II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-688/2024

Processo - TC/002318/2018
Objeto - Recursos "ex officio", da Procuradoria da Fazenda Municipal e de Tânia Maria Pimentel Pedroso interpostos em face da R. Decisão da Segunda Câmara de 31/8/2022 – Autarquia Hospitalar Municipal (atual Secretaria Municipal da Saúde) e Apetece Sistemas de Alimentação S.A. – Contrato Emergencial 65/2017 (TAs 01/2017 e 01/2018) – Prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar com fornecimento de dietas gerais, especiais, enterais (fornecimento, envase e distribuição), e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis), acompanhantes legalmente instituídos, residentes e demais usuários devidamente autorizados, assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas lácteas, e atividades administrativas, incluindo nutrição clínica, para o Hospital Municipal Doutor Arthur Ribeiro de Saboya e a Unidade de Pronto Atendimento Vila Santa Catarina

3.319ª Sessão Ordinária

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. VOLUNTÁRIO. SMS. Serviços de nutrição e alimentação hospitalar com fornecimento de dietas. Decisão que julgou irregulares o contrato de emergência e os termos aditivos por situação emergencial ficta decorrida da própria falta de planejamento e inércia da Administração. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso ordinário, bem como em admitir o reexame necessário, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito, diante da ausência de novos elementos que justifiquem a alteração do quanto decidido, em negar-lhes provimento, mantendo-se a Decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após as providências de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, DOMINGOS DISSEI e RICARDO TORRES.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 15 de maio de 2024.

EDUARDO TUMA – Presidente
JOÃO ANTONIO – Relator

/mfl

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO JOÃO ANTONIO – RELATOR

Processo:	**TC/002318/2018**
Interessados:	Autarquia Hospitalar Municipal Apetece Sistemas de Alimentação S/A
Responsáveis:	Wilson Pollara Tânia Maria Pimentel Pedroso
Objeto:	Prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, com fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis), acompanhantes legalmente instituídos, residentes e demais usuários devidamente autorizados para a unidade pertencente a Autarquia Hospitalar Municipal

RECURSOS. VOLUNTÁRIOS. REMESSA OBRIGATÓRIA. SMS. 1. Configura situação emergencial ficta aquela decorrente da falta de planejamento e inércia da Administração. CONHECIDOS. PRECEDENTES. NÃO PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Em julgamento o processo TC/002318/2018, que versa sobre a análise formal do Contrato Emergencial nº 065/2017 e dos Termos Aditivos nº 001/2017 e 001/2018, firmados pela extinta Autarquia Hospitalar Municipal com a empresa Apetece Sistemas de Alimentação S.A, tendo por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação de pacientes e acompanhantes autorizados para o Hospital Municipal Dr. Arthur Ribeiro de Saboya e Unidade de Pronto Atendimento Vila Santa Catarina, o qual, neste estágio processual, cuida de análise de Recurso "ex officio" e dos Recursos Ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela interessada, em face da r. Decisão, que julgou irregulares o Contrato Emergencial nº 065/2017 e os correspondentes Termos Aditivos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em breve síntese, alega que a r. decisão recorrida julgou os ajustes irregulares com fundamento apenas na ausência da caracterização da situação emergencial, sendo que as demais impropriedades suscitadas pela Auditoria não foram abordadas, razão pela qual reitera as suas anteriores defesas. Alega que a eventual desídia, falta de planejamento ou demora da Administração em realizar a licitação não afasta a configuração da hipótese legal de contratação. Dessa forma, requereu a reforma do quanto decidido, ou alternativamente, o reconhecimento dos efeitos jurídicos, patrimoniais e financeiros da contratação.

A Sra. Tânia Maria Pimentel Pedroso ratificou todas as informações fornecidas anteriormente, especialmente o fato de que quando assumiu a Chefia de Gabinete tinha como objetivo substituir todas as contratações emergenciais e regularizar os processos licitatórios até o final de 2018. Aduz a importância do serviço contratado, bem como das dificuldades existentes na realização de certame para objeto específico de prestação de serviço de nutrição e dietética, ressaltando que um hospital não pode ficar sem o serviço de nutrição sob o risco de trazer prejuízos irreparáveis aos pacientes. Requer a reforma da decisão, com a liberação da multa.

A Subsecretaria de Controle Externo concluiu pela manutenção da r. Decisão recorrida, porquanto as razões recursais não modificam as irregularidades constatadas, ressaltando que o interesse apresentado pela recorrente, Sra. Tânia Maria Pimentel Pedroso, no sentido de não sofrer a aplicação de multa, já está acolhido, por maioria, na r. Decisão recorrida. Em relação ao determinado na r. Decisão, para que a SMS promova Pregão Eletrônico para os serviços de nutrição e alimentação, apresentou a relação de processos instaurados no âmbito deste Tribunal para análise dos Pregões Eletrônicos nºs 450/2022/SMS e 830/2022/SMS.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos, diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade, bem como ao processamento do reexame necessário. No mérito manifestou-se pelo não provimento dos recursos

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou os termos do recurso interposto.

A Secretaria-Geral opinou pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo não provimento, uma vez que não foram apresentados novos elementos, documentos ou argumentos aptos para justificar a reforma da r. Decisão.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento, o recurso "ex officio" e os Recursos Ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela interessada, Sra. Tânia Maria Pimentel Pedroso, em face da r. Decisão publicada em 27/10/2022, que julgou irregulares o Contrato Emergencial nº 065/2017 e os Termos Aditivos nº 001/2017 e 001/2018.

Preliminarmente, entendo que o Recurso Ordinário pode ser conhecido, bem como deve ser admitido o reexame necessário, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte.

No mérito, entendo que a decisão proferida não comporta modificação. O recurso interposto não apresentou novos elementos, de fato ou de direito, que possam invalidar a Decisão proferida. Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal, porquanto na 3.300ª Sessão Ordinária esta Corte negou provimento aos recursos interpostos nos processos que tratam dos outros contratos emergenciais com o mesmo objeto[1].

Como se verifica, a decisão proferida teve por fundamento a configuração de emergência ficta nas contratações realizadas, havendo demonstração nos autos de que as contratações decorreram da falta de planejamento da Administração, que somente iniciou a primeira tentativa de licitar o objeto após extinta a contratação anterior. Além disso, restou evidenciado na instrução processual que "a última contratação originada de uma licitação, que tinha por objeto a prestação

[1] São eles: TCs 2320/2018, 2307/2018, 2308/2018, 2309/2018, 2311/2018, 2317/2018, 2319/2018 e 2322/2018

de serviços de alimentação e nutrição hospitalar, encerrou-se em fevereiro de 2016" e a partir de março daquele ano a Origem passou a firmar sucessivas contratações emergenciais.

Essas irregularidades não foram refutadas pelos Recorrentes e não se configuram como meros aspectos formais que podem ser alterados em grau recursal.

As alegações da Procuradoria da Fazenda Municipal no sentido de que eventual desídia, falta de planejamento ou demora da Administração em realizar a licitação não afasta a configuração da hipótese legal de contratação, não merecem prosperar. É inegável que os serviços de nutrição e alimentação hospitalares são essenciais e não podem sofrer solução de continuidade, mas a natureza desses serviços não exime a Administração do dever de planejar e licitar a contratação de acordo com a legislação aplicável à matéria.

Além disso, as Decisões recorridas afastaram a tese amparada na jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de que, em situações excepcionais, em que a inércia do administrador tenha causado ou agravado o risco, a contratação deve ser preservada, sem prejuízo da apuração de responsabilidades.

Neste aspecto, tanto na fase instrutória como na recursal, houve a demonstração de que esta Corte, nos julgamentos realizados, de forma unânime, tem se posicionado de forma diversa do TCU.

Quanto a isso, oportuno registrar que na decisão proferida não houve determinação para eventual ressarcimento ou aplicação de multa, nem tampouco apreciação dos efeitos financeiros, diante da realização apenas da análise formal dos ajustes e pelo fato de haver processos que examinam as execuções contratuais correspondentes.

De igual forma, os argumentos apresentados pela Sra. Tânia Maria Pimentel Pedroso, que reiteram aqueles já fornecidos na instrução processual, de que os serviços eram essenciais e havia muitas dificuldades para realizar o certame, não são aptos a alterar o quanto decidido no julgamento originário. No tocante ao pedido apresentado para não sofrer a aplicação de multa, ressalte-se que na Decisão recorrida não houve aplicação de penalidades aos responsáveis.

Por fim, em relação ao determinado nos julgamentos proferidos, para que a Secretaria Municipal de Saúde promova Pregão Eletrônico para os serviços de nutrição e alimentação, registro a apresentação, pela Auditoria, da relação de processos instaurados no âmbito deste Tribunal para análise dos Pregões Eletrônicos nºs 450/2022/SMS e 830/2022/SMS.

Pelo exposto, conheço dos recursos ordinários, bem como do reexame necessário, pois preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade e, quanto ao mérito, diante da ausência de novos elementos que justifiquem a alteração do quanto decidido, nego-lhes provimento, mantendo-se a Decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Após a providências de praxe, arquivem-se os autos.

JOÃO ANTONIO
Conselheiro

II – DECISÃO

Processo - TC/002318/2018
Contratante - Autarquia Hospitalar Municipal (atual Secretaria Municipal da Saúde)
Contratada - Apetece Sistemas de Alimentação S.A.
Contrato Emergencial 65/2017 R$ 1.191.435,02
TA - 01/2017 R$ 1.191.435,02 (prorrogação de prazo)
TA - 01/2018 R$ 1.191.435,02 (prorrogação de prazo)
Objeto - Prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar com fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis), acompanhantes legalmente instituídos, residentes e demais usuários devidamente autorizados, assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas lácteas, atividades administrativas, incluindo nutrição clínica, para o Hospital Municipal Doutor Arthur Ribeiro de Saboya e Unidade de Pronto Atendimento - UPA Vila Santa Catarina

351ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. TERMOS ADITIVOS. SMS. Serviços de nutrição e alimentação hospitalar com fornecimento de dietas. 1. Configura situação emergencial ficta aquela decorrente da própria falta de planejamento e inércia da Administração. IRREGULARES. DETERMINAÇÃO. 1. Promova imediatamente pregão eletrônico para os serviços de nutrição e alimentação para os 11 (onze) hospitais municipais e para as 2 (duas) unidades de Pronto Atendimento, informando que o Pregão Eletrônico 450/2022-SMS.G foi suspenso pela Secretária Municipal da Saúde e está sendo fiscalizado no processo TC/009002/2022. Votação unânime.

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/002307/2018, TC/002308/2018, TC/002309/2018, TC/002311/2018, TC/002317/2018, TC/002318/2018, TC/002319/2018, TC/002320/2018, TC/002321/2018, TC/002322/2018 e TC/002323/2018, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar irregular o Contrato Emergencial 65/2017 e seus respectivos termos aditivos.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, deixar de examinar os efeitos financeiros produzidos pela avença em julgamento, por ter sido realizada apenas a análise formal neste processo, e pelo fato de haver processo que examina especificamente a respectiva execução contratual.

DECIDEM, por maioria, pelo voto do Conselheiro DOMINGOS DISSEI, votando o Conselheiro Presidente EDUARDO TUMA para efeito de desempate (nos termos do artigo 187, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", ambos do Regimento Interno desta Corte), não aplicar multa aos responsáveis, restando vencido, apenas nesse ponto, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator.

DECIDEM, à unanimidade, consoante proposta formulada pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA ao Relator da Função Saúde Conselheiro EDUARDO TUMA, determinar à Secretaria Municipal da Saúde que promova imediatamente pregão eletrônico para os serviços de nutrição e alimentação para os 11 (onze) hospitais municipais e para as 2 (duas) unidades de Pronto Atendimento, informando que o Pregão Eletrônico 450/2022-SMS.G foi suspenso pela Secretária Municipal da Saúde e está sendo fiscalizado no processo TC/009002/2022.

DECIDEM, afinal, à unanimidade, em determinar que se oficie o Ministério Público do Estado de São Paulo e à Controladoria Geral do Município, encaminhando-lhes cópia integral destes autos.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 31 de agosto de 2022.

EDUARDO TUMA – Presidente, com voto
MAURÍCIO FARIA – Relator, com relatório e voto
DOMINGOS DISSEI – Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir a Decisão, nos termos do artigo 136, § 7º, do Regimento Interno desta Corte

/lsr

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO MAURÍCIO FARIA – RELATOR

Processo: **TC 72.002.307/18-48** (híbrido)
Origem: Autarquia Hospitalar Municipal – AHM
Interessada: RC Nutry Alimentação Ltda.
Objeto: Análise formal do Contrato Emergencial 088/2017 e dos Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, que têm por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, no fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis); acompanhantes legalmente instituídos, residentes e demais usuários devidamente autorizados; assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas lácteas, atividades administrativas, incluindo nutrição clínica para o Hospital Municipal Tide Setúbal

Processo: **TC 72.002.308/18-00** (híbrido)
Origem: Autarquia Hospitalar Municipal – AHM
Interessada: RC Nutry Alimentação Ltda.
Objeto: Análise formal do Contrato Emergencial 089/2017 e dos Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, que têm por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, no fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis); acompanhantes legalmente instituídos, residentes e demais usuários devidamente autorizados; assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas lácteas, atividades administrativas, incluindo nutrição clínica para o Hospital Prof. Waldomiro de Paula

Processo: **TC 72.002.309/18-73** (híbrido)
Origem: Autarquia Hospitalar Municipal – AHM
Interessada: LBGS Grupos de Serviços Ltda.
Objeto: Análise formal do Contrato Emergencial 082/2017 e dos Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, que têm por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, no fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis); acompanhantes legalmente instituídos, residentes e

demais usuários devidamente autorizados; assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas lácteas, atividades administrativas, incluindo nutrição clínica para o Hospital Dr. Carmino Caricchio

Processo: **TC 72.002.311/18-15** (híbrido)
Origem: Autarquia Hospitalar Municipal – AHM
Interessada: LBGS Grupos de Serviços Ltda.
Objeto: Análise formal do Contrato Emergencial 083/2017 e dos Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, que têm por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, no fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis); acompanhantes legalmente instituídos, residentes e demais usuários devidamente autorizados; assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas lácteas, atividades administrativas, incluindo nutrição clínica para o Hospital Dr. Ignácio Proença de Gouvêa

Processo: **TC 72.002.317/18- 00** (híbrido)
Origem: Autarquia Hospitalar Municipal – AHM
Interessada: RC Nutry Alimentação Ltda.
Objeto: Análise formal do Contrato Emergencial 085/2017 e dos Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, que têm por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, no fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis); acompanhantes legalmente instituídos, residentes e demais usuários devidamente autorizados; assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas lácteas, atividades administrativas, incluindo nutrição clínica para o Hospital Dr. Fernando Mauro Pires da Rocha e a Unidade de Pronto Atendimento Campo Limpo

Processo: **TC 72.002.318/18-64** (híbrido)
Origem: Autarquia Hospitalar Municipal – AHM

Interessada: Apetece Sistemas de Alimentação S.A.

Objeto: Análise formal do Contrato Emergencial 065/2017 e dos Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, que têm por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, no fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis); acompanhantes legalmente instituídos, residentes e demais usuários devidamente autorizados; assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas lácteas, atividades administrativas, incluindo nutrição clínica para o Hospital Municipal Dr. Arthur Ribeiro de Saboya e Unidade de Pronto Atendimento Vila Santa Catarina

Processo: **TC 72.002.319/18-27** (híbrido)

Origem: Autarquia Hospitalar Municipal – AHM

Interessada: RC Nutry Alimentação Ltda.

Objeto: Análise formal do Contrato Emergencial 066/2017 e dos Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, que têm por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, no fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis); acompanhantes legalmente instituídos, residentes e demais usuários devidamente autorizados; assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas lácteas, atividades administrativas, incluindo nutrição clínica para o Hospital Municipal Dr. Alípio Correa Neto

Processo: **TC 72.002.320/18-06** (híbrido)

Origem: Autarquia Hospitalar Municipal – AHM

Interessada: RC Nutry Alimentação Ltda.

