ACO-UTR-160/2025

Processo - TC/005327/2021
Contratante - Secretaria Municipal da Saúde
Contratada - RC Nutry Alimentação Ltda.
Contrato Emergencial 40/2021-SMS-1/Contratos R$ 24.724.814,93
Objeto - Prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, visando ao 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 Professor Dr. Alípio Correa Neto, Hospital Municipal Dr. José Soares Hungria, Hospital Municipal e Maternidade Dr. Mario Degni, Hospital Municipal Tide Setúbal, Hospital Municipal Dr. Waldomiro de Paula, Hospital Municipal Dr. Fernando Mauro Pires da Rocha e Unidade de Pronto Atendimento Municipal de Campo Limpo

61ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SMS. NUTRIÇÃO E ALIMENTAÇÃO. HOSPITALAR. 1. Em tempos de pandemia os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo devem ser considerados. Art. 22, LINDB. Precedente TC/006500/2020. REGULAR excepcionalmente. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, diante da situação emergencial da COVID-19 e com fundamento no art. 22 da Lei 13.655/2018, em julgar excepcionalmente regular o Contrato Emergencial 40/2021-SMS.1/Contratos.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, JOÃO ANTONIO e RICARDO TORRES.

São Paulo, 18 de dezembro 2024.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
EDUARDO TUMA – Relator

/cv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 26/03/2025 16:32:12 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 26/03/2025 17:03:26 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

61ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL
Item 106 – Pleno

TC 5327/2021 – Análise
Objeto: Contrato Emergencial 40/2021-SMS-1/Contratos R$ 24.724.814,93 - Prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, visando ao 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 Professor Doutor Alípio Correa Neto, Hospital Municipal Doutor José Soares Hungria, Hospital Municipal e Maternidade Doutor Mario Degni, Hospital Municipal Tide Setúbal, Hospital Municipal Doutor Waldomiro de Paula, Hospital Municipal Doutor Fernando Mauro Pires da Rocha e Unidade de Pronto Atendimento Municipal de Campo Limpo.
Interessados: Secretaria Municipal de Saúde e RC Nutry Alimentação Ltda. –
ecretaria Municipal da Saúde
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o TC 5.327/2021 da análise do Termo de Contrato nº 040/2021/SMS-1/CONTRATOS, celebrado entre a Secretaria Municipal de Saúde - SMS e a empresa RC Nutry Alimentação Ltda., decorrente de dispensa de licitação, em caráter emergencial, com base no artigo 24, IV, da Lei Federal n. 8.666/93, tendo por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar.

A **Secretaria de Controle Externo – SCE**, por sua **Coordenadoria IV**, elaborou o Relatório de Análise de Contratação, o qual apresentou a seguinte conclusão (peças 36/38):

> *"**3. CONCLUSÃO (Item 16 do Relatório de Análise)***
> *Com base nas análises efetuadas, quanto aos aspectos legal, formal e de mérito, concluímos que o Termo de Contrato Emergencial nº 040/2021/SMS-1/CONTRATOS apresenta as seguintes irregularidades:*
> ***3.1** - 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**).*
> ***3.2** - Não foi caracterizada a situação emergencial que justifique a contratação por dispensa de licitação realizada com fulcro no inciso IV do artigo 24 da LF nº 8.666/93 (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF nº 8.666/93 (**Item 14.3**).*
> ***3.3** - O preço contratado não está devidamente justificado, pois o valor mensal estimado da presente contratação para os itens comparáveis (R$ 2.305.097,52) é 20% superior ao do CadTerc (R$ 1.919.888,85) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF nº 8.666/93 e artigo 12 do DM nº 44.279/03) (**Item 14.5**)."*

Expedido ofício à Secretaria Municipal de Saúde – SMS, para ciência e manifestação, essa Pasta apresentou resposta às peças 45/46 dos autos, sobre a qual se manifestou a Auditoria ratificando suas conclusões anteriores (peça 49).

