



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

TRIBUNAL PLENO DE 01/08/18

ITEM Nº 03

**EXAME PRÉVIO DE EDITAL
MUNICIPAL**

Processo: TC-015275.989.18-4

Representante: Associação Feminina de Marília Maternidade Gota de Leite, por meio de Virgínia Maria Pradella Balloni, Presidente.

Advogado: Matheus da Silva Druzian - OAB/SP 291.135.

Representada: **Prefeitura de Marília.**

Responsável: Kátia Ferraz Santana - Secretária Municipal de Saúde.

Advogado: Ronaldo Sérgio Duarte - OAB/SP 128.639.

Objeto: Impugnações ao edital de chamamento público nº 05/18, que visa a "contratação de entidade de direito privado sem fins lucrativos para celebração de contrato de gestão objetivando o Gerenciamento, Operacionalização e Execução das Ações e Serviços de Saúde do Programa Estratégia Saúde da Família - ESF".

REFERENDO E MÉRITO

Trata-se de representação formulada por ASSOCIAÇÃO FEMININA DE MARÍLIA MATERNIDADE GOTA



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

DE LEITE em face do edital de Chamamento Público nº 005/2018, promovido pela PREFEITURA DE MARÍLIA, tendo como objeto a "contratação de entidade de direito privado sem fins lucrativos para celebração de contrato de gestão objetivando o Gerenciamento, Operacionalização e Execução das Ações e Serviços de Saúde do Programa Estratégia Saúde da Família - ESF".

A autora, interessada em participar do certame, informa ser entidade filantrópica que há mais de vinte anos atua em parceria com o Município de Marília na execução do objeto licitado.

Sob aludida condição, alvitra existência de possíveis irregularidades na previsão do item 12.5 do ato convocatório:

12.5 *Considerando a necessidade de ser mantido o vínculo entre a comunidade e os profissionais que atuam atualmente no Programa Estratégia Saúde da Família, através do convênio CV - 1091/16, a Organização Social selecionada deverá adotar a seguinte medida:*

- a) *Manter o quadro atual de funcionários em atividade em no mínimo 70%, com os mesmos salários e benefícios ou aquilo que disciplina as normas legais;*
- b) *Os pagamentos das verbas rescisórias referentes aos funcionários da entidade vencedora serão de sua responsabilidade;*
- c) *A rescisão do contrato de trabalho dos profissionais cujos contratos de trabalho foram objeto de sucessão trabalhista, somente será levada a efeito após a autorização e nos termos propostos pela Prefeitura Municipal de Marília.*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Aduz que a referência ao instituto da sucessão trabalhista (artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT) pressupõe transferência de patrimônio material e imaterial pela sucedida à sucessora, com total aproveitamento da estrutura empresarial anterior, ou seja, equipamentos, funcionários, ponto comercial, temas sobre os quais o edital não esclarece, além de instituir "hipótese mista" sem amparo legal.

Registra que "por todos os vértices que se perquiria sobre o item 12.5 do edital ora objurgado é encontrada uma ilegalidade: seja na forma de previsão da sucessão trabalhista, seja na previsão de absorção parcial de funcionários, seja na forma de formalização das rescisões dos contratos de trabalho".

Vê-se a autora, consoante infere, na iminência de ser sucedida por entidade terceira, sem qualquer justificativa legal.

Censura também previsão relativa à prova de capacidade técnico-operacional (item 6.3.2), pela falta de exigência de prazo nos atestados, face Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007 (dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse), que veda celebração de convênios e contratos de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos que não comprovem ter desenvolvido, durante os últimos três anos, atividades referentes à matéria (artigo 2º, inciso IV).

Aventa, por fim e em potencial prejuízo à composição de proposta de preços, falta de clareza sobre os recursos humanos necessários à execução dos serviços, em especial quanto à contratação de eventuais substitutos para os profissionais indicados na equipe mínima, de aprendizes e deficientes físicos (malgrado



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

determinação legal) e, ainda, de equipe de segurança do trabalho.

Por aludidas razões, requereu suspensão e posterior anulação do certame.

Visto que o cronograma estabelecido no edital - *data de realização da sessão em 30/07/18* - permitiu realização de diligência, fixou-se prazo à Origem para que tomasse conhecimento da representação e apresentasse justificativas e documentos cabíveis (evento 09).

Em atendimento, **Prefeitura de Marília** afirma que a contratação se encerra na prestação de serviços que envolvem recursos humanos e seu respectivo gerenciamento, a tornar a "sucessão trabalhista" consentânea aos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), *"na medida em que a sucedida fará a transferência tão somente dos recursos humanos envolvidos na atual prestação de serviços médicos"*, não havendo transferência de patrimônio material, de propriedade da Administração Municipal (evento 18).