Objeto: Análise formal do Contrato Emergencial 087/2017 e dos Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, que têm por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, no fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis); acompanhantes legalmente instituídos, residentes e demais usuários devidamente autorizados; assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas

lácteas, atividades administrativas, incluindo nutrição clínica para o Hospital Municipal e Maternidade Prof. Mario Degni

Processo: **TC 72.002.321/18-79** (híbrido)
Origem: Autarquia Hospitalar Municipal – AHM
Interessada: RC Nutry Alimentação Ltda.
Objeto: Análise formal do Contrato Emergencial 086/2017 e dos Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, que têm por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, no fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis); acompanhantes legalmente instituídos, residentes e demais usuários devidamente autorizados; assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas lácteas, atividades administrativas, incluindo nutrição clínica para o Hospital Municipal Dr. José Soares Hungria

Processo: **TC 72.002.322/18-31** (híbrido)
Origem: Autarquia Hospitalar Municipal – AHM
Interessada: LBGS Grupos de Serviços Ltda.
Objeto: Análise formal do Contrato Emergencial 084/2017 e dos Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, que têm por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, no fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis); acompanhantes legalmente instituídos, residentes e demais usuários devidamente autorizados; assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas lácteas, atividades administrativas, incluindo nutrição clínica para o Hospital Municipal Dr. Benedicto Montenegro

Processo: **TC 72.002.323/18-02** (híbrido)
Origem: Autarquia Hospitalar Municipal – AHM
Interessada: LBGS Grupos de Serviços Ltda.
Objeto: Análise formal do Contrato Emergencial 064/2017 e dos Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, que têm por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, no fornecimento de dietas gerais, dietas especiais, dietas enterais (fornecimento, envase e distribuição) e fórmulas lácteas destinadas a pacientes (adultos e infantis); acompanhantes legalmente instituídos, residentes e

demais usuários devidamente autorizados; assegurando uma alimentação balanceada e em condições higiênico-sanitárias adequadas, englobando a operacionalização e desenvolvimento de todas as atividades de produção, transporte, porcionamento, distribuição de dietas, nutrição enteral, fórmulas lácteas, atividades administrativas, incluindo nutrição clínica para o Hospital Municipal Dr. Alexandre Zaio

ANÁLISE FORMAL. CONTRATO. EMERGÊNCIA FICTA. CARACTERIZAÇÃO. LICITAÇÃO INICIADA APÓS O TÉRMINO DO PRAZO CONTRATUAL ANTERIOR. DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DE DETERMINAÇÕES DESTA CORTE DE CONTAS. IRREGULARIDADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. SITUAÇÃO QUE PERDURA HÁ MAIS DE 6 ANOS. DETERMINAÇÕES.

Egrégio Tribunal,

Trago a julgamento conjunto os processos TCs 72.002.307/18-48, 72.002.308/18-00, 72.002.309/18-73, 72.002.311/18-15, 72.002.317/18-00, 72.002.318/18-64, 72.002.319/18-27, 72.002.320/18-06, 72.002.321/18-79, 72.002.322/18-31 e 72.002.323/18-02, pela conexão de objetos, pois todos os expedientes referidos versam sobre a análise formal de Contratos Emergenciais[1] e respectivos Termos Aditivos, firmados concomitantemente pela extinta Autarquia Hospitalar Municipal com as empresas RC Nutry Alimentação Ltda., Apetece Sistemas de Alimentação S/A e LBGS Grupos de Serviços Ltda., que tinham por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação de pacientes e acompanhantes autorizados para 11 (onze) hospitais municipais e 2 (duas) unidades de Pronto Atendimento.

Passo a relatar os correspondentes autos, começando pelo TC n.º 72.002.307/18-48, no qual a primeira manifestação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou as seguintes irregularidades em relação ao Contrato Emergencial 088/2017, apresentadas com a numeração original do Relatório de Auditoria:

16.1 - Fragilidade na justificativa apresentada, visto que a quantidade mensal estimada não está justificada por relatórios do efetivo consumo das unidades (Infringência ao artigo 26,

[1] Contratos Emergenciais 64/2017; 65/2017; 66/2017; 82/2017; 83/2017; 84/2017; 85/2017; 86/2017; 87/2017; 88/2017 e 89/2017.

caput da LF 8.666/93 e artigo 12 do DM 44.279/03, item 14.1).

16.2 - Não há justificativa para a não conclusão de processo licitatório no período de 30.08.16 (suspensão do PE 035/2016) a 24.09.17 (início da presente contratação emergencial), 390 dias (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93, tem 14.3).

16.3 - O preço contratado não está devidamente justificado, pois é 37% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas para o lote variou em 18%; e a soma dos 11 contratos emergenciais constantes do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93, Item 14.5).

16.4 - A nota de empenho 2876/17 foi emitida (25.09.17) um dia após o início da vigência do contrato (24.09.17); e em valor insuficiente para atender a despesa prevista para 2017 (Infringência aos artigos 60 e 61 da LF nº 4.320/64 e ao artigo 5º do DM nº 23.639/87, Item 14.11).

16.5 - No Termo de Contrato as Cláusulas Terceira e Quarta que tratam das Obrigações da Contratante e da Contratada não estão de acordo com o Termo de Referência (Infringência aos §§ 1º e 2º do artigo 54 da LF 8.666/93) (item 14.13).

16.6 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (23.11.17) 40 dias após a data limite (14.10.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02, item 14.14).

Em relação ao Termo de Aditamento 001/2017, foram apontadas as infringências abaixo reproduzidas:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 37% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 18%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93, Item 14a).

16.2 - Emissão da nota de empenho 3475 (27.11.17) 4 dias após o início de vigência do termo (23.11.17) (Infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87, item 14e).

16.3 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (04.04.18) 112 dias após a data limite (13.12.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02, item 14h).

Por fim, quanto ao Termo de Aditamento 001/2018, foram constatadas as duas infringências, a saber:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 37% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do CADTERC; o preço médio unitário das propostas variou em 18%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25%

superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93, Item 14a).

16.2 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (29.03.18) 48 dias após a data limite (09.02.18) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02, Item 14h).

Determinei, então, a intimação da Origem, da Contratada, e dos Responsáveis indicados no Relatório de Auditoria, quais sejam: Wilson Modesto Pollara e Tânia Maria Pimentel Pedroso.

Wilson Modesto Pollara, na qualidade de ex-Superintendente da Autarquia, que firmou o Contrato em análise e seu primeiro aditamento, apresentou manifestação em que solicita sejam considerados esclarecimentos que vierem a prestados pelas instâncias competentes da Secretaria Municipal de Saúde, por aplicação da teoria do órgão do direito administrativo.

Tânia Maria Pimentel Pedroso, na qualidade de Chefe de Gabinete da Autarquia Hospitalar Municipal entre 02/01/2017 e 23/07/2018, firmou o segundo aditamento contratual e apresentou defesa em que trouxe um histórico de alterações nos cargos de direção da Autarquia, desde 2014, de modo a justificar a demora na realização de uma nova licitação. Afirma que quando assumiu a Chefia e Gabinete tinha como objetivo substituir todas as contratações emergenciais e regularizar os processos licitatórios até o final de 2018.

Especificamente em relação aos apontamentos, trouxe os seguintes argumentos baila: (i) quanto à publicação extemporânea dos atos e à intempestividade das Notas de Empenho, informou que o prazo não pôde ser cumprido devido a problemas de execução orçamentária e liberação de recursos que não eram de responsabilidade da Autarquia; (ii) acerca da ausência de justificativa para os quantitativos contratados, informa que a orientação jurídica à época dos fatos era no sentido de que a contratação emergencial de serviços contínuos deveria manter o Termo de Referência da contratação finda, sustenta que as variações dos quantitativos devem ser tidas como aceitáveis, pois a execução do contrato depende do número de pacientes internados; (iii) quanto à comparação entre os preços praticados no contrato analisado e aqueles constantes do CADTERC, afirma que não há identidade perfeita do objeto a permitir a plena comparabilidade dos preços e que a justificativa de preço exigida pela Lei Federal n.º 8.666/93 foi observada, pois a contratação foi efetivada com valor menor que aquele encontrado nos preços praticados pelo mercado, conforme pesquisa de preços; (iv) considerando que a Municipalidade não mantém banco de preços – como previsto pelo Decreto Municipal n.º 44.279/03 –, pontua o entendimento de que a consulta direta é método válido de aferir o preço a ser contratado.

Finaliza pontuando que eventuais falhas verificadas são formais e que

não devem impedir o acolhimento do ajuste e seus aditamentos.

A Origem apresentou defesa que trouxe os seguintes esclarecimentos: (i) o quantitativo constante da contratação emergencial foi baseado nos quantitativos históricos de 2009 a 2017, incluídos os últimos doze meses anteriores à contratação, e levou em consideração também informações dos Serviços de Nutrição e Dietética dos Hospitais que davam conta se a contratação então vigente era suficiente ou não para o atendimento das demandas das unidades hospitalares e das Unidades de Pronto Atendimento; (ii) a contratação emergencial ocorreu pela suspensão de procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas do Município, mas também por trocas na direção da Autarquia Hospitalar Municipal, restrições orçamentárias que demandavam redimensionamento do objeto da contratação e a necessidade de manter a prestação dos serviços; (iii) não foi possível usar os referenciais do CADTERC em razão das especificidades da contratação, mas o preço contratado está abaixo do valor estimado pela pesquisa de mercado realizada; (iv) a intempestividade no empenhamento ocorreu por indisponibilidade orçamentário-financeira que demandou atuação junto à Secretaria da Fazenda.

A empresa RC Nutry Alimentação Ltda. afirma que as irregularidades apontadas pela Auditoria são referentes a questões administrativas – notas de empenho, prazos, publicações, entre outros –, que são de competência exclusiva da Autarquia, e, por tal razão, não podem ser imputadas à Contratada. Defende ainda que os atos por ela praticados ocorreram dentro da legalidade e em cumprimento de exigências efetuadas pela Administração. Especificamente acerca dos valores contratados, afirma que o contrato administrativo deve contemplar uma equação econômico-financeira equilibrada, de modo que os valores aumentados refletem a atualização monetária do contrato anterior e que a remuneração prevista obedece a parâmetros de mercado, de forma justa. Encerra sua manifestação afirmando que a Contratada sempre agiu de boa-fé e que a contratação em exame não causou qualquer prejuízo ao erário, fazendo com que, por aplicação do princípio da proporcionalidade deva ser aplicada a sanção de menor gravidade, qual seja, a advertência, prevista no art. 87, inciso I da Lei Federal n.º 8.666/93.

Analisando as defesas, a Auditoria pronunciou-se afastando o apontamento do item 16.1, em relação ao termo contratual, considerando que os quantitativos contratados foram devidamente justificados. Os demais apontamentos foram mantidos, considerando que as defesas não trouxeram elementos novos que fossem capazes de alterar as conclusões do Relatório inicial.

Passando às manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, primeiro tratamos da manifestação do Assessor Jurídico que emitiu parecer no sentido de considerar superados os apontamentos do Contrato relativos à estimativa de quantitativo de refeições (item 16.1), a não utilização do CADTERC como referencial de preços por incompatibilidade (item 16.3, em parte) e as impropriedades na formulação das Cláusulas

Tribunal de Contas DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Terceira e Quarta (item 16.5). No entanto, opinou pela irregularidade do Contrato Emergencial 088/2017 em razão das seguintes falhas: ausência de justificativa para a não conclusão de processo licitatório, descaracterizando a situação de emergência a permitir a contratação direta (item 16.2); a variação dos preços das propostas apresentadas em 18% (item 16.3, em parte); a intempestividade dos empenhos realizados (item 16.4); e a intempestividade de publicação do extrato do contrato. Em relação ao Termo Aditivo 001/2017, o Assessor Jurídico externou seu entendimento pela aplicação do princípio da acessoriedade, de modo que o Aditamento pode ser considerado irregular em razão da falta de justificativa dos preços praticados (item 16.1), da intempestividade do empenho (item 16.2) e da demora na publicação do aditamento (item 16.3). Por fim, quanto ao Termo Aditivo 001/2018, o Assessor também o considerou irregular face à aplicação do princípio da acessoriedade em relação aos preços (item 16.1) e pela intempestividade na publicação do aditamento (item 16.2).

O Assessor Jurídico Subchefe opinou também pela irregularidade do Contrato e dos Aditamentos analisados, mas, no entanto, ponderou que a orientação atual da doutrina e da jurisprudência, em casos de contratações emergenciais, é de reconhecer a necessidade da contratação, sem prejuízo de concomitantemente também reconhecer a existência de falha da Administração e determinar a apuração de responsabilidades.

Nesse sentido, opina que em situações excepcionais, como esta em análise, nas quais resta caracterizado que a falha ou a inércia do Administrador causou ou agravou o risco de uma contratação que não atende aos requisitos da urgência, é necessário responsabilizar o agente público, mas a contratação deve ser preservada, face à essencialidade da prestação dos serviços.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se acolhendo, de plano, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo pela superação dos itens 16.1, 16.3 e 16.5 e pela preservação da contratação apesar da falta de justificativa para a caracterização de emergência (item 16.2). Em relação aos demais itens, afirmou que possuem natureza de impropriedades formais, devendo ser acolhidos os esclarecimentos e justificativas da Origem. Por derradeiro, sustentou inexistência de prejuízo ao Erário e que os agentes públicos agiram de boa-fé, de modo que pugnou pelo acolhimento dos atos em exame, ou, subsidiariamente, pela aceitação dos efeitos produzidos pela contratação.

Por fim, encerrando a instrução processual do TC 72.002.307/18-48, a Secretaria Geral corroborou o entendimento exposto pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinando pela irregularidade do Contrato Emergencial 088/2017 e dos Termos de Aditamento 01/2017 e 01/2018, tendo em vista os achados de auditoria remanescentes, os quais impedem o acolhimento dos ajustes analisados. Outrossim, acompanhou o entendimento do Assessor Subchefe quanto à necessidade de se dissociar a falha de planejamento da Administração da efetiva necessidade de se contratar em caráter emergencial.

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Passo a relatar os autos do TC n.º 72.002.308/18-00, que analisam o Termo Contratual 89/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018.

Em sua primeira manifestação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou as seguintes irregularidades, apresentadas com a numeração original do Relatório de Auditoria, na contratação efetuada para o Hospital Waldomiro de Paula:

16.1 - Fragilidade na justificativa apresentada, visto que a quantidade mensal estimada não está justificada por relatórios do efetivo consumo das unidades (Infringência ao artigo 26, caput da LF 8.666/93 e artigo 12 do DM 44.279/03) (item 14.1);

16.2 - Não há justificativa para a não conclusão de processo licitatório no período de 30.08.16 (suspensão do PE 035/2016) a 24.09.17 (início da presente contratação emergencial), 390 dias, em infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93 (Item 14.3);

16.3 - O preço contratado não está devidamente justificado, pois é 28% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas para o lote variou em 13%; e a soma dos 11 contratos emergenciais constantes do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.5);

16.4 - A nota de empenho 2876/17 foi emitida (25.09.17) um dia após o início da vigência do contrato (24.09.17); e em valor insuficiente para atender a despesa prevista para 2017 (Infringência aos artigos 60 e 61 da LF nº 4.320/64 e ao artigo 5º do DM nº 23.639/87) (Item 14.11);

16.5 - No Termo de Contrato as Cláusulas Terceira e Quarta que tratam das Obrigações da Contratante e da Contratada não estão de acordo com o Termo de Referência (Infringência aos §§ 1º e 2º do artigo 54 da LF 8.666/93) (item 14.13);

16.6 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (23.11.17) 40 dias após a data limite (14.10.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14.14).

Em relação ao Termo de Aditamento 001/2017, foram apontadas as infringências abaixo reproduzidas:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 28% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 13%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Emissão da nota de empenho 3475 (27.11.17) 4 dias após o início de vigência do termo (23.11.17) (Infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87) (item 14e);

16.3 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (04.04.18) 112 dias após a data limite (13.12.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Por fim, quanto ao Termo de Aditamento 001/2018, foram constatadas as duas infringências, a saber:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 28% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 13%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (29.03.18) 48 dias após a data limite (09.02.18) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Determinei, então, a intimação da Origem, da Contratada, e dos Responsáveis indicados no Relatório de Auditoria, quais sejam: Wilson Modesto Pollara e Tânia Maria Pimentel Pedroso.

Wilson Modesto Pollara, na qualidade de ex-Superintendente da Autarquia, que firmou o Contrato em análise e seu primeiro aditamento, apresentou manifestação em que solicita sejam considerados esclarecimentos que vierem a prestados pelas instâncias competentes da Secretaria Municipal de Saúde, por aplicação da teoria do órgão do direito administrativo.

Tânia Maria Pimentel Pedroso, na qualidade de Chefe de Gabinete da Autarquia Hospitalar Municipal entre 02/01/2017 e 23/07/2018, firmou o segundo aditamento contratual e apresentou defesa em que trouxe um histórico de alterações nos cargos de direção da Autarquia, desde 2014, de modo a justificar a demora na realização de uma nova licitação. Afirma que quando assumiu a Chefia e Gabinete tinha como objetivo substituir todas as contratações emergenciais e regularizar os processos licitatórios até o final de 2018.