Determinada nova expedição de ofício para a SMS, bem como a intimação da empresa RC Nutry Alimentação Ltda., para ciência e manifestação, as respectivas respostas encontram-se às peças 79/80 e 76/78 que, submetidas à análise da **Auditoria** exposta no relatório de peça 84, nos termos seguintes:

> *"**2. ANÁLISE***
> ***2.1.Fragilidade na justificativa apresentada, visto que a quantidade mensal estimada não está justificada por relatórios do efetivo consumo da unidade (Infringência ao artigo 26, caput da LF nº 8.666/93 e artigo 12 do DM nº 44.279/03) (item 3.1 - peça 38, fl. 09)***
> *Manifestação da Origem*
> *A Origem não se manifestou em relação a esse item.*
> *Manifestação RC Nutry Alimentação Ltda. (peça 76, fls. 11/12)*
> 21. Em referência a esta irregularidade apontada, ressalta-se que, conforme manifestado pela Municipalidade, os quantitativos presentes no Contrato Emergencial em análise seguiram os mesmos quantitativos estabelecidos nos outros Contratos emergenciais para as unidades objeto do contrato analisado.
> 22. Ou seja, os referidos quantitativos seguiram o histórico do órgão, sendo estabelecidos conforme a demanda histórica da Origem, consoante verifica-se da análise dos contratos pretéritos, conforme informado pela Administração Pública em sua manifestação a este E. Tribunal de Contas.
> 23. Ademais, cumpre esclarecer, que a contratação em pauta se refere ao período de março a setembro de 2021, momento em que o Brasil se encontrava em meio a uma das maiores crises sanitárias do último século, a pandemia do COVID-19, enfrentando inúmeras variações nos atendimentos médicos, internações, aumento de funcionários, entre outras situações pontuais causadas pela crise.
> 24. Todas as contratações vêm sofrendo oscilações secundárias à constante mudança de organização e readaptação da Rede Hospitalar para o enfrentamento da pandemia do Covid-19, que variam mês a mês a depender da taxa de contaminação, presença de outras variantes, vacinação etc.
> 25. Conforme explicou a Municipalidade (SEI 6018.2021/0045762-6 / pg. 1), "Qualquer quadro de estimativa seria meramente demonstrativo frente a flutuação exposta e mudança de perfil e leitos periódicos realizados nos Hospitais para atender a pandemia vigente e provavelmente não atingiria a compatibilidade desejada."
> 26. Isso é, mesmo com as variações mencionadas, os quantitativos se mantiveram próximos da quantidade efetivamente realizada, sendo que a variação média da contratação fora de 20%, em relação ao efetivamente faturado.
> 28. Ainda mais, a Peticionária apenas tem a função de cumprir as cláusulas contratuais, sem a poder e a competência de definir o quantitativo a ser ofertado, fornecendo somente aquilo que é determinado pelo Município.
> *Análise da Coordenadoria*
> *A Origem não se manifestou em relação a esse ponto.*
> *A Contratada afirma que a responsabilidade de definir o quantitativo é da Origem, alegando, porém, que os quantitativos seguiram o histórico do órgão por ser os mesmos estabelecidos nos outros contratos emergenciais.*

A Contratada afirmou, ainda, que os quantitativos se mantiveram próximos à quantidade efetivamente realizada, para alegar sua adequação, e argumentou sobre o impacto, na previsibilidade de consumo, do período de realização do contrato, que ocorreu durante a pandemia de Covid-19 (março a setembro de 2021).

Ainda que considerados os impactos da pandemia de Covid-19, a estimativa de consumo deve ser adequadamente documentada nos autos do processo administrativo, com as respectivas memórias de cálculo. Nesse sentido, há decisão do TCU em seu Acórdão 1335/2020-Plenário:

Os processos de contratação relacionados ao enfrentamento da crise do novo coronavírus (covid-19) devem ser instruídos com a devida motivação dos atos, por meio, no mínimo, de justificativas específicas acerca da necessidade da contratação e da quantidade dos bens ou serviços a serem contratados, com as respectivas memórias de cálculo e com a destinação a ser dada ao objeto contratado (art. 4º-E, § 1º, da Lei 13.979/2020).

