência”, que na jurisprudência do TCU corresponde à distorção do princípio da eficiência, pois quanto menos competente e eficiente a empresa contratada for ao realizar determinada tarefa, mais horas ela consumirá e, a despeito disso, maior será a sua remuneração, proporcionando ganhos desarrazoados.

9.3. arquivar o presente processo.” (grifei).

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de maio de 2020.

RAIMUNDO CARREIRO  
Redator

## ACÓRDÃO Nº 1184/2020 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 023.746/2018-1.
2. Grupo II – Classe de Assunto: III – Consulta.
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgão/Entidade: Ministério da Saúde (vinculador).
5. Relator: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Rodrigo Medeiros de Lima.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaude).
8. Representação legal: não há.

## 9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido este processo de consulta formulada pelo então Ministro de Estado da Saúde acerca da realização de contratação de empresa terceirizada para fornecimento de mão-de-obra especializada na prestação dos serviços acessórios/complementares realizados pelas áreas técnicas e/ou a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, por intermédio de chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde – Funasa,

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer da presente consulta, uma vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 264, inciso VI, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU;

9.2. responder ao consulente, nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, que:

9.2.1. é possível a contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios/complementares hoje realizados por servidores efetivos da área técnica da Fundação Nacional da Saúde, nos termos da Instrução Normativa MPOG 5, de 26 de maio de 2017, e do Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018, desde não estejam presentes, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, as características da personalidade e subordinação, próprias da relação empregatícia, e não se incorra nas vedações do art. 3º do Decreto 9.507/2018, de modo que, dentre outras, não constituam atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.

9.2.2. preliminarmente à possível contratação de terceiros para a execução dos serviços objeto da presente consulta, é salutar que a alta administração da Fundação Nacional de Saúde, observados as normas e os procedimentos a ela aplicáveis, implemente e mantenha os mecanismos de liderança, estratégia e controle insculpidos no Decreto 9.203/2017, de modo que, em seu planejamento estratégico, desdobrado em planos tático e operacional, sejam:

9.2.2.1. definidos os macroprocessos finalísticos e as correspondentes atividades-fim que se destinam à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, assim como aqueles que são considerados de apoio, nos termos definidos em sua política institucional de atuação;

9.2.2.2. adotadas as medidas necessárias para a recomposição original de sua força de trabalho, a exemplo do retorno de servidores integrantes do quadro da Fundação cedidos a outros órgão e entidades públicos;

9.2.2.3. priorizadas a execução de suas atividades essenciais de modo a compatibilizar os resultados pretendidos com a estrutura disponível;

9.2.3. com fundamento nas premissas de governança e gestão preconizadas no Decreto 9.507/2018, art. 3º, entende-se como atividade finalística de um órgão da administração direta e de uma entidade autárquica ou fundacional aquela que, por definição da alta administração e em observância às normas legais de regência e ao regramento aplicável a seus agentes, corresponde aos seguintes atos praticados:

9.2.3.1. tomada de decisão, elaboração, implementação e revisão de diretrizes, assim como monitoramento, controle e gestão de riscos, nos níveis estratégico e tático, com autoridade e responsabilidade para gerenciar os planos em direção ao cumprimento dos objetivos e das metas institucionais;

9.2.3.2. ações, programas, projetos e planos institucionais que, no nível operacional, destinam-se à consecução dos objetivos diretamente relacionados com a missão, a visão e a própria razão de existir da organização, nos termos definidos na política e estratégia de gestão; e

9.2.3.3. típicos de estado diretamente relacionados aos poderes de polícia, de fiscalização, de regulação, de outorga de serviços públicos, de aplicação de sanção, de arrecadação tributária, assim como à política monetária, nos termos da lei.

9.2.4. é possível a seleção de entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, mediante chamamento público, para atuar de forma complementar às ações de saneamento sob a responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde, nos termos da legislação aplicável, a depender do instrumento eleito, a exemplo do Contrato de Gestão (Lei 9.637, de 15 de maio de 1998), do Termo de Parceria (Lei 9.790, de 23 de março de 1990) do Termo de Colaboração, do Termo de Fomento ou do Acordo de Cooperação (Lei 13.019, de 31 de julho de 2014), desde que não envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, a delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado, nem estejam presentes as características da pessoalidade e subordinação na relação entre o pessoal da entidade privada e a entidade pública.

9.2.4.1 nos termos do art. 33, inciso V, alínea “a” da Lei 13.019/2014, com redação dada pela Lei 13.204/2015, as entidades filantrópicas sem fins lucrativos, para poderem ser contratadas, deverão ter os serviços mencionados no item anterior em seu rol de atribuições constante de seus estatutos sociais, os quais deverão já terem sido registrados em cartório, contendo as referidas atribuições, há pelo menos três anos, nos termos do art. 33, inciso V, alínea “a” da Lei 13.019/2014, com redação dada pela Lei 13.204/2015.

9.2.5. é recomendável, quando devidamente fundamentada em estudos que demonstrem a carência de recursos humanos para o alcance dos resultados institucionais, a contratação de serviços auxiliares, acessórios ou instrumentais preferencialmente com previsão de pagamentos estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento, conforme a disciplina da Súmula TCU 269 e dos Acórdãos 508/2018, 2.679/2018, 874/2018 e 1.558/2003, todos do Plenário, nos quais se menciona o paradoxo do “lucro-incompetência”, que na jurisprudência do TCU corresponde à distorção do princípio da eficiência, pois quanto menos competente e eficiente a empresa contratada for ao realizar determinada tarefa, mais horas ela consumirá e, a despeito disso, maior será a sua remuneração, proporcionando ganhos desarrazoados.

9.3. arquivar o presente processo.

10. Ata nº 16/2020 – Plenário.

11. Data da Sessão: 13/5/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1184-16/20-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes (Relator), Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)  
**JOSÉ MUCIO MONTEIRO**  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
**AUGUSTO NARDES**  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
**CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA**  
Procuradora-Geral