Especificamente em relação aos apontamentos, trouxe os seguintes argumentos baila: (i) quanto à publicação extemporânea dos atos e à intempestividade das Notas de Empenho, informou que o prazo não pôde ser cumprido devido a problemas de execução orçamentária e liberação de recursos que não eram de responsabilidade da Autarquia; (ii) acerca da ausência de justificativa para os quantitativos contratados, informa que a orientação jurídica à época dos fatos era no sentido de que a contratação emergencial de serviços contínuos deveria manter o Termo de Referência da contratação finda, sustenta que as variações dos quantitativos devem ser tidas como aceitáveis, pois a execução do contrato depende do número de pacientes internados; (iii) quanto à comparação entre os preços praticados no contrato analisado e aqueles constantes do CADTERC, afirma que não há identidade perfeita do objeto a permitir a plena

comparabilidade dos preços e que a justificativa de preço exigida pela Lei Federal n.º 8.666/93 foi observada, pois a contratação foi efetivada com valor menor que aquele encontrado nos preços praticados pelo mercado, conforme pesquisa de preços; (iv) considerando que a Municipalidade não mantém banco de preços – como previsto pelo Decreto Municipal n.º 44.279/03 –, pontua o entendimento de que a consulta direta é método válido de aferir o preço a ser contratado.

Finaliza pontuando que eventuais falhas verificadas são formais e que não devem impedir o acolhimento do ajuste e seus aditamentos.

A Origem apresentou defesa que trouxe os seguintes esclarecimentos: (i) o quantitativo constante da contratação emergencial foi baseado nos quantitativos históricos de 2009 a 2017, incluídos os últimos doze meses anteriores à contratação, e levou em consideração também informações dos Serviços de Nutrição e Dietética dos Hospitais que davam conta se a contratação então vigente era suficiente ou não para o atendimento das demandas das unidades hospitalares e das Unidades de Pronto Atendimento; (ii) a contratação emergencial ocorreu pela suspensão de procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas do Município, mas também por trocas na direção da Autarquia Hospitalar Municipal, restrições orçamentárias que demandavam redimensionamento do objeto da contratação e a necessidade de manter a prestação dos serviços; (iii) não foi possível usar os referenciais do CADTERC em razão das especificidades da contratação, mas o preço contratado está abaixo do valor estimado pela pesquisa de mercado realizada; (iv) a intempestividade no empenhamento ocorreu por indisponibilidade orçamentário-financeira que demandou atuação junto à Secretaria da Fazenda.

A empresa RC Nutry Alimentação Ltda. afirma que as irregularidades apontadas pela Auditoria são referentes a questões administrativas – notas de empenho, prazos, publicações, entre outros –, que são de competência exclusiva da Autarquia, e, por tal razão, não podem ser imputadas à Contratada. Defende ainda que os atos por ela praticados ocorreram dentro da legalidade e em cumprimento de exigências efetuadas pela Administração. Especificamente acerca dos valores contratados, afirma que o contrato administrativo deve contemplar uma equação econômico-financeira equilibrada, de modo que os valores aumentados refletem a atualização monetária do contrato anterior e que a remuneração prevista obedece a parâmetros de mercado, de forma justa. Encerra sua manifestação afirmando que a Contratada sempre agiu de boa-fé e que a contratação em exame não causou qualquer prejuízo ao erário, fazendo com que, por aplicação do princípio da proporcionalidade deva ser aplicada a sanção de menor gravidade, qual seja, a advertência, prevista no art. 87, inciso I da Lei Federal n.º 8.666/93.

Analisando as defesas, a Auditoria pronunciou-se afastando o apontamento do item 16.1, em relação ao termo contratual, considerando que os quantitativos contratados foram devidamente justificados. Os demais apontamentos foram mantidos, considerando que as

defesas não trouxeram elementos novos que fossem capazes de alterar as conclusões do Relatório inicial.

Passando às manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, primeiro tratamos da manifestação do Assessor Jurídico que emitiu parecer no sentido de considerar superados os apontamentos do Contrato relativos à estimativa de quantitativo de refeições (item 16.1), a não utilização do CADTERC como referencial de preços por incompatibilidade (item 16.3, em parte) e as impropriedades na formulação das Cláusulas Terceira e Quarta (item 16.5). No entanto, opinou pela irregularidade do Contrato Emergencial 088/2017 em razão das seguintes falhas: ausência de justificativa para a não conclusão de processo licitatório, descaracterizando a situação de emergência a permitir a contratação direta (item 16.2); a variação dos preços das propostas apresentadas em 18% (item 16.3, em parte); a intempestividade dos empenhos realizados (item 16.4); e a intempestividade de publicação do extrato do contrato. Em relação ao Termo Aditivo 001/2017, o Assessor Jurídico externou seu entendimento pela aplicação do princípio da acessoriedade, de modo que o Aditamento pode ser considerado irregular em razão da falta de justificativa dos preços praticados (item 16.1), da intempestividade do empenho (item 16.2) e da demora na publicação do aditamento (item 16.3). Por fim, quanto ao Termo Aditivo 001/2018, o Assessor também o considerou irregular face à aplicação do princípio da acessoriedade em relação aos preços (item 16.1) e pela intempestividade na publicação do aditamento (item 16.2).

O Assessor Jurídico Subchefe opinou também pela irregularidade do Contrato e dos Aditamentos analisados, mas, no entanto, ponderou que a orientação atual da doutrina e da jurisprudência, em casos de contratações emergenciais, é de reconhecer a necessidade da contratação, sem prejuízo de concomitantemente também reconhecer a existência de falha da Administração e determinar a apuração de responsabilidades.

Nesse sentido, opina que em situações excepcionais, como esta em análise, nas quais resta caracterizado que a falha ou a inércia do Administrador causou ou agravou o risco de uma contratação que não atende aos requisitos da urgência, é necessário responsabilizar o agente público, mas a contratação deve ser preservada, face à essencialidade da prestação dos serviços.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se acolhendo, de plano, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo pela superação dos itens 16.1, 16.3 e 16.5 e pela preservação da contratação apesar da falta de justificativa para a caracterização de emergência (item 16.2). Em relação aos demais itens, afirmou que possuem natureza de impropriedades formais, devendo ser acolhidos os esclarecimentos e justificativas da Origem. Pondera que deve ser aplicado o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no que tange à consideração das consequências práticas da decisão e o art. 22 da mesma norma, no que tange aos obstáculos e dificuldades reais que se apresentam ao gestor. Por derradeiro, sustentou inexistência de prejuízo ao Erário e que os agentes públicos agiram de boa-fé, de modo

que pugnou pelo acolhimento dos atos em exame, ou, subsidiariamente, pela aceitação dos efeitos produzidos pela contratação.

Por fim, encerrando a instrução processual do TC 72.002.308/18-00, a Secretaria Geral corroborou o entendimento exposto pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinando pela irregularidade do Contrato Emergencial 088/2017 e dos Termos de Aditamento 01/2017 e 01/2018, tendo em vista os achados de auditoria remanescentes, os quais impedem o acolhimento dos ajustes analisados. Outrossim, acompanhou o entendimento do Assessor Subchefe quanto à necessidade de se dissociar a falha de planejamento da Administração da efetiva necessidade de se contratar em caráter emergencial.

Sigo, então, relatando o TC 72.002.309/18-73, no qual foi realizada a análise formal do Contrato Emergencial 082/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018.

Inaugurando a instrução processual, a Coordenadoria IV apresentou o seguinte rol de infringências relativas à contratação em exame:

16.1 - Fragilidade na justificativa apresentada, visto que a quantidade mensal estimada não está justificada por relatórios do efetivo consumo das unidades (Infringência ao artigo 26, caput da LF 8.666/93 e artigo 12 do DM 44.279/03) (item 14.1);

16.2 - Não há justificativa para a não conclusão de processo licitatório no período de 30.08.16 (suspensão do PE 035/2016) a 24.09.17 (início da presente contratação emergencial), 390 dias (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.3);

16.3 - O preço contratado não está devidamente justificado, pois é 23% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas para o lote variou em 9%; e a soma dos 11 contratos emergenciais constantes do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.5);

16.4 - A nota de empenho 2874/17 foi emitida (25.09.17) um dia após o início da vigência do contrato (24.09.17); e em valor insuficiente para atender a despesa prevista para 2017 (Infringência aos artigos 60 e 61 da LF nº 4.320/64 e ao artigo 5º do DM nº 23.639/87) (Item 14.11);

16.5 - No Termo de Contrato as Cláusulas Terceira e Quarta que tratam das Obrigações da Contratante e da Contratada não estão de acordo com o Termo de Referência (Infringência aos §§ 1º e 2º do artigo 54 da LF 8.666/93) (item 14.13);

16.6 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (23.11.17) 40 dias após a data limite (14.10.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14.14).

Em relação ao Termo de Aditamento 001/2017, foram apontadas as infringências abaixo reproduzidas:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 23% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 9%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Emissão da nota de empenho 3477 (27.11.17) 4 dias após o início de vigência do termo (23.11.17) (Infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87) (item 14e);

16.3 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (04.04.18) 112 dias após a data limite (13.12.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Por fim, quanto ao Termo de Aditamento 001/2018, foram constatadas as duas infringências, a saber:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 23% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 9%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (20.04.18) 70 dias após a data limite (09.02.18) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Determinei, então, a intimação da Origem, da Contratada, e dos Responsáveis indicados no Relatório de Auditoria, quais sejam: Wilson Modesto Pollara e Tânia Maria Pimentel Pedroso.

Wilson Modesto Pollara, na qualidade de ex-Superintendente da Autarquia, que firmou o Contrato em análise e seu primeiro aditamento, apresentou manifestação em que solicita sejam considerados esclarecimentos que vierem a prestados pelas instâncias competentes da Secretaria Municipal de Saúde, por aplicação da teoria do órgão do direito administrativo.

Tânia Maria Pimentel Pedroso, na qualidade de Chefe de Gabinete da Autarquia Hospitalar Municipal entre 02/01/2017 e 23/07/2018, firmou o segundo aditamento contratual e apresentou defesa em que trouxe um histórico de alterações nos cargos de direção da Autarquia, desde 2014, de modo a justificar a demora na realização de uma nova licitação. Afirma que quando assumiu a Chefia e Gabinete tinha como objetivo substituir todas as contratações emergenciais e regularizar os processos licitatórios até o final de 2018.

Especificamente em relação aos apontamentos, trouxe os seguintes

argumentos baila: (i) quanto à publicação extemporânea dos atos e à intempestividade das Notas de Empenho, informou que o prazo não pôde ser cumprido devido a problemas de execução orçamentária e liberação de recursos que não eram de responsabilidade da Autarquia; (ii) acerca da ausência de justificativa para os quantitativos contratados, informa que a orientação jurídica à época dos fatos era no sentido de que a contratação emergencial de serviços contínuos deveria manter o Termo de Referência da contratação finda, sustenta que as variações dos quantitativos devem ser tidas como aceitáveis, pois a execução do contrato depende do número de pacientes internados; (iii) quanto à comparação entre os preços praticados no contrato analisado e aqueles constantes do CADTERC, afirma que não há identidade perfeita do objeto a permitir a plena comparabilidade dos preços e que a justificativa de preço exigida pela Lei Federal n.º 8.666/93 foi observada, pois a contratação foi efetivada com valor menor que aquele encontrado nos preços praticados pelo mercado, conforme pesquisa de preços; (iv) considerando que a Municipalidade não mantém banco de preços – como previsto pelo Decreto Municipal n.º 44.279/03 –, pontua o entendimento de que a consulta direta é método válido de aferir o preço a ser contratado.

Finaliza pontuando que eventuais falhas verificadas são formais e que não devem impedir o acolhimento do ajuste e seus aditamentos.

A Origem apresentou defesa que trouxe os seguintes esclarecimentos: (i) o quantitativo constante da contratação emergencial foi baseado nos quantitativos históricos de 2009 a 2017, incluídos os últimos doze meses anteriores à contratação, e levou em consideração também informações dos Serviços de Nutrição e Dietética dos Hospitais que davam conta se a contratação então vigente era suficiente ou não para o atendimento das demandas das unidades hospitalares e das Unidades de Pronto Atendimento; (ii) a contratação emergencial ocorreu pela suspensão de procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas do Município, mas também por trocas na direção da Autarquia Hospitalar Municipal, restrições orçamentárias que demandavam redimensionamento do objeto da contratação e a necessidade de manter a prestação dos serviços; (iii) não foi possível usar os referenciais do CADTERC em razão das especificidades da contratação, mas o preço contratado está abaixo do valor estimado pela pesquisa de mercado realizada; (iv) a intempestividade no empenhamento ocorreu por indisponibilidade orçamentário-financeira que demandou atuação junto à Secretaria da Fazenda.

A empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda. apresentou manifestação em que esclarece de plano que os serviços prestados são essenciais, de modo a não poderem sofrer interrupção. Afirma que a empresa não possui qualquer responsabilidade pela não concretização do certame licitatório, tendo em vista sua posição de prestadora de serviços e as responsabilidades da Origem. Alega também que os quantitativos de contratos são sempre baseados em estimativas, que variam, mas sempre estão próximas da realidade. Por fim, afirma que as questões relativas ao empenhamento e às publicações eram de total responsabilidade da Autarquia Hospitalar Municipal.

Tribunal de Contas DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Analisando as defesas, a Auditoria pronunciou-se afastando o apontamento do item 16.1, em relação ao termo contratual, considerando que os quantitativos contratados foram devidamente justificados. Os demais apontamentos foram mantidos, considerando que as defesas não trouxeram elementos novos que fossem capazes de alterar as conclusões do Relatório inicial.

Passando à manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, o parecer foi emitido pelo Assessor Subchefe que alertou que a orientação atual da doutrina e da jurisprudência, em casos de contratações emergenciais, é de reconhecer a necessidade da contratação, sem prejuízo de concomitantemente também reconhecer a existência de falha da Administração e determinar a apuração de responsabilidades. Não obstante, acompanhou o entendimento da Auditoria sobre a manutenção dos apontamentos de irregularidade, à exceção do item 16.1 e das infringências relativas à publicação extemporânea do Contrato e de seus Termos Aditivos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se acolhendo, de plano, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo no que tange ao reconhecimento da emergência, do que decorreria a desnecessidade de não anulação do ato administrativo praticado. Pondera que os aspectos formais não devem se sobrepor ao objetivo maior da contratação, que era uma prestação de serviços indispensável e foi executada de forma adequada. Por derradeiro, sustentou inexistência de prejuízo ao Erário e que os agentes públicos agiram de boa-fé, de modo que pugnou pelo acolhimento dos atos em exame, ou, subsidiariamente, pela aceitação dos efeitos produzidos pela contratação.

Por fim, encerrando a instrução processual do TC 72.002.309/18-73, a Secretaria Geral acompanhou a Assessoria Jurídica de Controle Externo quanto à necessidade de se dissociar a falha de planejamento da Administração da efetiva necessidade de se contratar em caráter emergencial. Não obstante, opinou pela irregularidade do Contrato Emergencial 082/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, visto que mantidos os apontamentos iniciais de Auditoria, à exceção do item 16.1.

Segue-se com o relatório do TC 72.002.311/18-15, no qual foi realizada a análise formal do Contrato Emergencial 083/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018.

A instrução processual foi iniciada com a apresentação de Relatório pela Coordenadoria IV, que apresentou o seguinte rol de infringências relativas à contratação em exame, mantida a numeração dos itens adotada pela Especializada:

16.1 - Fragilidade na justificativa apresentada, visto que a quantidade mensal estimada não está justificada por relatórios do efetivo consumo das unidades (Infringência ao artigo 26, caput da LF 8.666/93 e artigo 12 do DM 44.279/03) (item 14.1);

16.2 - Não há justificativa para a não conclusão de processo licitatório no período de 30.08.16 (suspensão do PE 035/2016) a 24.09.17 (início da presente contratação emergencial), 390 dias (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.3);

16.3 - O preço contratado não está devidamente justificado, pois é 12% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do CadTerc; o preço médio unitário das propostas para o lote variou em 22%; e a soma dos 11 contratos emergenciais constantes do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.5);

16.4 - A nota de empenho 2874/17 foi emitida (25.09.17) um dia após o início da vigência do contrato (24.09.17); e em valor insuficiente para atender a despesa prevista para 2017 (Infringência aos artigos 60 e 61 da LF nº 4.320/64 e ao artigo 5º do DM nº 23.639/87) (Item 14.11);

16.5 - No Termo de Contrato as Cláusulas Terceira e Quarta que tratam das Obrigações da Contratante e da Contratada não estão de acordo com o Termo de Referência (Infringência aos §§ 1º e 2º do artigo 54 da LF 8.666/93) (item 14.13);

16.6 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (23.11.17) 40 dias após a data limite (14.10.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14.14).

Em relação ao Termo de Aditamento 001/2017, foram apontadas as infringências abaixo reproduzidas:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 12% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 22%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a).

16.2 - Emissão da nota de empenho 3477 (27.11.17) 4 dias após o início de vigência do termo (23.11.17) (Infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87) (item 14e).

Por fim, quanto ao Termo de Aditamento 001/2018, foram constatadas as duas infringências, a saber:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 12% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 22%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (20.04.18) 70 dias após a data limite (09.02.18)

(Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Determinei, então, a intimação da Origem, da Contratada, e dos Responsáveis indicados no Relatório de Auditoria, quais sejam: Wilson Modesto Pollara e Tânia Maria Pimentel Pedroso.

A empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda. apresentou manifestação em que esclarece de plano que os serviços prestados são essenciais, de modo a não poderem sofrer interrupção. Afirma que a empresa não possui qualquer responsabilidade pela não concretização do certame licitatório, tendo em vista sua posição de prestadora de serviços e as responsabilidades da Origem. Alega também que os quantitativos de contratos são sempre baseados em estimativas, que variam, mas sempre estão próximas da realidade. Por fim, afirma que as questões relativas ao empenhamento e às publicações eram de total responsabilidade da Autarquia Hospitalar Municipal.

Wilson Modesto Pollara, na qualidade de ex-Superintendente da Autarquia, que firmou o Contrato em análise e seu primeiro aditamento, apresentou manifestação em que solicita sejam considerados esclarecimentos que vierem a prestados pelas instâncias competentes da Secretaria Municipal de Saúde, por aplicação da teoria do órgão do direito administrativo.

Tânia Maria Pimentel Pedroso, na qualidade de Chefe de Gabinete da Autarquia Hospitalar Municipal entre 02/01/2017 e 23/07/2018, firmou o segundo aditamento contratual e apresentou defesa em que trouxe um histórico de alterações nos cargos de direção da Autarquia, desde 2014, de modo a justificar a demora na realização de uma nova licitação. Afirma que quando assumiu a Chefia e Gabinete tinha como objetivo substituir todas as contratações emergenciais e regularizar os processos licitatórios até o final de 2018.

Especificamente em relação aos apontamentos, trouxe os seguintes argumentos baila: (i) quanto à publicação extemporânea dos atos e à intempestividade das Notas de Empenho, informou que o prazo não pôde ser cumprido devido a problemas de execução orçamentária e liberação de recursos que não eram de responsabilidade da Autarquia; (ii) acerca da ausência de justificativa para os quantitativos contratados, informa que a orientação jurídica à época dos fatos era no sentido de que a contratação emergencial de serviços contínuos deveria manter o Termo de Referência da contratação finda, sustenta que as variações dos quantitativos devem ser tidas como aceitáveis, pois a execução do contrato depende do número de pacientes internados; (iii) quanto à comparação entre os preços praticados no contrato analisado e aqueles constantes do CADTERC, afirma que não há identidade perfeita do objeto a permitir a plena comparabilidade dos preços e que a justificativa de preço exigida pela Lei Federal n.º 8.666/93 foi observada, pois a contratação foi efetivada com valor menor que aquele encontrado nos preços praticados pelo mercado, conforme pesquisa de preços; (iv) considerando que a

Municipalidade não mantém banco de preços – como previsto pelo Decreto Municipal n.º 44.279/03 –, pontua o entendimento de que a consulta direta é método válido de aferir o preço a ser contratado.

Finaliza pontuando que eventuais falhas verificadas são formais e que não devem impedir o acolhimento do ajuste e seus aditamentos.

A Origem apresentou defesa que trouxe os seguintes esclarecimentos: (i) o quantitativo constante da contratação emergencial foi baseado nos quantitativos históricos de 2009 a 2017, incluídos os últimos doze meses anteriores à contratação, e levou em consideração também informações dos Serviços de Nutrição e Dietética dos Hospitais que davam conta se a contratação então vigente era suficiente ou não para o atendimento das demandas das unidades hospitalares e das Unidades de Pronto Atendimento; (ii) a contratação emergencial ocorreu pela suspensão de procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas do Município, mas também por trocas na direção da Autarquia Hospitalar Municipal, restrições orçamentárias que demandavam redimensionamento do objeto da contratação e a necessidade de manter a prestação dos serviços; (iii) não foi possível usar os referenciais do CADTERC em razão das especificidades da contratação, mas o preço contratado está abaixo do valor estimado pela pesquisa de mercado realizada; (iv) a intempestividade no empenhamento ocorreu por indisponibilidade orçamentário-financeira que demandou atuação junto à Secretaria da Fazenda.

Analisando as defesas, a Auditoria pronunciou-se afastando o apontamento do item 16.1, em relação ao termo contratual, considerando que os quantitativos contratados foram devidamente justificados. Os demais apontamentos foram mantidos, considerando que as defesas não trouxeram elementos novos que fossem capazes de alterar as conclusões do Relatório inicial.

Passando às manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, primeiro tratamos da manifestação da Assessora Jurídica que emitiu parecer no sentido de considerar superados os apontamentos do Contrato relativos à estimativa de quantitativo de refeições (item 16.1), as impropriedades na formulação das Cláusulas Terceira e Quarta (item 16.5) e a publicação extemporânea dos termos contratual e de aditamento. No entanto, opinou pela irregularidade do Contrato Emergencial 083/2017 em razão das seguintes falhas: ausência de justificativa para a não conclusão de processo licitatório, descaracterizando a situação de emergência a permitir a contratação direta (item 16.2); a variação dos preços das propostas apresentadas em 17% (item 16.3, em parte) e a intempestividade dos empenhos realizados (item 16.4).

O Assessor Jurídico Subchefe opinou também pela irregularidade do Contrato e dos Aditamentos analisados, mas, no entanto, ponderou que a orientação atual da doutrina e da jurisprudência, em casos de contratações emergenciais, é de reconhecer a

necessidade da contratação, sem prejuízo de concomitantemente também reconhecer a existência de falha da Administração e determinar a apuração de responsabilidades.

Nesse sentido, opina que em situações excepcionais, como esta em análise, nas quais resta caracterizado que a falha ou a inércia do Administrador causou ou agravou o risco de uma contratação que não atende aos requisitos da urgência, é necessário responsabilizar o agente público, mas a contratação deve ser preservada, face à essencialidade da prestação dos serviços.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se acolhendo, de plano, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo no que tange ao reconhecimento da emergência, do que decorreria a desnecessidade de não anulação do ato administrativo praticado. Pondera que os aspectos formais não devem se sobrepor ao objetivo maior da contratação, que era uma prestação de serviços indispensável e foi executada de forma adequada. Por derradeiro, sustentou inexistência de prejuízo ao Erário e que os agentes públicos agiram de boa-fé, de modo que pugnou pelo acolhimento dos atos em exame, ou, subsidiariamente, pela aceitação dos efeitos produzidos pela contratação e que não fossem aplicadas quaisquer sanções aos agentes públicos, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Por fim, encerrando a instrução processual do TC 72.002.311/18-15, a Secretaria Geral acompanhou a Assessoria Jurídica de Controle Externo quanto à necessidade de se dissociar a falha de planejamento da Administração da efetiva necessidade de se contratar em caráter emergencial. Não obstante, opinou pela irregularidade do Contrato Emergencial 083/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, visto que mantidos os apontamentos iniciais de Auditoria, à exceção dos itens 16.1, 16.2 e 16.5.

Passo a relatar os autos do TC n.º 72.002.317/18-00, que analisam o Termo Contratual 85/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018.

Em sua primeira manifestação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou as seguintes irregularidades, apresentadas com a numeração original do Relatório de Auditoria, na contratação efetuada para o Hospital Municipal Dr. Fernando Mauro Pires da Rocha e para a Unidade de Pronto Atendimento Campo Limpo - UPA:

16.1 - Fragilidade na justificativa apresentada, visto que a quantidade mensal estimada não está justificada por relatórios do efetivo consumo das unidades (Infringência ao artigo 26, caput da LF 8.666/93 e artigo 12 do DM 44.279/03) (item 14.1);

16.2 - Não há justificativa para a não conclusão de processo licitatório no período de 30.08.16 (suspensão do PE 035/2016) a 24.09.17 (início da presente contratação emergencial), 390 dias (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.3);

16.3 - O preço contratado não está devidamente justificado, pois é 28% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas para o lote variou em 6%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.5);

16.4 - A nota de empenho 2876/17 foi emitida (25.09.17) um dia após o início da vigência do contrato (24.09.17); e em valor insuficiente para atender a despesa prevista para 2017 (Infringência aos artigos 60 e 61 da LF nº 4.320/64 e ao artigo 5º do DM nº 23.639/87) (Item 14.11);

16.5 - No Termo de Contrato as Cláusulas Terceira e Quarta que tratam das Obrigações da Contratante e da Contratada não estão de acordo com o Termo de Referência (Infringência aos §§ 1º e 2º do artigo 54 da LF 8.666/93) (item 14.13);

16.6 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (23.11.17) 40 dias após a data limite (14.10.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14.14).

Em relação ao Termo de Aditamento 001/2017, foram apontadas as infringências abaixo reproduzidas:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 28% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 6%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Emissão da nota de empenho 3475 (27.11.17) 4 dias após o início de vigência do termo (23.11.17) (Infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87) (item 14e);

16.3 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (04.04.18) 112 dias após a data limite (13.12.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Por fim, quanto ao Termo de Aditamento 001/2018, foram constatadas as duas infringências, a saber:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 28% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 6%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (29.03.18) 48 dias após a data limite (09.02.18) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Determinei, então, a intimação da Origem, da Contratada, e dos Responsáveis indicados no Relatório de Auditoria, quais sejam: Wilson Modesto Pollara e Tânia Maria Pimentel Pedroso.

Wilson Modesto Pollara, na qualidade de ex-Superintendente da Autarquia, que firmou o Contrato em análise e seu primeiro aditamento, apresentou manifestação em que solicita sejam considerados esclarecimentos que vierem a prestados pelas instâncias competentes da Secretaria Municipal de Saúde, por aplicação da teoria do órgão do direito administrativo.

Tânia Maria Pimentel Pedroso, na qualidade de Chefe de Gabinete da Autarquia Hospitalar Municipal entre 02/01/2017 e 23/07/2018, firmou o segundo aditamento contratual e apresentou defesa em que trouxe um histórico de alterações nos cargos de direção da Autarquia, desde 2014, de modo a justificar a demora na realização de uma nova licitação. Afirma que quando assumiu a Chefia e Gabinete tinha como objetivo substituir todas as contratações emergenciais e regularizar os processos licitatórios até o final de 2018.

Especificamente em relação aos apontamentos, trouxe os seguintes argumentos baila: (i) quanto à publicação extemporânea dos atos e à intempestividade das Notas de Empenho, informou que o prazo não pôde ser cumprido devido a problemas de execução orçamentária e liberação de recursos que não eram de responsabilidade da Autarquia; (ii) acerca da ausência de justificativa para os quantitativos contratados, informa que a orientação jurídica à época dos fatos era no sentido de que a contratação emergencial de serviços contínuos deveria manter o Termo de Referência da contratação finda, sustenta que as variações dos quantitativos devem ser tidas como aceitáveis, pois a execução do contrato depende do número de pacientes internados; (iii) quanto à comparação entre os preços praticados no contrato analisado e aqueles constantes do CADTERC, afirma que não há identidade perfeita do objeto a permitir a plena comparabilidade dos preços e que a justificativa de preço exigida pela Lei Federal n.º 8.666/93 foi observada, pois a contratação foi efetivada com valor menor que aquele encontrado nos preços praticados pelo mercado, conforme pesquisa de preços; (iv) considerando que a Municipalidade não mantém banco de preços – como previsto pelo Decreto Municipal n.º 44.279/03 –, pontua o entendimento de que a consulta direta é método válido de aferir o preço a ser contratado.

Finaliza pontuando que eventuais falhas verificadas são formais e que não devem impedir o acolhimento do ajuste e seus aditamentos.

A Origem apresentou defesa que trouxe os seguintes esclarecimentos: (i) o quantitativo constante da contratação emergencial foi baseado nos quantitativos históricos de 2009 a 2017, incluídos os últimos doze meses anteriores à contratação, e levou em consideração também informações dos Serviços de Nutrição e Dietética dos Hospitais que davam conta se a

contratação então vigente era suficiente ou não para o atendimento das demandas das Unidades Hospitalares e das Unidades de Pronto Atendimento; (ii) a contratação emergencial ocorreu pela suspensão de procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas do Município, mas também por trocas na direção da Autarquia Hospitalar Municipal, restrições orçamentárias que demandavam redimensionamento do objeto da contratação e a necessidade de manter a prestação dos serviços; (iii) não foi possível usar os referenciais do CADTERC em razão das especificidades da contratação, mas o preço contratado está abaixo do valor estimado pela pesquisa de mercado realizada; (iv) a intempestividade no empenhamento ocorreu por indisponibilidade orçamentário-financeira que demandou atuação junto à Secretaria da Fazenda, mas os recursos empenhados foram suficientes para a despesa realizada.

A empresa RC Nutry Alimentação Ltda. afirma que as irregularidades apontadas pela Auditoria são referentes a questões administrativas – notas de empenho, prazos, publicações, entre outros –, que são de competência exclusiva da Autarquia, e, por tal razão, não podem ser imputadas à Contratada. Defende ainda que os atos por ela praticados ocorreram dentro da legalidade e em cumprimento de exigências efetuadas pela Administração. Especificamente acerca dos valores contratados, afirma que o contrato administrativo deve contemplar uma equação econômico-financeira equilibrada, de modo que os valores aumentados refletem a atualização monetária do contrato anterior e que a remuneração prevista obedece a parâmetros de mercado, de forma justa. Encerra sua manifestação afirmando que a Contratada sempre agiu de boa-fé e que a contratação em exame não causou qualquer prejuízo ao erário, fazendo com que, por aplicação do princípio da proporcionalidade deva ser aplicada a sanção de menor gravidade, qual seja, a advertência, prevista no art. 87, inciso I da Lei Federal n.º 8.666/93.

Analisando as defesas, a Auditoria pronunciou-se afastando o apontamento do item 16.1, em relação ao termo contratual, considerando que os quantitativos contratados foram devidamente justificados. Os demais apontamentos foram mantidos, considerando que as defesas não trouxeram elementos novos que fossem capazes de alterar as conclusões do Relatório inicial.

Passando às manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, primeiro tratamos da manifestação da Assessora Jurídica que emitiu parecer no sentido de considerar superados os apontamentos do Contrato relativos à estimativa de quantitativo de refeições (item 16.1), a não utilização do CADTERC como referencial de preços por incompatibilidade (item 16.3, em parte), as impropriedades na formulação das Cláusulas Terceira e Quarta (item 16.5) e a extemporaneidade na publicação do Contrato e dos Termos de Aditamento. No entanto, opinou pela irregularidade do Contrato Emergencial 085/2017 em razão das falhas remanescentes, em especial: a ausência de justificativa para a não conclusão de processo licitatório, descaracterizando a situação de emergência a permitir a contratação direta (item 16.2); a variação dos preços das propostas apresentadas em 18% (item 16.3, em parte); e a

intempestividade dos empenhos realizados (item 16.4).

O Assessor Jurídico Subchefe opinou também pela irregularidade do Contrato e dos Aditamentos analisados, mas, no entanto, ponderou que a orientação atual da doutrina e da jurisprudência, em casos de contratações emergenciais, é de reconhecer a necessidade da contratação, sem prejuízo de concomitantemente também reconhecer a existência de falha da Administração e determinar a apuração de responsabilidades.

Nesse sentido, opina que em situações excepcionais, como esta em análise, nas quais resta caracterizado que a falha ou a inércia do Administrador causou ou agravou o risco de uma contratação que não atende aos requisitos da urgência, é necessário responsabilizar o agente público, mas a contratação deve ser preservada, face à essencialidade da prestação dos serviços.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se acolhendo, de plano, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo pela superação dos itens 16.1, 16.3 e 16.5 e pela preservação da contratação apesar da falta de justificativa para a caracterização de emergência (item 16.2). Em relação aos demais itens, afirmou que possuem natureza de impropriedades formais, devendo ser acolhidos os esclarecimentos e justificativas da Origem. Por derradeiro, sustentou inexistência de prejuízo ao Erário e que os agentes públicos agiram de boa-fé, de modo que pugnou pelo acolhimento dos atos em exame, ou, subsidiariamente, pela aceitação dos efeitos produzidos pela contratação.

Por fim, encerrando a instrução processual do TC 72.002.317/18-00, a Secretaria Geral corroborou o entendimento exposto pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinando pela irregularidade do Contrato Emergencial 085/2017 e dos Termos de Aditamento 01/2017 e 01/2018, tendo em vista os achados de auditoria remanescentes, os quais impedem o acolhimento dos ajustes analisados. Outrossim, acompanhou o entendimento do Assessor Subchefe quanto à necessidade de se dissociar a falha de planejamento da Administração da efetiva necessidade de se contratar em caráter emergencial.

Segue-se, então, com o relatório dos autos do TC n.º 72.002.318/18-64, que analisam o Termo Contratual 65/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018.