Diante da ausência de documentação da memória de cálculo dos quantitativos estimados no processo da contratação e de manifestação da Origem sobre este ponto, ratificamos a conclusão inicial.

2.2.Não foi caracterizada a situação emergencial que justifique a contratação por dispensa de licitação realizada com fulcro no inciso IV do artigo 24 da LF nº 8.666/93 (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF nº 8.666/93 (Item 3.2 - peça 38, fl. 09)

Manifestação da Origem

A Origem não se manifestou em relação a esse item.

Manifestação RC Nutry Alimentação Ltda. (peça 76, fls. 12/16)

30. Em que pese a suposta irregularidade na contratação por meio de dispensa a licitação ser questão que se refere tão somente a Administração Pública, tendo em vista que a análise e a escolha pelo tipo de licitação ou pela sua inexigibilidade ou dispensa da mesma ser competência do Ente Público, a Peticionária privando pelo andamento regular do processo e pela boa-fé apresenta fatos e argumentos que rebatem a conclusão da Relatoria.

[...]

39. A necessidade da contratação emergencial fundamenta-se no fato de que a Municipalidade não pode incorrer na interrupção dos serviços essenciais envolvidos, pois são imprescindíveis para o funcionamento das unidades hospitalares e pacientes deles usuários, sob pena de grande dano à saúde pública, conforme brilhantemente justificado pelo Município no Processo Administrativo que deflagrou o Contrato Emergencial nº 040/2021.

[...]

Assim, a Municipalidade observou as determinações necessárias e justificou-as de modo a deixar demonstrado a parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano, pois são pagas a Peticionária apenas as refeições consumidas o que abrange a necessidade que o caso demanda e, que comprovou sem ambages a impossibilidade de se esperar o tempo necessário à realização de procedimento licitatório, em razão dos riscos a saúde pública e do regular funcionamento das unidades hospitalares.

Análise da Coordenadoria

A Origem não se manifestou em relação a esse item.

A Contratada menciona, inicialmente, que a competência quanto à escolha de dispensa de licitação é da Administração Pública, apresentando, porém, argumentos no sentido de sua regularidade, relacionados à essencialidade e impossibilidade de interrupção dos serviços objeto da contratação.

Conforme histórico apresentado à peça 37, fl. 3, não restou justificada a ausência de realização do devido procedimento licitatório por mais de 5 anos, não sendo caracterizada a situação emergencial que justifique a contratação por dispensa de licitação.
Ratificamos a conclusão inicial.

2.3.O preço contratado não está devidamente justificado, pois o valor mensal estimado da presente contratação para os itens comparáveis (R$ 2.305.097,52) é 20% superior ao do CadTerc (R$ 1.919.888,85) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF nº 8.666/93 e artigo 12 do DM nº 44.279/03) (Item 3.3 - peça 38, fl. 10)

Manifestação da Origem (peça 79 e peça 80, fl. 12)

Em complemento às informações prestadas por meio do Ocio 1610 SMS.G DAOC 2021, estamos apresentando os esclarecimentos referentes ao item 2.3 constantes da análise do Contrato Emergencial nº 040/2021/SMS-1/CONTRATOS efetuada pela área de Fiscalização e Controle dessa Digna Corte de Conta.

A Origem nesse ponto trouxe a cópia da defesa apresentada pela RC Nutry Alimentação Ltda à peça 76 (fls. 01/11 da peça 80) e acrescentou (peça 80, fl. 12):

Em atenção ao solicitado por esta Coordenadoria através do SEI (055651 828), essa Diretoria de Pesquisa de Preços já apresnetou manifestação quanto ao apontamento da utilização dos preços referenciais do CadTerc, conforme SEI (048953645).