Anota inexistência de prejuízo, pois todos os encargos - inclusive rescisões trabalhistas - serão suportados pela sucessora, caso a autora não vença o torneio.

Contrapõe-se à aventada deficiência dos atestados técnicos exigidos, pois o artigo 30, § 5º, da Lei de Licitações veda comprovação de atividades com limitação de tempo, a tornar ilegal eventual exigência de prova de três anos de prestação dos serviços objeto do edital.

Refuta ainda alvitrada falta de dados para formulação das propostas, ao asseverar que os Anexos I e II do edital trazem todos os elementos para tanto necessários.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Exame preliminar, ao reconhecer possível afronta ao artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, registrando-se ainda que este Tribunal já considerou indevida imposição de incorporação do quadro de funcionários de prestador de serviços atual (TCs-017561/989/16 e 017668/989/16, Pleno, Rel. Cons. Subst. Márcio Martins de Camargo, sessão de 1º/02/17), assentou medida impondo a suspensão do torneio (D.O.E. de 14/07/18), referendada em 14/03/18 (eventos 22 e 29).

Notificada, **Prefeitura de Marília** apresenta justificativas complementares e documentos relativos ao chamamento público (evento 33).

Arrazoa que motivou a decisão invocada por ocasião da suspensão do procedimento a possibilidade de frustração da competitividade, o que não ocorreria, no edital que lançou à praça.

A previsão de sucessão trabalhista, segundo sustenta, decorre de duas necessidades: a continuidade do serviço com os mesmos profissionais, mantendo-se o vínculo profissional e social com a comunidade, *"isto é, manter o elo sempre existente no conceito de médico da família"*; e a ocorrência de sucessão de empregadores, *"na medida em que o serviço - não obstante sua natureza jurídica de serviço público - continuará a ser prestado e os direitos trabalhistas dos empregados da entidade sucedida não poderão ser afetados (art. 10 CLT)"*.

Acresce que a exigência favorece a representante e seus empregados, pois garante que os direitos trabalhistas destes funcionários sejam arcados pela entidade sucessora, nos termos do artigo 448-A da Consolidação das Leis do Trabalho, acréscimo legal posterior ao precedente citado.

Ao asseverar que a decisão proferida no TC-017561/989/16 determinou que se tornasse "facultativo o aproveitamento do quadro de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

funcionários da atual prestadora”, enfatiza que o edital prevê que os salários sejam mantidos “ou aquilo que as normas legais disciplinam” (item 12.5) e permite a rescisão do contrato, “possibilitando liberdade à entidade em alterar o quadro de funcionários dependendo, apenas, de autorização da prefeitura municipal que gerencia o programa e conhece os problemas que podem surgir de eventual demissão ou rescisão do contrato de determinado funcionário”.

Ministério Público entende que procede a crítica contra o teor da cláusula 12.5 do edital, pois “*não cabe ao ente público qualquer ingerência sobre a escolha dos profissionais que compõem a força de trabalho da organização que vier a se sagrar vencedora, sob pena de se transformar tal entidade em mera intermediadora da contratação de mão de obra pelo Estado, em fraude ao Art. 37, incisos II e IX, da Constituição*”.

“*Ora, para a prestação dos serviços de saúde em tela o Município, caso assim desejasse, teria a opção de executá-los diretamente, hipótese em que recrutaria servidores por meio de concurso público, estabelecendo critérios objetivos para a escolha de pessoal capacitado na área da saúde. Nesse caso, haveria a formação de vínculo entre os profissionais e o Município, permitindo ao ente público controle direto sobre os profissionais responsáveis pela execução dos serviços.*”

Aduz que na contratação de organização social para gerir as 37 (trinta e sete) unidades descritas no item 3 do Termo de Referência, deverá a Administração responsabilizar-se pelo controle dos resultados apresentados, do alcance de metas e da fiel execução do programa de trabalho, e não determinar quais profissionais serão contratados para a prestação dos serviços.

Lado outro, não vislumbra o Ministério Público impropriedade na prova de capacidade



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

técnico-operacional estabelecida do item 6.3.2 do edital, que se resume a *"replicar, em sua maior parte, o teor do artigo 30, II, da Lei 8.666/93"*.

"Ademais, a exigência de 3 (três) anos de experiência prévia veiculada pelo artigo 2º, IV, do Decreto Federal nº 6.170/07, além de ser restritiva à participação no certame, restringe-se às contratações no âmbito da Administração Federal."