Em sua primeira manifestação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou as seguintes irregularidades, apresentadas com a numeração original do Relatório de Auditoria, na contratação efetuada para o Hospital Municipal Dr. Arthur Ribeiro de Saboya e UPA Vila Santa Catarina:

16.1 - Fragilidade na justificativa apresentada, visto que a quantidade mensal estimada não está justificada por relatórios do efetivo consumo das unidades (Infringência ao artigo 26, caput da LF nº 8.666/93 e artigo 12 do DM nº 44.279/03) (Item 14.1);

16.2 - Não há justificativa para a não conclusão de processo licitatório no período de 30.08.16 (suspensão do PE 035/2016) a 24.09.17 (início da presente contratação emergencial), 390 dias (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF nº 8.666/93) (Item 14.3);

16.3 - O preço contratado não está devidamente justificado, pois é 17% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas para o lote variou em 56%; e a soma dos 11 contratos emergenciais constantes do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF nº 8.666/93) (Item 14.5);

16.4 - A nota de empenho 2875/17 foi emitida (25.09.17) um dia após o início da vigência do contrato (24.09.17); e em valor insuficiente para atender a despesa prevista para 2017 (Infringência aos artigos 60 e 61 da LF nº 4.320/64 e ao artigo 5º do DM nº 23.639/87) (Item 14.11);

16.5 - No Termo de Contrato as Cláusulas Terceira e Quarta que tratam das Obrigações da Contratante e da Contratada não estão de acordo com o Termo de Referência (Infringência aos §§ 1º e 2º do artigo 54 da LF nº 8.666/93) (Item 14.13);

16.6 - A vigência do contrato iniciou em 24.09.17 dois dias antes da assinatura do contrato (26.09.17) (Infringência ao parágrafo único do artigo 60 da LF nº 8.666/93 e aos artigos 44 e 45 do DM nº 44.279/03) (Item 14.13);

16.7 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (23.11.17) 38 dias após a data limite (16.10.17) (Infringência ao artigo 26 da LM nº 13.278/02) (Item 14.14).

Em relação ao Termo de Aditamento 001/2017, foram apontadas as infringências abaixo reproduzidas:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 17% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 56%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Emissão da nota de empenho 3476 (27.11.17) 4 dias após o início de vigência do termo (23.11.17) (Infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87) (item 14e);

16.3 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (20.04.18) 128 dias após a data limite (13.12.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Por fim, quanto ao Termo de Aditamento 001/2018, foram constatadas as duas infringências, a saber:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 17% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço

médio unitário das propostas variou em 56%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (13.04.18) 63 dias após a data limite (09.02.18) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Determinei, então, a intimação da Origem, da Contratada, e dos Responsáveis indicados no Relatório de Auditoria, quais sejam: Wilson Modesto Pollara e Tânia Maria Pimentel Pedroso.

Wilson Modesto Pollara, na qualidade de ex-Superintendente da Autarquia, que firmou o Contrato em análise e seu primeiro aditamento, apresentou manifestação em que solicita sejam considerados esclarecimentos que vierem a prestados pelas instâncias competentes da Secretaria Municipal de Saúde, por aplicação da teoria do órgão do direito administrativo.

Tânia Maria Pimentel Pedroso, na qualidade de Chefe de Gabinete da Autarquia Hospitalar Municipal entre 02/01/2017 e 23/07/2018, firmou o segundo aditamento contratual e apresentou defesa em que trouxe um histórico de alterações nos cargos de direção da Autarquia, desde 2014, de modo a justificar a demora na realização de uma nova licitação. Afirma que quando assumiu a Chefia e Gabinete tinha como objetivo substituir todas as contratações emergenciais e regularizar os processos licitatórios até o final de 2018.

Especificamente em relação aos apontamentos, trouxe os seguintes argumentos baila: (i) quanto à publicação extemporânea dos atos e à intempestividade das Notas de Empenho, informou que o prazo não pôde ser cumprido devido a problemas de execução orçamentária e liberação de recursos que não eram de responsabilidade da Autarquia; (ii) acerca da ausência de justificativa para os quantitativos contratados, informa que a orientação jurídica à época dos fatos era no sentido de que a contratação emergencial de serviços contínuos deveria manter o Termo de Referência da contratação finda, sustenta que as variações dos quantitativos devem ser tidas como aceitáveis, pois a execução do contrato depende do número de pacientes internados; (iii) quanto à comparação entre os preços praticados no contrato analisado e aqueles constantes do CADTERC, afirma que não há identidade perfeita do objeto a permitir a plena comparabilidade dos preços e que a justificativa de preço exigida pela Lei Federal n.º 8.666/93 foi observada, pois a contratação foi efetivada com valor menor que aquele encontrado nos preços praticados pelo mercado, conforme pesquisa de preços; (iv) considerando que a Municipalidade não mantém banco de preços – como previsto pelo Decreto Municipal n.º 44.279/03 –, pontua o entendimento de que a consulta direta é método válido de aferir o preço a ser contratado.

Finaliza pontuando que eventuais falhas verificadas são formais e que não devem impedir o acolhimento do ajuste e seus aditamentos.

A empresa Apetece Sistemas de Alimentação S/A e a Origem deixaram transcorrer *in albis* o prazo para manifestação. No entanto, ainda que extemporaneamente, a Autarquia Hospitalar Municipal apresentou esclarecimentos, que foram levados ao conhecimento dos Órgãos Técnicos desta Corte.

Analisando as defesas, a Auditoria pronunciou-se afastando o apontamento do item 16.1, em relação ao termo contratual, considerando que os quantitativos contratados foram devidamente justificados. Os demais apontamentos foram mantidos, considerando que as defesas não trouxeram elementos novos que fossem capazes de alterar as conclusões do Relatório inicial.

Passando às manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, primeiro tratamos da manifestação da Assessora Jurídica que emitiu parecer no sentido de considerar superados os apontamentos do Contrato relativos à estimativa de quantitativo de refeições (item 16.1), as impropriedades na formulação das Cláusulas Terceira e Quarta (item 16.5) e a extemporaneidade na publicação do Contrato e dos Termos de Aditamento. No entanto, opinou pela irregularidade do Contrato Emergencial 065/2017 em razão das falhas remanescentes, em especial: a ausência de justificativa para a não conclusão de processo licitatório, descaracterizando a situação de emergência a permitir a contratação direta (item 16.2); a variação dos preços das propostas apresentadas (item 16.3); e a intempestividade dos empenhos realizados (item 16.4).

O Assessor Jurídico Subchefe opinou também pela irregularidade do Contrato e dos Aditamentos analisados, mas, no entanto, ponderou que a orientação atual da doutrina e da jurisprudência, em casos de contratações emergenciais, é de reconhecer a necessidade da contratação, sem prejuízo de concomitantemente também reconhecer a existência de falha da Administração e determinar a apuração de responsabilidades.

Nesse sentido, opina que em situações excepcionais, como esta em análise, nas quais resta caracterizado que a falha ou a inércia do Administrador causou ou agravou o risco de uma contratação que não atende aos requisitos da urgência, é necessário responsabilizar o agente público, mas a contratação deve ser preservada, face à essencialidade da prestação dos serviços.

A Procuradoria da Fazenda Municipal inicialmente pleiteou nova intimação da Origem, o que foi rejeitado por esta Relatoria, tendo em vista que a Autarquia Hospitalar Municipal foi intimada nos autos e sua defesa, conquanto intempestiva, foi encartada no processo e examinada pela Auditoria e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, o que demonstra a observância do devido processo legal.

Retornando os autos para análise de mérito, a Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se acolhendo, de plano, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo pela superação dos itens 16.1, 16.5 e pela preservação da contratação apesar da falta de justificativa para a caracterização de emergência (item 16.2). Em relação aos demais itens, afirmou que possuem natureza de impropriedades formais, devendo ser acolhidos os esclarecimentos e justificativas da Origem. Por derradeiro, sustentou inexistência de prejuízo ao Erário e que os agentes públicos agiram de boa-fé, de modo que pugnou pelo acolhimento dos atos em exame, ou, subsidiariamente, pela aceitação dos efeitos produzidos pela contratação.

Por fim, encerrando a instrução processual do TC 72.002.318/18-64, a Secretaria Geral corroborou o entendimento exposto pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinando pela irregularidade do Contrato Emergencial 065/2017 e dos Termos de Aditamento 01/2017 e 01/2018, tendo em vista os achados de auditoria remanescentes, os quais impedem o acolhimento dos ajustes analisados. Outrossim, acompanhou o entendimento do Assessor Subchefe quanto à necessidade de se dissociar a falha de planejamento da Administração da efetiva necessidade de se contratar em caráter emergencial.

Passo a relatar os autos do TC n.º 72.002.319/18-27, que analisam o Termo Contratual 66/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018.

Em sua primeira manifestação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou as seguintes irregularidades, apresentadas com a numeração original do Relatório de Auditoria, na contratação efetuada para o Hospital Municipal Prof. Dr. Alípio Correa Neto:

16.1 - Fragilidade na justificativa apresentada, visto que a quantidade mensal estimada não está justificada por relatórios do efetivo consumo das unidades (Infringência ao artigo 26, caput da LF 8.666/93 e artigo 12 do DM 44.279/03) (item 14.1);

16.2 - Não há justificativa para a não conclusão de processo licitatório no período de 30.08.16 (suspensão do PE 035/2016) a 24.09.17 (início da presente contratação emergencial), 390 dias (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.3);

16.3 - O preço contratado não está devidamente justificado, pois é 39% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas para o lote variou em 23%; e a soma dos 11 contratos emergenciais constantes do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.5);

16.4 - A nota de empenho 2876/17 foi emitida (25.09.17) um dia após o início da vigência do contrato (24.09.17); e em valor insuficiente para atender a despesa prevista para 2017 (Infringência aos artigos 60 e 61 da LF nº 4.320/64 e ao artigo 5º do DM nº 23.639/87)

(Item 14.11);

16.5 - No Termo de Contrato as Cláusulas Terceira e Quarta que tratam das Obrigações da Contratante e da Contratada não estão de acordo com o Termo de Referência (Infringência aos §§ 1º e 2º do artigo 54 da LF 8.666/93) (item 14.13);

16.6 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (23.11.17) 40 dias após a data limite (14.10.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14.14).

Em relação ao Termo de Aditamento 001/2017, foram apontadas as infringências abaixo reproduzidas:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 39% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 23%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Emissão da nota de empenho 3475 (27.11.17) 4 dias após o início de vigência do termo (23.11.17) (Infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87) (item 14e);

16.3 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (04.04.18) 112 dias após a data limite (13.12.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Por fim, quanto ao Termo de Aditamento 001/2018, foram constatadas as duas infringências, a saber:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 39% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 23%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (29.03.18) 48 dias após a data limite (09.02.18) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Determinei, então, a intimação da Origem, da Contratada, e dos Responsáveis indicados no Relatório de Auditoria, quais sejam: Wilson Modesto Pollara e Tânia Maria Pimentel Pedroso.

Wilson Modesto Pollara, na qualidade de ex-Superintendente da Autarquia, que firmou o Contrato em análise e seu primeiro aditamento, apresentou manifestação em que solicita sejam considerados esclarecimentos que vierem a prestados pelas instâncias competentes da Secretaria Municipal de Saúde, por aplicação da teoria do órgão do direito administrativo.

Tribunal de Contas DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Tânia Maria Pimentel Pedroso, na qualidade de Chefe de Gabinete da Autarquia Hospitalar Municipal entre 02/01/2017 e 23/07/2018, firmou o segundo aditamento contratual e apresentou defesa em que trouxe um histórico de alterações nos cargos de direção da Autarquia, desde 2014, de modo a justificar a demora na realização de uma nova licitação. Afirma que quando assumiu a Chefia e Gabinete tinha como objetivo substituir todas as contratações emergenciais e regularizar os processos licitatórios até o final de 2018.

Especificamente em relação aos apontamentos, trouxe os seguintes argumentos baila: (i) quanto à publicação extemporânea dos atos e à intempestividade das Notas de Empenho, informou que o prazo não pôde ser cumprido devido a problemas de execução orçamentária e liberação de recursos que não eram de responsabilidade da Autarquia; (ii) acerca da ausência de justificativa para os quantitativos contratados, informa que a orientação jurídica à época dos fatos era no sentido de que a contratação emergencial de serviços contínuos deveria manter o Termo de Referência da contratação finda, sustenta que as variações dos quantitativos devem ser tidas como aceitáveis, pois a execução do contrato depende do número de pacientes internados; (iii) quanto à comparação entre os preços praticados no contrato analisado e aqueles constantes do CADTERC, afirma que não há identidade perfeita do objeto a permitir a plena comparabilidade dos preços e que a justificativa de preço exigida pela Lei Federal n.º 8.666/93 foi observada, pois a contratação foi efetivada com valor menor que aquele encontrado nos preços praticados pelo mercado, conforme pesquisa de preços; (iv) considerando que a Municipalidade não mantém banco de preços – como previsto pelo Decreto Municipal n.º 44.279/03 –, pontua o entendimento de que a consulta direta é método válido de aferir o preço a ser contratado.

Finaliza pontuando que eventuais falhas verificadas são formais e que não devem impedir o acolhimento do ajuste e seus aditamentos.

A empresa RC Nutry Alimentação Ltda. afirma que as irregularidades apontadas pela Auditoria são referentes a questões administrativas – notas de empenho, prazos, publicações, entre outros –, que são de competência exclusiva da Autarquia, e, por tal razão, não podem ser imputadas à Contratada. Defende ainda que os atos por ela praticados ocorreram dentro da legalidade e em cumprimento de exigências efetuadas pela Administração. Especificamente acerca dos valores contratados, afirma que o contrato administrativo deve contemplar uma equação econômico-financeira equilibrada, de modo que os valores aumentados refletem a atualização monetária do contrato anterior e que a remuneração prevista obedece a parâmetros de mercado, de forma justa. Encerra sua manifestação afirmando que a Contratada sempre agiu de boa-fé e que a contratação em exame não causou qualquer prejuízo ao erário, fazendo com que, por aplicação do princípio da proporcionalidade deva ser aplicada a sanção de menor gravidade, qual seja, a advertência, prevista no art. 87, inciso I da Lei Federal n.º 8.666/93.

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Analisando as defesas, a Auditoria pronunciou-se mantendo todos os apontamentos inicialmente suscitados, considerando que as defesas não trouxeram elementos novos que fossem capazes de alterar as conclusões do Relatório inicial.

Passando às manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, primeiro tratamos da manifestação da Assessora Jurídica que emitiu parecer no sentido de considerar irregulares os termos examinados, corroborando com todos os apontamentos trazidos pela Auditoria, exceto em relação às impropriedades na formulação das Cláusulas Terceira e Quarta (item 16.5), que julgava passíveis de relevação.

O Assessor Jurídico Subchefe opinou também pela irregularidade do Contrato e dos Aditamentos analisados, mas, no entanto, ponderou que a orientação atual da doutrina e da jurisprudência, em casos de contratações emergenciais, é de reconhecer a necessidade da contratação, sem prejuízo de concomitantemente também reconhecer a existência de falha da Administração e determinar a apuração de responsabilidades.

Nesse sentido, opina que em situações excepcionais, como esta em análise, nas quais resta caracterizado que a falha ou a inércia do Administrador causou ou agravou o risco de uma contratação que não atende aos requisitos da urgência, é necessário responsabilizar o agente público, mas a contratação deve ser preservada, face à essencialidade da prestação dos serviços.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se acolhendo, de plano, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo pela preservação da contratação apesar da falta de justificativa para a caracterização de emergência (item 16.2). Em relação aos demais itens, afirmou que possuem natureza de impropriedades formais, devendo ser acolhidos os esclarecimentos e justificativas da Origem. Pondera que deve ser aplicado o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no que tange à consideração das consequências práticas da decisão e o art. 22 da mesma norma, no que tange aos obstáculos e dificuldades reais que se apresentam ao gestor. Por derradeiro, sustentou inexistência de prejuízo ao Erário e que os agentes públicos agiram de boa-fé, de modo que pugnou pelo acolhimento dos atos em exame, ou, subsidiariamente, pela aceitação dos efeitos produzidos pela contratação, sem qualquer aplicação de sanção aos agentes públicos que participaram da contratação.

Por fim, encerrando a instrução processual do TC 72.002.319/18-27, a Secretaria Geral corroborou o entendimento exposto pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinando pela irregularidade do Contrato Emergencial 066/2017 e dos Termos de Aditamento 01/2017 e 01/2018, tendo em vista os achados de auditoria remanescentes, os quais impedem o acolhimento dos ajustes analisados. Outrossim, acompanhou o entendimento do Assessor Subchefe quanto à necessidade de se dissociar a falha de planejamento da Administração da efetiva necessidade de se contratar em caráter emergencial.

Segue-se relatando os autos do TC n.º 72.002.320/18-06, que analisam o Termo Contratual 87/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018.