Importante ressaltar que, essa Diretoria apontou no documento de justificativa SEI (054337774) que "Para o pleno atendimento do aponta do pelo TCM em seu relatório, se faz necessário notifica a Contratada para apresentar planilha de composição de preços justificando o valor superior ao do CadTerc."

Ratificamos ainda, que essa Diretoria adotou as providências de pesquisa de mercado nos termos da Legislação Municipal, em especial o Decreto 56.81 8/1 6, sendo nos autos do PA SEI nº 6110.2021 /0002049-0, foi juntado o Quadro Comparativo de Preços ofertados pelas empresas (Documento SEI nº 040367476) e que na sequência a administração procedeu renegociação dos valores ofertados, conforme mencionado pela Comissão de Avaliação de Tecnologia em Saúde em Documentos SEI (040453754), cumprindo nosso papel de servidores públicos em respeito ao erário.

De análise do documento apresentado pela Contratada SEI (054616211) esclarecemos que se trata de justificativa comparativa dos itens técnicos do objeto contratado, por esta razão, sugerimos a área técnica requisitante para análise e manifestação. (grifo no original)

Manifestação RC Nutry Alimentação Ltda. (peça 76, fls. 5/10)

9. Inicialmente, o TCM/SP aponta que o preço contratado não estaria justificado, sendo que esta encontrou valores supostamente 20% superior ao CadTerc, motivo pelo qual aponta a irregularidade da matéria.

10. Contudo o CadTerc, não pode ser parâmetro para analisar o preço contratado, uma vez que, além de ter sido utilizado o índice CadTerc Data-base Junho/19, com quase 2 (dois) anos de diferença em relação ao contrato ora analisado, referida tabela não possui todos os critérios estabelecidos no Termo de Referência do Contrato.

11. Deste modo, somente corrigindo os valores pelo Índice CadTerc 2020, verifica-se uma diferença que ultrapassa 6% e em algumas refeições, até mais, o que deixa o valor do CadTerc mais próximo ainda do valor ofertado pela Peticionária.

12. Cabe salientar ainda que a última atualização do CadTerc ocorreu em 2020, tendo em vista que o índice de 2021 do CadTerc ainda não foi publicado, demonstrando que o preço de referência para comparação ainda se encontra muito defasado.