Considera improcedente, ainda, queixa de que o edital seria omissivo quanto às informações acerca dos recursos humanos necessários, pois o tópico 2 do Anexo I estabelece regras sobre a consecução do objeto.

"Cientes de que a prestação do serviço deve se dar de forma ininterrupta e em posse das informações adicionais trazidas pelo ato convocatório - como quantidade e composição mínimas de cada equipe, jornada de trabalho e locais de atendimento, as organizações interessadas devem ser capazes de estimar o pessoal necessário para cumprimento de suas obrigações."

Registra, por fim, que *"quanto à contratação de aprendizes, deficientes e equipe de segurança do trabalho, entende-se que tal responsabilidade é inerente à gerência da atividade praticada e, desta forma, deve ser assumida pela organização da forma como melhor lhe convenha, não cabendo à Administração Pública regular todas as especificidades do serviço contratado"*.

Posiciona-se o **Ministério Público**, conclusivamente, pela **procedência parcial** da representação (evento 43).

Este o relatório.



TC-015275.989.18-4

VOTO

Preliminarmente submeto, para **referendo** deste E. Plenário, medida singular adotada para determinar a suspensão do torneio (imprensa oficial de 14/07/18).

No **mérito**, acompanho, na íntegra, o parecer do Ministério Público.

Improcedente queixa contra previsão relativa à prova de capacidade técnico-operacional adequada ao artigo 30, inciso II, da Lei 8.666/93 [(item 6.3.2 do edital⁽¹⁾)], afastando-se a pleiteada inclusão de exigência prevista em decreto que regulamenta ajustes celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal (Decreto Federal nº 6.170, de 25 de julho de 2007).

Não subsiste, ademais, crítica contra aventada falta de clareza sobre os recursos humanos necessários à execução dos serviços, pois o edital disponibiliza informações necessárias para compreensão do escopo do ajuste e elaboração da correspondente proposta comercial, cabendo à contratada equacionar eventuais questões afetas aos encargos citados pela autora (contratação de substitutos, aprendizes, portadores de necessidades especiais e equipe de segurança do trabalho).

Nada obstante, **procede** a insurgência remanescente, direcionada contra o item 12.5 do edital, adiante reproduzido:

12.5 Considerando a necessidade de ser mantido o vínculo entre a comunidade e os profissionais que atuam atualmente no Programa Estratégia Saúde da



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Família, através do convênio CV - 1091/16, a Organização Social selecionada deverá adotar a seguinte medida:

a) Manter o quadro atual de funcionários em atividade em no mínimo 70%, com os mesmos salários e benefícios ou aquilo que disciplina as normas legais;

b) Os pagamentos das verbas rescisórias referentes aos funcionários da entidade vencedora serão de sua responsabilidade;

c) A rescisão do contrato de trabalho dos profissionais cujos contratos de trabalho foram objeto de sucessão trabalhista, somente será levada a efeito após a autorização e nos termos propostos pela Prefeitura Municipal de Marília.

A despeito da compreensível preocupação da Prefeitura de Marília com a continuidade do atendimento aos usuários do sistema público de saúde e com os direitos trabalhistas dos funcionários da atual prestadora, não há fundamento legal para manutenção da exigência.

Não compete à Administração deliberar sobre eventual aproveitamento do quadro funcional da entidade e, tampouco, sobre a forma de operacionalização de circunstancial sucessão entre os empregadores, norteadas, como cedição, pela legislação aplicável.

Há ressaltar que este E. Plenário, no exame de previsão congênere, considerou "indeviada imposição de incorporação do quadro de funcionários da atual prestadora" (TCs-017561/989/16 e 017668/989/16, Rel. Cons. Subst. Márcio Martins de Camargo, sessão de 1º/02/17).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Por conta do exposto, na companhia do Ministério Público, voto pela **procedência parcial** da representação, ficando determinado à PREFEITURA DE MARÍLIA que se abstenha de impor à futura contratada a manutenção, total ou parcial, do quadro de funcionários atualmente em atividade, com a correspondente adequação das previsões editalícias correlatas.

A retificação que se faz necessária demanda a republicação do aviso de chamamento público, reabrindo-se prazo aos interessados para preparação de propostas, à luz do artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

GCECR
PPC

(¹) 6.3.2 DA CAPACIDADE TÉCNICO OPERACIONAL

6.3.2.1 Comprovação de capacidade técnico operacional de a licitante ter executado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação, através de atestados emitidos em seu nome por pessoa jurídica de direito público ou privado, que demonstre a execução de serviço similar ao ora licitado;