Em sua primeira manifestação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou as seguintes irregularidades, apresentadas com a numeração original do Relatório de Auditoria, na contratação efetuada para o Hospital Municipal e Maternidade Prof. Mario Degni:

16.1 - Fragilidade na justificativa apresentada, visto que a quantidade mensal estimada não está justificada por relatórios do efetivo consumo das unidades (Infringência ao artigo 26, caput da LF 8.666/93 e artigo 12 do DM 44.279/03) (item 14.1);

16.2 - Não há justificativa para a não conclusão de processo licitatório no período de 30.08.16 (suspensão do PE 035/2016) a 24.09.17 (início da presente contratação emergencial), 390 dias (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.3);

16.3 - O preço contratado não está devidamente justificado, pois é 46% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas para o lote variou em 23%; e a soma dos 11 contratos emergenciais constantes do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.5);

16.4 - A nota de empenho 2876/17 foi emitida (25.09.17) um dia após o início da vigência do contrato (24.09.17); e em valor insuficiente para atender a despesa prevista para 2017 (Infringência aos artigos 60 e 61 da LF nº 4.320/64 e ao artigo 5º do DM nº 23.639/87) (Item 14.11);

16.5 - No Termo de Contrato as Cláusulas Terceira e Quarta que tratam das Obrigações da Contratante e da Contratada não estão de acordo com o Termo de Referência (Infringência aos §§ 1º e 2º do artigo 54 da LF 8.666/93) (item 14.13);

16.6 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (23.11.17) 40 dias após a data limite (14.10.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14.14).

Em relação ao Termo de Aditamento 001/2017, foram apontadas as infringências abaixo reproduzidas:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 39% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 8%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Emissão da nota de empenho 3475 (27.11.17) 4 dias após o início de vigência do termo (23.11.17) (Infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do

Decreto Municipal nº 23.639/87) (item 14e);

16.3 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (04.04.18) 112 dias após a data limite (13.12.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Por fim, quanto ao Termo de Aditamento 001/2018, foram constatadas as duas infringências, a saber:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 46% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 23%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (29.03.18) 48 dias após a data limite (09.02.18) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Determinei, então, a intimação da Origem, da Contratada, e dos Responsáveis indicados no Relatório de Auditoria, quais sejam: Wilson Modesto Pollara e Tânia Maria Pimentel Pedroso.

Wilson Modesto Pollara, na qualidade de ex-Superintendente da Autarquia, que firmou o Contrato em análise e seu primeiro aditamento, apresentou manifestação em que solicita sejam considerados esclarecimentos que vierem a prestados pelas instâncias competentes da Secretaria Municipal de Saúde, por aplicação da teoria do órgão do direito administrativo.

Tânia Maria Pimentel Pedroso, na qualidade de Chefe de Gabinete da Autarquia Hospitalar Municipal entre 02/01/2017 e 23/07/2018, firmou o segundo aditamento contratual e apresentou defesa em que trouxe um histórico de alterações nos cargos de direção da Autarquia, desde 2014, de modo a justificar a demora na realização de uma nova licitação. Afirma que quando assumiu a Chefia e Gabinete tinha como objetivo substituir todas as contratações emergenciais e regularizar os processos licitatórios até o final de 2018.

Especificamente em relação aos apontamentos, trouxe os seguintes argumentos baila: (i) quanto à publicação extemporânea dos atos e à intempestividade das Notas de Empenho, informou que o prazo não pôde ser cumprido devido a problemas de execução orçamentária e liberação de recursos que não eram de responsabilidade da Autarquia; (ii) acerca da ausência de justificativa para os quantitativos contratados, informa que a orientação jurídica à época dos fatos era no sentido de que a contratação emergencial de serviços contínuos deveria manter o Termo de Referência da contratação finda, sustenta que as variações dos quantitativos devem ser tidas como aceitáveis, pois a execução do contrato depende do número de pacientes internados; (iii) quanto à comparação entre os preços praticados no contrato analisado e aqueles

constantes do CADTERC, afirma que não há identidade perfeita do objeto a permitir a plena comparabilidade dos preços e que a justificativa de preço exigida pela Lei Federal n.º 8.666/93 foi observada, pois a contratação foi efetivada com valor menor que aquele encontrado nos preços praticados pelo mercado, conforme pesquisa de preços; (iv) considerando que a Municipalidade não mantém banco de preços – como previsto pelo Decreto Municipal n.º 44.279/03 –, pontua o entendimento de que a consulta direta é método válido de aferir o preço a ser contratado.

Finaliza pontuando que eventuais falhas verificadas são formais e que não devem impedir o acolhimento do ajuste e seus aditamentos.

A Origem apresentou defesa que trouxe os seguintes esclarecimentos: (i) o quantitativo constante da contratação emergencial foi baseado nos quantitativos históricos de 2009 a 2017, incluídos os últimos doze meses anteriores à contratação, e levou em consideração também informações dos Serviços de Nutrição e Dietética dos Hospitais que davam conta se a contratação então vigente era suficiente ou não para o atendimento das demandas das Unidades Hospitalares e das Unidades de Pronto Atendimento; (ii) a contratação emergencial ocorreu pela suspensão de procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas do Município, mas também por trocas na direção da Autarquia Hospitalar Municipal, restrições orçamentárias que demandavam redimensionamento do objeto da contratação e a necessidade de manter a prestação dos serviços; (iii) não foi possível usar os referenciais do CADTERC em razão das especificidades da contratação, mas o preço contratado está abaixo do valor estimado pela pesquisa de mercado realizada; (iv) a intempestividade no empenhamento ocorreu por indisponibilidade orçamentário-financeira que demandou atuação junto à Secretaria da Fazenda, mas os recursos empenhados foram suficientes para a despesa realizada.

A empresa RC Nutry Alimentação Ltda. afirma que as irregularidades apontadas pela Auditoria são referentes a questões administrativas – notas de empenho, prazos, publicações, entre outros –, que são de competência exclusiva da Autarquia, e, por tal razão, não podem ser imputadas à Contratada. Defende ainda que os atos por ela praticados ocorreram dentro da legalidade e em cumprimento de exigências efetuadas pela Administração. Especificamente acerca dos valores contratados, afirma que o contrato administrativo deve contemplar uma equação econômico-financeira equilibrada, de modo que os valores aumentados refletem a atualização monetária do contrato anterior e que a remuneração prevista obedece a parâmetros de mercado, de forma justa. Encerra sua manifestação afirmando que a Contratada sempre agiu de boa-fé e que a contratação em exame não causou qualquer prejuízo ao erário, fazendo com que, por aplicação do princípio da proporcionalidade deva ser aplicada a sanção de menor gravidade, qual seja, a advertência, prevista no art. 87, inciso I da Lei Federal n.º 8.666/93.

Tribunal de Contas DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Analisando as defesas, a Auditoria pronunciou-se afastando o apontamento do item 16.1, em relação ao termo contratual, considerando que os quantitativos contratados foram devidamente justificados. Os demais apontamentos foram mantidos, considerando que as defesas não trouxeram elementos novos que fossem capazes de alterar as conclusões do Relatório inicial.

Passando às manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, primeiro tratamos da manifestação da Assessora Jurídica que emitiu parecer no sentido de considerar irregulares os termos examinados, corroborando com todos os apontamentos trazidos pela Auditoria, exceto em relação aos seguintes pontos: (i) as impropriedades na formulação das Cláusulas Terceira e Quarta (item 16.5), que julgava passíveis de relevação; (ii) justificativa relativa aos quantitativos (item 16.1), que teve como saneado nos termos da manifestação da Auditoria; e a publicação extemporânea do termo contratual e de seus aditamentos.

O Assessor Jurídico Subchefe opinou também pela irregularidade do Contrato e dos Aditamentos analisados, mas, no entanto, ponderou que a orientação atual da doutrina e da jurisprudência, em casos de contratações emergenciais, é de reconhecer a necessidade da contratação, sem prejuízo de concomitantemente também reconhecer a existência de falha da Administração e determinar a apuração de responsabilidades.

Nesse sentido, opina que em situações excepcionais, como esta em análise, nas quais resta caracterizado que a falha ou a inércia do Administrador causou ou agravou o risco de uma contratação que não atende aos requisitos da urgência, é necessário responsabilizar o agente público, mas a contratação deve ser preservada, face à essencialidade da prestação dos serviços.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se acolhendo, de plano, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo pela preservação da contratação apesar da falta de justificativa para a caracterização de emergência (item 16.2). Em relação aos demais itens, afirmou que possuem natureza de impropriedades formais, devendo ser acolhidos os esclarecimentos e justificativas da Origem. Pondera que deve ser aplicado o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no que tange à consideração das consequências práticas da decisão e o art. 22 da mesma norma, no que tange aos obstáculos e dificuldades reais que se apresentam ao gestor. Por derradeiro, sustentou inexistência de prejuízo ao Erário e que os agentes públicos agiram de boa-fé, de modo que pugnou pelo acolhimento dos atos em exame, ou, subsidiariamente, pela aceitação dos efeitos produzidos pela contratação, sem qualquer aplicação de sanção aos agentes públicos que participaram da contratação.

Por fim, encerrando a instrução processual do TC 72.002.320/18-06, a Secretaria Geral corroborou o entendimento exposto pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinando pela irregularidade do Contrato Emergencial 087/2017 e dos Termos de Aditamento 01/2017 e 01/2018, tendo em vista os achados de auditoria remanescentes, os quais

impedem o acolhimento dos ajustes analisados. Outrossim, acompanhou o entendimento do Assessor Subchefe quanto à necessidade de se dissociar a falha de planejamento da Administração da efetiva necessidade de se contratar em caráter emergencial.

Segue-se relatando os autos do TC n.º 72.002.321/18-79, que analisam o Termo Contratual 86/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018.

Em sua primeira manifestação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou as seguintes irregularidades, apresentadas com a numeração original do Relatório de Auditoria, na contratação efetuada para o Hospital Municipal Dr. José Soares Hungria:

16.1 - Fragilidade na justificativa apresentada, visto que a quantidade mensal estimada não está justificada por relatórios do efetivo consumo das unidades (Infringência ao artigo 26, caput da LF 8.666/93 e artigo 12 do DM 44.279/03) (item 14.1);

16.2 - Não há justificativa para a não conclusão de processo licitatório no período de 30.08.16 (suspensão do PE 035/2016) a 24.09.17 (início da presente contratação emergencial), 390 dias (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.3);

16.3 - O preço contratado não está devidamente justificado, pois é 61% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas para o lote variou em 8%; e a soma dos 11 contratos emergenciais constantes do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.5);

16.4 - A nota de empenho 2876/17 foi emitida (25.09.17) um dia após o início da vigência do contrato (24.09.17); e em valor insuficiente para atender a despesa prevista para 2017 (Infringência aos artigos 60 e 61 da LF nº 4.320/64 e ao artigo 5º do DM nº 23.639/87) (Item 14.11);

16.5 - No Termo de Contrato as Cláusulas Terceira e Quarta que tratam das Obrigações da Contratante e da Contratada, não estão de acordo com o Termo de Referência (Infringência aos §§ 1º e 2º do artigo 54 da LF 8.666/93) (item 14.13);

16.6 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (23.11.17) 40 dias após a data limite (14.10.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14.14).

Em relação ao Termo de Aditamento 001/2017, foram apontadas as infringências abaixo reproduzidas:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 61% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 8%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84)

(Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Emissão da nota de empenho 3475 (27.11.17) 4 dias após o início de vigência do termo (23.11.17) (Infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87) (item 14e);

16.3 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (04.04.18) 112 dias após a data limite (13.12.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Por fim, quanto ao Termo de Aditamento 001/2018, foram constatadas as duas infringências, a saber:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 61% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 8%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (29.03.18) 48 dias após a data limite (09.02.18) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Determinei, então, a intimação da Origem, da Contratada, e dos Responsáveis indicados no Relatório de Auditoria, quais sejam: Wilson Modesto Pollara e Tânia Maria Pimentel Pedroso.

Wilson Modesto Pollara, na qualidade de ex-Superintendente da Autarquia, que firmou o Contrato em análise e seu primeiro aditamento, apresentou manifestação em que solicita sejam considerados esclarecimentos que vierem a prestados pelas instâncias competentes da Secretaria Municipal de Saúde, por aplicação da teoria do órgão do direito administrativo.

Tânia Maria Pimentel Pedroso, na qualidade de Chefe de Gabinete da Autarquia Hospitalar Municipal entre 02/01/2017 e 23/07/2018, firmou o segundo aditamento contratual e apresentou defesa em que trouxe um histórico de alterações nos cargos de direção da Autarquia, desde 2014, de modo a justificar a demora na realização de uma nova licitação. Afirma que quando assumiu a Chefia e Gabinete tinha como objetivo substituir todas as contratações emergenciais e regularizar os processos licitatórios até o final de 2018.

Especificamente em relação aos apontamentos, trouxe os seguintes argumentos baila: (i) quanto à publicação extemporânea dos atos e à intempestividade das Notas de Empenho, informou que o prazo não pôde ser cumprido devido a problemas de execução orçamentária e liberação de recursos que não eram de responsabilidade da Autarquia; (ii) acerca da ausência de justificativa para os quantitativos contratados, informa que a orientação jurídica à época dos fatos era no sentido de que a contratação emergencial de serviços contínuos deveria

manter o Termo de Referência da contratação finda, sustenta que as variações dos quantitativos devem ser tidas como aceitáveis, pois a execução do contrato depende do número de pacientes internados; (iii) quanto à comparação entre os preços praticados no contrato analisado e aqueles constantes do CADTERC, afirma que não há identidade perfeita do objeto a permitir a plena comparabilidade dos preços e que a justificativa de preço exigida pela Lei Federal n.º 8.666/93 foi observada, pois a contratação foi efetivada com valor menor que aquele encontrado nos preços praticados pelo mercado, conforme pesquisa de preços; (iv) considerando que a Municipalidade não mantém banco de preços – como previsto pelo Decreto Municipal n.º 44.279/03 –, pontua o entendimento de que a consulta direta é método válido de aferir o preço a ser contratado.

Finaliza pontuando que eventuais falhas verificadas são formais e que não devem impedir o acolhimento do ajuste e seus aditamentos.

A empresa RC Nutry Alimentação Ltda. afirma que as irregularidades apontadas pela Auditoria são referentes a questões administrativas – notas de empenho, prazos, publicações, entre outros –, que são de competência exclusiva da Autarquia, e, por tal razão, não podem ser imputadas à Contratada. Defende ainda que os atos por ela praticados ocorreram dentro da legalidade e em cumprimento de exigências efetuadas pela Administração. Especificamente acerca dos valores contratados, afirma que o contrato administrativo deve contemplar uma equação econômico-financeira equilibrada, de modo que os valores aumentados refletem a atualização monetária do contrato anterior e que a remuneração prevista obedece a parâmetros de mercado, de forma justa. Encerra sua manifestação afirmando que a Contratada sempre agiu de boa-fé e que a contratação em exame não causou qualquer prejuízo ao erário, fazendo com que, por aplicação do princípio da proporcionalidade deva ser aplicada a sanção de menor gravidade, qual seja, a advertência, prevista no art. 87, inciso I da Lei Federal n.º 8.666/93.

A Origem apresentou defesa que trouxe os seguintes esclarecimentos: (i) o quantitativo constante da contratação emergencial foi baseado nos quantitativos históricos de 2009 a 2017, incluídos os últimos doze meses anteriores à contratação, e levou em consideração também informações dos Serviços de Nutrição e Dietética dos Hospitais que davam conta se a contratação então vigente era suficiente ou não para o atendimento das demandas das Unidades Hospitalares e das Unidades de Pronto Atendimento; (ii) a contratação emergencial ocorreu pela suspensão de procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas do Município, mas também por trocas na direção da Autarquia Hospitalar Municipal, restrições orçamentárias que demandavam redimensionamento do objeto da contratação e a necessidade de manter a prestação dos serviços; (iii) não foi possível usar os referenciais do CADTERC em razão das especificidades da contratação, mas o preço contratado está abaixo do valor estimado pela pesquisa de mercado realizada; (iv) a intempestividade no empenhamento ocorreu por indisponibilidade orçamentário-financeira que demandou atuação junto à Secretaria da Fazenda, mas os recursos empenhados

foram suficientes para a despesa realizada.

Analisando as defesas, a Auditoria pronunciou-se afastando o apontamento do item 16.1, em relação ao termo contratual, considerando que os quantitativos contratados foram devidamente justificados. Os demais apontamentos foram mantidos, considerando que as defesas não trouxeram elementos novos que fossem capazes de alterar as conclusões do Relatório inicial.

Passando à manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, o parecer foi emitido pelo Assessor Subchefe que alertou que a orientação atual da doutrina e da jurisprudência, em casos de contratações emergenciais, é de reconhecer a necessidade da contratação, sem prejuízo de concomitantemente também reconhecer a existência de falha da Administração e determinar a apuração de responsabilidades. Não obstante, acompanhou o entendimento da Auditoria sobre a manutenção dos apontamentos de irregularidade, à exceção do item 16.1 e das infringências relativas à publicação extemporânea do Contrato e de seus Termos Aditivos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se acolhendo, de plano, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo pela preservação da contratação apesar da falta de justificativa para a caracterização de emergência (item 16.2). Em relação aos demais itens, afirmou que possuem natureza de impropriedades formais, devendo ser acolhidos os esclarecimentos e justificativas da Origem. Pondera que deve ser aplicado o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no que tange à consideração das consequências práticas da decisão e o art. 22 da mesma norma, no que tange aos obstáculos e dificuldades reais que se apresentam ao gestor. Por derradeiro, sustentou inexistência de prejuízo ao Erário e que os agentes públicos agiram de boa-fé, de modo que pugnou pelo acolhimento dos atos em exame, ou, subsidiariamente, pela aceitação dos efeitos produzidos pela contratação.