13. A diferença apontada, ainda, deverá levar em consideração os diferentes critérios de contratação do CadTerc e os do Contrato entre as partes, sendo que a Contratante exige da Contratadas padrões de prestação de serviços muito superiores aos do CadTerc, o que acaba causando a diferença de preço apontada.
14. Segue, abaixo tabela referencial com apenas algumas diferenças entre os serviços prestados para a Administração Pública de São Paulo e para o Estado (CadTerc):
[...]
15. Não obstante, o próprio relatório conclusivo do Tribunal de Contas aduziu que o critério utilizado (CadTerc) não é plenamente confiável, uma vez que este, além de não possuir todos os itens contratados, não apresenta, em muitos dos casos, a mesma unidade de medida para todos os itens.
16. Outrossim, a Administração Pública, através do seu setor responsável asseverou em sua resposta ao relatório preliminar que segundo prevê o Decreto Municipal 56.818/16, em seu artigo 4º, "A pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral consistirá em consulta ao banco de preços de referência mantido pela Prefeitura" ou na hipótese dos produtos ou serviços não constarem no banco de preços mantido pela Prefeitura poderão ser utilizados outros parâmetros, senão vejamos:
[...]
17. No caso em tela foram solicitados orçamentos para empresas do ramo que prestam ou já prestaram o serviço para Administração Pública, com o intuito de balizar os preços ofertados no procedimento licitatório e compor a pesquisa de mercado, conforme propostas carreadas ao Processo Administrativo. 18. Ademais, a Administração Pública também apontou em sua resposta ao Relatório da Coordenadoria:
[...]
18. Neste diapasão, conforme breve explanação de fatores na tabela acima, não só as unidades de medida são incompatíveis, como também a composição dos itens, sendo que, por diversas vezes, a composição exigida pela Secretaria Municipal de Educação apresenta valor muito superior ao referencial da CadTerc, conforme demonstrado alhures.
Análise da Coordenadoria
A Contratada afirma que a correção dos índices pelo CadTerc 2020 (data-base junho/2020, divulgado em novembro de 2021), ocasiona uma diferença que ultrapassa 6% e, em algumas refeições, até mais, o que deixa o valor do CadTerc mais próximo do valor ofertado pela Peticionária, e que este ainda estaria defasado em relação ao início da contratação, em março de 2021. Em que pesem as alegações trazidas, a Contratada não apresentou planilha de composição de preços para justificar o valor da contratação.
Ademais, a Contratada fez uma análise qualitativa dos itens do Contrato, a fim de demonstrar as diferenças do objeto que não permitiriam a plena comparação com o CadTerc. Contudo, cabe observar que o DM nº 58.400/18, estabeleceu, em seu art. 2º, que as especificações técnicas dos serviços contínuos, com alocação de mão de obra não eventual, terão como base os Estudos Técnicos de Serviços Terceirizados do Governo do Estado de São Paulo – CadTerc, observadas as demais normas municipais de regência, o que deveria ser observado pela SMS na formatação do objeto.
Observa-se, ainda, que não foram apresentadas justificativas acerca da fragilidade identificada na pesquisa de preços, considerando ter sido mantida repetidamente a distribuição das unidades hospitalares entre as empresas que detinham os contratos emergenciais anteriores desde 2016, apesar da consulta direta realizada a 06 fornecedores para celebração do contrato emergencial.

> ***3. CONCLUSÃO***
> *Da análise da documentação acrescida, ratificamos integralmente as conclusões alcançadas no relatório inicial da auditoria às peças 36/38."*

A **Assessoria Jurídica - AJ**, à peça 86, formulou seu parecer opinando "*pela irregularidade do **Termo de Contrato nº 040/2021/SMS-1/CONTRATOS**, tendo em vista a manutenção das infingências constatadas pela Auditoria (**peças 36/38, 49 e 84**), sem prejuízo das recomendações que o Exmo. Conselheiro Relator considerar necessárias."*

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, opinou pelo acolhimento da contratação ou, ao menos, pelo reconhecimento dos efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais produzidos pelo ajuste (peça 90).

A **Secretaria Geral – SG**, à peça 92, firmou seu entendimento opinando "*pela IRREGULARIDADE do Termo de Contrato nº 040/2021/SMS-1/CONTRATOS, celebrado entre a Secretaria Municipal de Saúde - SMS e a empresa RC Nutry Alimentação, sem* prejuízo das determinações que o Nobre Conselheiro Relator entender pertinentes."

É o relatório.

VOTO

Cuida o TC 5.327/2021 da análise do Termo de Contrato nº 040/2021/SMS-1/CONTRATOS, celebrado entre a Secretaria Municipal de Saúde - SMS e a empresa RC Nutry Alimentação Ltda., decorrente de dispensa de licitação, em caráter emergencial, com base no artigo 24, IV, da Lei Federal n. 8.666/93, tendo por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar.

O processo foi devidamente instruído, com manifestação dos órgãos técnicos deste Tribunal, da Origem e dos interessados.