Por fim, encerrando a instrução processual do TC 72.002.321/18-79, a Secretaria Geral corroborou o entendimento exposto pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinando pela irregularidade do Contrato Emergencial 086/2017 e dos Termos de Aditamento 01/2017 e 01/2018, tendo em vista os achados de auditoria remanescentes, os quais impedem o acolhimento dos ajustes analisados. Outrossim, acompanhou o entendimento do Assessor Subchefe quanto à necessidade de se dissociar a falha de planejamento da Administração da efetiva necessidade de se contratar em caráter emergencial.

Sigo, então, relatando o TC 72.002.322/18-31, no qual foi realizada a análise formal do Contrato Emergencial 084/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018.

Inaugurando a instrução processual, a Coordenadoria IV apresentou o seguinte rol de infringências relativas à contratação em exame para o Hospital Municipal Dr.

Benedicto Montenegro:

16.1 - Fragilidade na justificativa apresentada, visto que a quantidade mensal estimada não está justificada por relatórios do efetivo consumo das unidades (Infringência ao artigo 26, caput da LF 8.666/93 e artigo 12 do DM 44.279/03) (item 14.1);

16.2 - Não há justificativa para a não conclusão de processo licitatório no período de 30.08.16 (suspensão do PE 035/2016) a 24.09.17 (início da presente contratação emergencial), 390 dias (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.3);

16.3 - O preço contratado não está devidamente justificado, pois é 3,6% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas para o lote variou em 22%; e a soma dos 11 contratos emergenciais constantes do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 18% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.5);

16.4 - A nota de empenho 2874/17 foi emitida (25.09.17) um dia após o início da vigência do contrato (24.09.17); e em valor insuficiente para atender a despesa prevista para 2017 (Infringência aos artigos 60 e 61 da LF nº 4.320/64 e ao artigo 5º do DM nº 23.639/87) (Item 14.11);

16.5 - No Termo de Contrato as Cláusulas Terceira e Quarta que tratam das Obrigações da Contratante e da Contratada não estão de acordo com o Termo de Referência (Infringência aos §§ 1º e 2º do artigo 54 da LF 8.666/93) (item 14.13);

16.6 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (23.11.17) 40 dias após a data limite (14.10.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14.14).

Em relação ao Termo de Aditamento 001/2017, foram apontadas as infringências abaixo reproduzidas:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 3,6% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 18%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Emissão da nota de empenho 3477 (27.11.17) 4 dias após o início de vigência do termo (23.11.17) (Infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87) (item 14e);

16.3 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (04.04.18) 112 dias após a data limite (13.12.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Por fim, quanto ao Termo de Aditamento 001/2018, foram constatadas as duas infringências, a saber:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente

justificado, pois é 3,6% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 18%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (20.04.18) 70 dias após a data limite (09.02.18) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Determinei, então, a intimação da Origem, da Contratada, e dos Responsáveis indicados no Relatório de Auditoria, quais sejam: Wilson Modesto Pollara e Tânia Maria Pimentel Pedroso.

A empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda. apresentou manifestação em que esclarece de plano que os serviços prestados são essenciais, de modo a não poderem sofrer interrupção. Afirma que a empresa não possui qualquer responsabilidade pela não concretização do certame licitatório, tendo em vista sua posição de prestadora de serviços e as responsabilidades da Origem. Alega também que os quantitativos de contratos são sempre baseados em estimativas, que variam, mas sempre estão próximas da realidade. Por fim, afirma que as questões relativas ao empenhamento e às publicações eram de total responsabilidade da Autarquia Hospitalar Municipal.

Wilson Modesto Pollara, na qualidade de ex-Superintendente da Autarquia, que firmou o Contrato em análise e seu primeiro aditamento, apresentou manifestação em que solicita sejam considerados esclarecimentos que vierem a prestados pelas instâncias competentes da Secretaria Municipal de Saúde, por aplicação da teoria do órgão do direito administrativo.

Tânia Maria Pimentel Pedroso, na qualidade de Chefe de Gabinete da Autarquia Hospitalar Municipal entre 02/01/2017 e 23/07/2018, firmou o segundo aditamento contratual e apresentou defesa em que trouxe um histórico de alterações nos cargos de direção da Autarquia, desde 2014, de modo a justificar a demora na realização de uma nova licitação. Afirma que quando assumiu a Chefia e Gabinete tinha como objetivo substituir todas as contratações emergenciais e regularizar os processos licitatórios até o final de 2018.

Especificamente em relação aos apontamentos, trouxe os seguintes argumentos baila: (i) quanto à publicação extemporânea dos atos e à intempestividade das Notas de Empenho, informou que o prazo não pôde ser cumprido devido a problemas de execução orçamentária e liberação de recursos que não eram de responsabilidade da Autarquia; (ii) acerca da ausência de justificativa para os quantitativos contratados, informa que a orientação jurídica à época dos fatos era no sentido de que a contratação emergencial de serviços contínuos deveria manter o Termo de Referência da contratação finda, sustenta que as variações dos quantitativos devem ser tidas como aceitáveis, pois a execução do contrato depende do número de pacientes

internados; (iii) quanto à comparação entre os preços praticados no contrato analisado e aqueles constantes do CADTERC, afirma que não há identidade perfeita do objeto a permitir a plena comparabilidade dos preços e que a justificativa de preço exigida pela Lei Federal n.º 8.666/93 foi observada, pois a contratação foi efetivada com valor menor que aquele encontrado nos preços praticados pelo mercado, conforme pesquisa de preços; (iv) considerando que a Municipalidade não mantém banco de preços – como previsto pelo Decreto Municipal n.º 44.279/03 –, pontua o entendimento de que a consulta direta é método válido de aferir o preço a ser contratado.

Finaliza pontuando que eventuais falhas verificadas são formais e que não devem impedir o acolhimento do ajuste e seus aditamentos.

A Origem apresentou defesa que trouxe os seguintes esclarecimentos: (i) o quantitativo constante da contratação emergencial foi baseado nos quantitativos históricos de 2009 a 2017, incluídos os últimos doze meses anteriores à contratação, e levou em consideração também informações dos Serviços de Nutrição e Dietética dos Hospitais que davam conta se a contratação então vigente era suficiente ou não para o atendimento das demandas das unidades hospitalares e das Unidades de Pronto Atendimento; (ii) a contratação emergencial ocorreu pela suspensão de procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas do Município, mas também por trocas na direção da Autarquia Hospitalar Municipal, restrições orçamentárias que demandavam redimensionamento do objeto da contratação e a necessidade de manter a prestação dos serviços; (iii) não foi possível usar os referenciais do CADTERC em razão das especificidades da contratação, mas o preço contratado está abaixo do valor estimado pela pesquisa de mercado realizada; (iv) a intempestividade no empenhamento ocorreu por indisponibilidade orçamentário-financeira que demandou atuação junto à Secretaria da Fazenda.

Analisando as defesas, a Auditoria pronunciou-se afastando o apontamento do item 16.1, em relação ao termo contratual, considerando que os quantitativos contratados foram devidamente justificados. Os demais apontamentos foram mantidos, considerando que as defesas não trouxeram elementos novos que fossem capazes de alterar as conclusões do Relatório inicial.

Passando às manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, primeiro tratamos da manifestação da Assessora Jurídica que emitiu parecer no sentido de considerar irregulares os termos examinados, corroborando com todos os apontamentos trazidos pela Auditoria, exceto em relação aos seguintes pontos: (i) as impropriedades na formulação das Cláusulas Terceira e Quarta (item 16.5), que julgava passíveis de relevação; (ii) justificativa relativa aos quantitativos (item 16.1), que teve como saneado nos termos da manifestação da Auditoria; e (iii) a publicação extemporânea do termo contratual e de seus aditamentos.

O Assessor Jurídico Subchefe opinou também pela irregularidade do Contrato e dos Aditamentos analisados, mas, no entanto, ponderou que a orientação atual da

doutrina e da jurisprudência, em casos de contratações emergenciais, é de reconhecer a necessidade da contratação, sem prejuízo de concomitantemente também reconhecer a existência de falha da Administração e determinar a apuração de responsabilidades.

Nesse sentido, opina que em situações excepcionais, como esta em análise, nas quais resta caracterizado que a falha ou a inércia do Administrador causou ou agravou o risco de uma contratação que não atende aos requisitos da urgência, é necessário responsabilizar o agente público, mas a contratação deve ser preservada, face à essencialidade da prestação dos serviços.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se acolhendo, de plano, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo no que tange ao reconhecimento da emergência, do que decorreria a desnecessidade de não anulação do ato administrativo praticado. Pondera que os aspectos formais não devem se sobrepor ao objetivo maior da contratação, que era uma prestação de serviços indispensável e foi executada de forma adequada. Por derradeiro, sustentou inexistência de prejuízo ao Erário e que os agentes públicos agiram de boa-fé, de modo que pugnou pelo acolhimento dos atos em exame, ou, subsidiariamente, pela aceitação dos efeitos produzidos pela contratação.

Por fim, encerrando a instrução processual do TC 72.002.322/18-31, a Secretaria Geral acompanhou a Assessoria Jurídica de Controle Externo quanto à necessidade de se dissociar a falha de planejamento da Administração da efetiva necessidade de se contratar em caráter emergencial. Não obstante, opinou pela irregularidade do Contrato Emergencial 084/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, visto que mantidos os apontamentos iniciais de Auditoria, à exceção do item 16.1.

Relato o último processo, o TC 72.002.323/18-02, no qual foi realizada a análise formal do Contrato Emergencial 064/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018.

Inaugurando a instrução processual, a Coordenadoria IV apresentou o seguinte rol de infringências relativas à contratação em exame para o Hospital Municipal Dr. Alexandre Zaio:

16.1 - Fragilidade na justificativa apresentada, visto que a quantidade mensal estimada não está justificada por relatórios do efetivo consumo das unidades (Infringência ao artigo 26, caput da LF 8.666/93 e artigo 12 do DM 44.279/03) (item 14.1);

16.2 - Não há justificativa para a não conclusão de processo licitatório no período de 30.08.16 (suspensão do PE 035/2016) a 24.09.17 (início da presente contratação emergencial), 390 dias (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.3);

16.3 - O preço contratado não está devidamente justificado, pois é 1,4% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas para o lote

variou em 22%; e a soma dos 11 contratos emergenciais constantes do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF 8.666/93) (Item 14.5);

16.4 - A nota de empenho 2874/17 foi emitida (25.09.17) um dia após o início da vigência do contrato (24.09.17); e em valor insuficiente para atender a despesa prevista para 2017 (Infringência aos artigos 60 e 61 da LF nº 4.320/64 e ao artigo 5º do DM nº 23.639/87) (Item 14.11);

16.5 - No Termo de Contrato as Cláusulas Terceira e Quarta que tratam das Obrigações da Contratante e da Contratada não estão de acordo com o Termo de Referência (Infringência ao § 1º do artigo 54 da LF 8.666/93) (item 14.13);

16.6 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (23.11.17) 40 dias após a data limite (14.10.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14.14).

Em relação ao Termo de Aditamento 001/2017, foram apontadas as infringências abaixo reproduzidas:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 1,4% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 22%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 25% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Emissão da nota de empenho 3477 (27.11.17) 4 dias após o início de vigência do termo (23.11.17) (Infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal nº 4.320/64 e ao artigo 5º do Decreto Municipal nº 23.639/87) (item 14e);

16.3 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (04.04.18) 112 dias após a data limite (13.12.17) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Por fim, quanto ao Termo de Aditamento 001/2018, foram constatadas as duas infringências, a saber:

16.1 - Prorrogação pelo preço praticado no contrato original que não foi devidamente justificado, pois é 1,4% superior ao valor obtido dos referenciais constantes do Cadterc; o preço médio unitário das propostas variou em 18%; e a soma dos 11 contratos emergenciais do processo 6110.2017/0005949-6 (R$ 6.629.039,32) é 22% superior à soma dos 5 contratos emergenciais anteriores 6110.2017/0001642-8 (R$ 5.282.222,84) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do art. 26 da LF 8.666/93) (Item 14a);

16.2 - Publicação do ajuste no Diário Oficial (20.04.18) 70 dias após a data limite (09.02.18) (Infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02) (item 14h).

Determinei, então, a intimação da Origem, da Contratada, e dos Responsáveis indicados no Relatório de Auditoria, quais sejam: Wilson Modesto Pollara e Tânia Maria Pimentel Pedroso.

A empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda. apresentou manifestação em que esclarece de plano que os serviços prestados são essenciais, de modo a não poderem sofrer interrupção. Afirma que a empresa não possui qualquer responsabilidade pela não concretização do certame licitatório, tendo em vista sua posição de prestadora de serviços e as responsabilidades da Origem. Alega também que os quantitativos de contratos são sempre baseados em estimativas, que variam, mas sempre estão próximas da realidade. Por fim, afirma que as questões relativas ao empenhamento e às publicações eram de total responsabilidade da Autarquia Hospitalar Municipal.

Wilson Modesto Pollara, na qualidade de ex-Superintendente da Autarquia, que firmou o Contrato em análise e seu primeiro aditamento, apresentou manifestação em que solicita sejam considerados esclarecimentos que vierem a prestados pelas instâncias competentes da Secretaria Municipal de Saúde, por aplicação da teoria do órgão do direito administrativo.

Tânia Maria Pimentel Pedroso, na qualidade de Chefe de Gabinete da Autarquia Hospitalar Municipal entre 02/01/2017 e 23/07/2018, firmou o segundo aditamento contratual e apresentou defesa em que trouxe um histórico de alterações nos cargos de direção da Autarquia, desde 2014, de modo a justificar a demora na realização de uma nova licitação. Afirma que quando assumiu a Chefia e Gabinete tinha como objetivo substituir todas as contratações emergenciais e regularizar os processos licitatórios até o final de 2018.

Especificamente em relação aos apontamentos, trouxe os seguintes argumentos baila: (i) quanto à publicação extemporânea dos atos e à intempestividade das Notas de Empenho, informou que o prazo não pôde ser cumprido devido a problemas de execução orçamentária e liberação de recursos que não eram de responsabilidade da Autarquia; (ii) acerca da ausência de justificativa para os quantitativos contratados, informa que a orientação jurídica à época dos fatos era no sentido de que a contratação emergencial de serviços contínuos deveria manter o Termo de Referência da contratação finda, sustenta que as variações dos quantitativos devem ser tidas como aceitáveis, pois a execução do contrato depende do número de pacientes internados; (iii) quanto à comparação entre os preços praticados no contrato analisado e aqueles constantes do CADTERC, afirma que não há identidade perfeita do objeto a permitir a plena comparabilidade dos preços e que a justificativa de preço exigida pela Lei Federal n.º 8.666/93 foi observada, pois a contratação foi efetivada com valor menor que aquele encontrado nos preços praticados pelo mercado, conforme pesquisa de preços; (iv) considerando que a Municipalidade não mantém banco de preços – como previsto pelo Decreto Municipal n.º 44.279/03 –, pontua o entendimento de que a consulta direta é método válido de aferir o preço a ser contratado.

Finaliza pontuando que eventuais falhas verificadas são formais e que

não devem impedir o acolhimento do ajuste e seus aditamentos.

A Origem apresentou defesa que trouxe os seguintes esclarecimentos: (i) o quantitativo constante da contratação emergencial foi baseado nos quantitativos históricos de 2009 a 2017, incluídos os últimos doze meses anteriores à contratação, e levou em consideração também informações dos Serviços de Nutrição e Dietética dos Hospitais que davam conta se a contratação então vigente era suficiente ou não para o atendimento das demandas das unidades hospitalares e das Unidades de Pronto Atendimento; (ii) a contratação emergencial ocorreu pela suspensão de procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas do Município, mas também por trocas na direção da Autarquia Hospitalar Municipal, restrições orçamentárias que demandavam redimensionamento do objeto da contratação e a necessidade de manter a prestação dos serviços; (iii) não foi possível usar os referenciais do CADTERC em razão das especificidades da contratação, mas o preço contratado está abaixo do valor estimado pela pesquisa de mercado realizada; (iv) a intempestividade no empenhamento ocorreu por indisponibilidade orçamentário-financeira que demandou atuação junto à Secretaria da Fazenda.

Analisando as defesas, a Auditoria pronunciou-se afastando o apontamento do item 16.1, em relação ao termo contratual, considerando que os quantitativos contratados foram devidamente justificados. Os demais apontamentos foram mantidos, considerando que as defesas não trouxeram elementos novos que fossem capazes de alterar as conclusões do Relatório inicial.

Passando à manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, o parecer foi emitido pelo Assessor Subchefe que alertou que a orientação atual da doutrina e da jurisprudência, em casos de contratações emergenciais, é de reconhecer a necessidade da contratação, sem prejuízo de concomitantemente também reconhecer a existência de falha da Administração e determinar a apuração de responsabilidades. Não obstante, acompanhou o entendimento da Auditoria sobre a manutenção dos apontamentos de irregularidade, à exceção do item 16.1 e das infringências relativas à publicação extemporânea do Contrato e de seus Termos Aditivos.

Nesse sentido, opina que em situações excepcionais, como esta em análise, nas quais resta caracterizado que a falha ou a inércia do Administrador causou ou agravou o risco de uma contratação que não atende aos requisitos da urgência, é necessário responsabilizar o agente público, mas a contratação deve ser preservada, face à essencialidade da prestação dos serviços.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se acolhendo, de plano, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo no que tange ao reconhecimento da emergência, do que decorreria a desnecessidade de não anulação do ato

administrativo praticado. Pondera que os aspectos formais não devem se sobrepor ao objetivo maior da contratação, que era uma prestação de serviços indispensável e foi executada de forma adequada. Por derradeiro, sustentou inexistência de prejuízo ao Erário e que os agentes públicos agiram de boa-fé, de modo que pugnou pelo acolhimento dos atos em exame, ou, subsidiariamente, pela aceitação dos efeitos produzidos pela contratação.

Por fim, encerrando a instrução processual do TC 72.002.323/18-02, a Secretaria Geral acompanhou a Assessoria Jurídica de Controle Externo quanto à necessidade de se dissociar a falha de planejamento da Administração da efetiva necessidade de se contratar em caráter emergencial. Não obstante, opinou pela irregularidade do Contrato Emergencial 064/2017 e seus Termos Aditivos 001/2017 e 001/2018, visto que mantidos os apontamentos iniciais de Auditoria, à exceção do item 16.1.

É o relatório.

V O T O

Os processos ora em julgamento foram originados da constatação efetuada no TC 5013/2018, de minha Relatoria, de que o Pregão Eletrônico 175/2018/AHM havia sido revogado pela Origem e que seu objeto – os serviços de nutrição e alimentação de 11 (onze) hospitais e 2 (duas) unidades de pronto atendimento – estava sendo executado por meio de seguidos contratos emergenciais.

Assim, para avaliar se os Contratos Emergenciais ora em julgamento poderiam ter sido realizados por uma contratação direta, com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.666/93, faz-se necessário efetuar um breve retrospecto histórico dos fatos.

A última contratação originada de uma licitação, que tinha por objeto a prestação de serviços de alimentação e nutrição hospitalar, encerrou-se em fevereiro de 2016. A partir de 1º de março daquele ano, a Autarquia Hospitalar Municipal passou a firmar contratações emergenciais sucessivamente até ser extinta, nos termos do art. 45 da Lei Municipal n.º 17.433 de 29 de julho de 2020.

À época em que estes primeiros contratos emergenciais foram firmados, não havia licitação em andamento. Apenas em 29 de julho de 2016 – quase seis meses após o fim dos contratos licitados – foi publicado o edital do Pregão Presencial 198/2016/AHM.

Neste Tribunal, foi instaurado acompanhamento do edital da licitação aludida, no TC 5.092/2016, de Relatoria do Conselheiro João Antônio e diante dos apontamentos da Auditoria, a Origem revogou o certame conforme publicação no Diário Oficial de 26 de novembro de 2016. A Autarquia Hospitalar Municipal fez constar do SEI 6110.2016/0001529-2

que a revogação se fazia necessária para que a minuta do edital do certame fosse revista à luz das infringências verificadas por esta Corte.

Passaram-se 18 (dezoito) meses desde a dita revogação, até que o Pregão Eletrônico 175/2018/AHM visse a ter seu instrumento convocatório publicado aos 22 de junho de 2018. Foi instaurado novo acompanhamento do edital, nessa oportunidade, por minha Relatoria, no TC 5013/2018. Foram constatadas infringências significativas[2] e a Equipe Auditora concluiu que o certame não tinha condições de prosseguimento, apesar de haver decorrido lapso temporal suficiente para a correção das falhas encontradas na licitação.

Neste ponto, a Autarquia Hospitalar Municipal estava já há mais de 2 (dois) anos firmando contratos emergenciais, e, portanto, deveria haver envidado esforços para corrigir as falhas do Pregão Eletrônico 175/2018/AHM. Não obstante, a Origem não só não tomou providências neste sentido, como também revogou o Pregão Eletrônico 175/2018/AHM aos 28 de agosto de 2018 e firmou os contratos emergenciais ora em julgamento.

O lapso temporal decorrido de 2 (dois) anos constituía tempo suficiente para a Autarquia Hospitalar Municipal rever seus procedimentos, adequar os instrumentos convocatórios e encerrar processo licitatório para os serviços de nutrição e alimentação hospitalar. Não se tratava de serviço com implantação ou terceirização recente – várias outras licitações haviam ocorrido anteriormente com o mesmo objeto. Nem se tratam esses dois anos de período em que os certames ficaram suspensos por esta Corte. A Origem optou, nas duas oportunidades, por revogar os certames, de modo que não prosseguiu na instrução do processo de fiscalização, o que poderia viabilizar a retomada da licitação e a sua conclusão.

---

[2] "Do exposto, concluímos que o Edital de Pregão Eletrônico nº 0175/2018, deflagrado pela Autarquia Hospitalar Municipal - AHM, cuja sessão pública de abertura está prevista para as 9 horas do dia 10.07.2018, não reúne condições de prosseguimento, tendo em vista a relevância das seguintes infringências/impropriedades: 4.5. Insuficiência da justificativa apresentada para os quantitativos licitados e para a configuração dos itens licitados, em ofensa ao princípio constitucional da motivação, implícito na Constituição Federal, e expresso artigo 3º, inciso I, da LF nº 10.520/02 e no artigo 2º, I, do DM 44.279/03 (item 3.3.1); 4.6. Exigência indevida de vistoria obrigatória e a comprovação de realização por meio do atestado como requisito de qualificação técnica, o que restringe a competitividade do certame, visto que não restou demonstrado que a exigência é imprescindível à elaboração de propostas e à execução do objeto (item 3.3.2); 4.7. Ausência de exigência editalícia de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, infringência ao artigo 7º, inciso II do parágrafo 2º, da LF nº 8.666/93 (item 3.3.3); 4.8. A pesquisa de mercado realizada é insubsistente para a determinação do valor referencial da licitação, em infringência ao artigo 4º do DM nº 44.279/03 (item 3.3.3); 4.9. Inexistência de reserva orçamentária para o exercício, infringência ao artigo 7º, IV do DM nº 46.662/05 (item 3.3.4); Demais infringências/impropriedades constatadas: 4.10. Não há nos autos a justificativa para a adoção dos índices estabelecidos na qualificação econômico-financeira, contrariando a previsão do § 5º do artigo 31 da LF 8.666/93 (subitem 3.3.5); 4.11. Critério para aferição do patrimônio líquido com base nos valores estimados e cotados pela licitante, contrariando art. 31, §3º da LF 8.666/93, que determina a aferição com base no valor estimado da contratação (item 3.3.5); 4.12. Falta de justificativa para a utilização do DRIs – Dietary Reference Intakes como referência para as prescrições dietéticas (subitem 3.3.6); 4.13. O edital não foi assinado eletronicamente, em desacordo com o art. 40, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93 e com o art. 19, §2º do Decreto Municipal nº 44.279/03 (subitem 3.3.7); 4.14. Não foi justificada a vedação à participação de consórcios públicos (subitem 3.3.7)".

Tribunal de Contas DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Embora seja necessário, ao fazer a interpretação de normas sobre gestão pública, considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, nos termos do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no caso em tela, não foi comprovado qualquer óbice intransponível ou extraordinariamente oneroso à correção dos editais de licitação. Veja-se que as relevantes falhas suscitadas eram referentes ao refazimento da pesquisa de preços para estabelecimento do referencial da licitação, à necessidade de esclarecimento ou justificativa para uso do padrão internacional DRI - *Dietary Reference Intakes*, e aos quantitativos licitados que precisariam refletir o consumo histórico dos itens, ou, pelo menos, do contrato mais recente.

Em suma, não há explicação para que a Origem revogue seguidamente certames para correções e demore tanto tempo para se adequar aos apontamentos desta Corte de Contas. Em se tratando de um serviço que é comum, esta já deveria ter parâmetros adequados para realizar a licitação, ou, ao menos, as informações necessárias para a devida formatação do certame.

E, ainda, se hipoteticamente a Origem não tivesse tais parâmetros, poderia ter se valido de referências técnicas existentes há muito tempo e disponíveis, como o Volume 7 dos Cadernos Técnicos de Serviços Terceirizados do Governo Estado de São Paulo, que trata especificamente de Serviços de Nutrição e Alimentação Hospitalar. Esse parâmetro é utilizado pelo Governo do Estado de São Paulo e pelos 644 Municípios do Estado de São Paulo que se submetem ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que exige o uso desta referência. Bastaria realizar a adaptação do modelo às unidades da Municipalidade, sem custos adicionais à Autarquia Hospitalar Municipal.

Não se discute que a regra estabelecida pela Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, é a da adoção de prévio procedimento licitatório para a celebração de contratos, configurando-se como exceções as hipóteses de contratação direta. No caso em tela, as contratações emergenciais examinadas deixaram de ser excepcionais e passaram a ser rotineiras na Autarquia Hospitalar Municipal, ao arrepio do texto constitucional.

É incontestável que os serviços de nutrição e alimentação hospitalares são essenciais e não podem ser interrompidos. Mas, no entanto, exatamente por esse motivo, a Autarquia Hospitalar Municipal deveria ter cumprido sua obrigação de planejar e licitar a contratação com o devido rigor técnico. A situação emergencial foi decorrente da própria falta de planejamento e da inércia da Origem, que somente iniciou a primeira tentativa de licitar o objeto 6 (seis) meses após extinta a contratação anterior e não envidou esforços em corrigir os editais que apresentavam falhas.

No caso em tela, concluo, então, que se configura emergência ficta em todas as contratações diretas ora examinadas, que devem ser julgadas irregulares. Neste ponto, não acolho o posicionamento do Assessor Jurídico Subchefe no sentido de que as contratações

emergenciais eram necessárias e, por isso, os contratos devem ser julgados regulares e promovidas as apurações de responsabilidade cabíveis.

Esse entendimento, esposado pelo Tribunal de Contas da União, não foi adotado por esta Corte de Contas, que têm julgado irregulares os contratos emergenciais decorrentes da hipótese de emergência ficta.[3] No sentido de que a emergência ficta macula a contratação, também se posiciona o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que não aceita a justificativa da imprescindibilidade do serviço ou a existência de decisão judicial ou controladora como fundamento que justifique a contratação emergencial direta, como bem resume esse artigo:[4]

> *Tal justificativa não tem sido aceita pelo Tribunal de Contas Bandeirante já há muito tempo. Isso porque a Corte entende a imprevisibilidade do fato que motiva a realização da contratação direta como requisito essencial para que esta se adeque à exceção inscrita no art. 24, inciso IV, da Lei Geral de Licitações e considera a paralisação de licitações por inadequações no instrumento convocatório ou pela inobservância dos ditames legais na fase interna como situação previsível,* ***além de encará-la como evidência da desídia e da falta de planejamento da Administração*** *(...) Outra evidência que tem reforçado o juízo de irregularidade das contratações emergências refere-se à* ***existência de sucessivas contratações da mesma natureza ou com a mesma finalidade, ocorrida antes ou depois do período analisado*** *pelo E. Tribunal de Contas.* (grifei).

Em conclusão, o juízo deve ser de irregularidade dos contratos emergenciais e seus respectivos aditivos, devendo ser sopesadas as consequências jurídicas e administrativas da decisão controladora, nos termos do art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como eventual responsabilização, nos termos do art. 28 do mesmo diploma.

Pois bem, em relação às consequências da decisão, esclareça-se que este estado de coisas irregular prosseguiu após a revogação do Pregão Eletrônico 175/2018/AHM em 28 de agosto de 2018. A Origem somente foi lançar um novo certame aos 11 de junho de 2019, com a publicação do edital do Pregão Eletrônico 83/2019/AHM.

Neste caso, o certame foi acompanhado pelo Conselheiro Relator Edson

---

[3] Como exemplo podemos citar os seguintes processos: TC 1978/2006, TC 488/2013, 315/2008.

[4] Ver o artigo: *"A visão do TCE-SP sobre as contratações emergenciais"*, de autoria de Renata Fiori Pucetti e Mayara Oliveira Torres da Silva, *in* **Tribunais de Contas em Ação**, São Paulo: Quartier Latin, 2021, organizado por Guilherme Jardim Jurksaitis e Livia Marques de Almeida.

Simões nos TCs 4.187/2020 e 4.188/2020, em que finalmente o certame prosseguiu, após ajustes no edital. No entanto, ocorreu uma falha na sessão pública em relação a um dos lotes licitados – o total era de 11 lotes. A decisão do Plenário desta Corte foi para que o Pregão Eletrônico 83/2019-AHM prosseguisse em relação aos 10 lotes que se encontravam regulares, até mesmo com a efetivação de contratação, excetuando-se apenas o lote objeto de impugnação.

No entanto, a Origem preferiu revogar a licitação em sua integralidade, o que inescapavelmente deu prosseguimento aos contratos emergenciais sem licitação. A Autarquia Hospitalar Municipal foi extinta, como já dito, em 2020 e seus serviços foram assumidos pela Secretaria Municipal de Saúde que, por sua vez, não ultimou processo licitatório para a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalares e segue fazendo contratações emergenciais.

Conforme consta do processo SEI 6018.2022/0008734-0,[5] foram firmados novos contratos emergenciais, ***com as mesmas empresas que são contratadas de forma direta há 6 (seis) anos***, que estarão em vigência até o dia 30 de agosto de 2022, próximo futuro. Assim, há que se fazer determinação no sentido de que a Secretaria, com urgência, realize processo licitatório.

Por fim, quanto à responsabilização dos agentes públicos, a Auditoria identificou que os contratos e aditivos ora examinados foram autorizados e firmados pelo Superintendente e pela Chefe de Gabinete da extinta Autarquia Hospitalar Municipal, que foram devidamente intimados a participar do processo em contraditório.

Em relação às condutas de ambos os agentes, foi possível constatar que estes estavam cientes da situação – ausência de licitação – e não tomaram quaisquer providências para sanar os problemas em tempo hábil, optando por dar seguimento às contratações emergenciais. Nenhuma das defesas apresentadas trouxe comprovação de fatores que justificariam a demora em licitar os serviços de nutrição e alimentação hospitalares e afastariam a responsabilidade pessoal.

Diante do exposto, **JULGO IRREGULARES** os Contratos Emergenciais 64/2017; 65/2017; 66/2017; 82/2017; 83/2017; 84/2017; 85/2017; 86/2017; 87/2017; 88/2017 e 89/2017 e seus respectivos Termos Aditivos.

APLICO MULTA aos ex-servidores Wilson Modesto Pollara e Tânia Maria Pimentel Pedroso, no valor de R$ 921,99, nos termos da Portaria GAB/SG 01/2022.

---

[5] Contrato 023/2022/SMS-1/CONTRATOS, entre a Secretaria Municipal de Saúde e a empresa APETECE Sistemas de Alimentação S/A; Contrato 024/2022/SMS-1/CONTRATOS, entre a Secretaria Municipal de Saúde e a empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda.; Contrato 025/2022/SMS-1/CONTRATOS com a empresa RC Nutry Alimentação Ltda.

PROPONHO ao Relator da Função Saúde, o Conselheiro Eduardo Tuma, que **DETERMINE** que a Secretaria Municipal de Saúde **PROMOVA IMEDIATAMENTE** pregão eletrônico para os serviços de nutrição e alimentação para os 11 (onze) hospitais municipais e para as 2 (duas) unidades de Pronto Atendimento, informando que o Pregão Eletrônico 450/2022-SMS.G foi suspenso pela Secretária Municipal de Saúde e está sendo fiscalizado no eTCM 9.002/2022.

OFICIE-SE ao Ministério Público do Estado de São Paulo e à Controladoria Geral do Município, encaminhando cópia integral dos processos.

DEIXO DE EXAMINAR os efeitos financeiros produzidos pelas avenças em julgamento, por ter sido realizada apenas a análise formal nestes processos, e pelo fato de haver processos que examinam especificamente cada uma das respectivas execuções contratuais.

Plenário Conselheiro **PAULO PLANET BUARQUE, 31 de agosto de 2022.**

MAURICIO FARIA
Conselheiro

CRB