A **Secretaria de Controle Externo – SCE**, por sua **Coordenadoria IV**, elaborou o Relatório de Análise de Contratação, o qual apresentou a seguinte conclusão (peças 36/38):

> *"**3. CONCLUSÃO (Item 16 do Relatório de Análise)***
> *Com base nas análises efetuadas, quanto aos aspectos legal, formal e de mérito, concluímos que o Termo de Contrato Emergencial nº 040/2021/SMS-1/CONTRATOS apresenta as seguintes irregularidades:*
> ***3.1** - 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**).*
> ***3.2** - Não foi caracterizada a situação emergencial que justifique a contratação por dispensa de licitação realizada com fulcro no inciso IV do artigo 24 da LF nº 8.666/93 (Infringência ao inciso I do parágrafo único do artigo 26 da LF nº 8.666/93 (**Item 14.3**).*

> ***3.3*** *- O preço contratado não está devidamente justificado, pois o valor mensal estimado da presente contratação para os itens comparáveis (R$ 2.305.097,52) é 20% superior ao do CadTerc (R$ 1.919.888,85) (Infringência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da LF nº 8.666/93 e artigo 12 do DM nº 44.279/03) (**Item 14.5**).”*

De início, permito-me expor os motivos que me levam a relevar os achados da auditoria nestes autos, em razão da decretação de emergência por conta da pandemia de COVID-19 e considerando o disposto na Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro – LINDB.

A pandemia de COVID-19 trouxe uma realidade aos gestores públicos onde demandava-se decisões sensíveis em curto espaço de tempo, com diversos exemplos neste momento que se enquadrariam na situação.

No caso dos presentes autos, trata-se 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, em um contexto de pandemia mundial, sendo imperioso destacar o decreto nº 59.283/2020, que declarou situação de emergência no município e define outras medidas para o enfrentamento da pandemia decorrente do Coronavírus.

Diante do cenário pandêmico, foi editada a lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre medidas como a dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da crise do coronavírus.

Além da citada lei, destaco que ao gestor seria prudente e necessário, nestes momentos, dotá-lo de instrumentos que lhe assegurassem uma proteção reforçada em tempos de crise, mediante a eliminação ou, quando menos, a mitigação do risco de externalidades negativas que pudessem resultar da ação de órgãos de controle externo.

Ainda quanto ao tema, a análise do artigo 22 do Decreto-Lei nº 4.657/42, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.655/2018:

> *“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, **serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo,** sem prejuízo dos direitos dos administrados.*
> *§ 1º**. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.***
> *§ 2º. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.*
> *§ 3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”(grifei)*

Não há como deixar de admitir que diante dos inúmeros desafios impostos aos gestores na tomada de decisão, impõe-se, neste momento, ao julgar o objeto destes autos, levar em conta todos "os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo".

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro é uma norma jurídica que visa regulamentar outras normas, composta por 30 artigos nos quais aborda a vigência da lei, a aplicação da norma jurídica no tempo e no espaço e as fontes do direito, tendo como objetivo orientar a aplicação do código civil, entre outras. Dentre as principais finalidades da LINDB encontram-se critérios hermenêuticos/critérios de integração do ordenamento jurídico.

O artigo 22 da LINDB visou dar uma direção à interpretação de normas sobre gestão pública, considerando-se os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo.

O intuito do dispositivo legal é evitar que seja ao gestor impostas ações de difícil cumprimento, devendo-se levar em conta na decisão a situação do gestor e considerar a realidade, não sendo suficiente a alegação imprecisa que a ele cabe dar efetividade a políticas públicas.

Em outros termos, a situação de emergência decretada no Município de São Paulo no Decreto nº 59.283, de 16 de março de 2020 e a LINDB devem guiar o entendimento do Colegiado neste momento.

O gestor durante a pandemia da COVID-19 enfrentava vários dilemas, obstáculos e situações que demandaram a tomada de decisões em pouco tempo, sendo certo que tais decisões foram tomadas no sentido de preservar vidas. É o caso dos autos.

O citado artigo da LINDB previu que a conduta eivada de erro grosseiro ou dolo é que poderá ser responsabilizada, com a finalidade de evitar a chamada paralisia decisória na Administração Pública (o fenômeno também costuma ser denominado de "apagão das canetas").

A justificativa constante do Termo de Referência (peça 6), a exemplo da demanda durante a pandemia de COVID-19 se revela como motivo suficiente e razoável para reconhecer que o gestor tinha inúmeras dificuldades para efetivar a política pública de saúde visando os atendimentos àqueles acometidos pela COVID-19, dada a urgência nas providências a serem adotadas.

> *"Considerando que para atender as novas necessidades da Administração Pública e adequar as características e a realidade de cada unidade hospitalar, pós-pandemia, no que se refere aos quantitativos, fez-se necessária a revisão da demanda de atendimento destas."*

Além, o citado documento demonstra pertinência e adequação ao caput do artigo 24 da LINDB, que guia este voto, que assim prevê:

> *"Artigo 24 - A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado* ***levará em conta as orientações gerais da época****, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas".*

Levando-se em conta as "orientações gerais" vigentes durante o período de pandemia e crise sanitária, como as regras da Lei n.º 13.979/2020, o julgamento neste **momento merece especial atenção quanto aos atos dos gestores praticados durante contexto.**

Destaco que a Lei n.º 13.655/2018 foi elaborada, sobretudo, com o objetivo de trazer um impacto cultural para as relações de direito público, influenciando os parâmetros interpretativos cada vez mais a sua aplicação pelos órgãos de controle.

A corroborar o entendimento, destaco trecho do artigo de Fernando B. Meneguin e Amanda Flávio de Oliveira[1], ao discorrer o tema:

> *"O controle externo, ao emitir mandamentos para a administração pública, afeta a atuação do Estado e interfere no impacto das intervenções públicas. Cabe assim, por parte dos Tribunais de Contas, o dever de se preocupar com as consequências de suas decisões e não simplesmente com a conformidade legal.*
> *(...)*
>
> *Nesse aspecto, há que se comentar alvissareira mudança acontecida no ordenamento jurídico. Em 26 de abril de 2018, foi publicada a Lei nº 13.655, que inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, tendo por escopo conferir mais transparência para todos os envolvidos em processos nas esferas administrativa e judicial, bem como aprimorar a segurança jurídica na aplicação das normas.*
> *As mudanças trazidas pela Lei nº 13.655/2018 sinalizam um aprimoramento dos órgãos de controle no sentido de se favorecer uma maior eficiência na administração pública e, por conseguinte, na sociedade. O que se enxerga nos seus dispositivos é a mensagem de proteção à segurança jurídica, transparência e diálogo entre quem decide e os interessados.*
> *Toda sistemática inaugurada pela mencionada legislação caminha no sentido de criar um ambiente que não cause tanto prejuízo ao fluxo das atividades administrativas, evitando-se, o quanto possível, a interferência das decisões na rotina da Administração Pública, de modo também a não frear iniciativas inovadoras dos gestores públicos. Trata-se, assim, de um ajuste pragmático da*

[1] MENEGUIN, F. B.; OLIVEIRA, A. F. de. Intervenções públicas em um cenário de PANDEMIA e suas consequências: cautela e canja de galinha não fazem mal a ninguém. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, Setembro 2021 (Texto para Discussão nº 3201). Disponível em www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 20 mar.2024.

> *matriz institucional com o objetivo de agregar eficiência à administração pública, mudando o foco de uma análise formalista para uma análise com ênfase nos resultados."*

Outro documento que trago como parâmetro para a decisão trata-se da Recomendação nº 92 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que recomendou aos magistrados que, à luz da independência funcional que lhes é assegurada, atuassem na pandemia da Covid-19 de forma a fortalecer o sistema brasileiro de saúde e a preservar a vida com observância da isonomia e dos preceitos veiculados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Seu inciso I do artigo 1º trouxe expressamente a recomendação em aplicar a LINDB:

> *Art. 1o Recomendar aos magistrados com atuação nas demandas envolvendo o direito à saúde no contexto pandêmico que, à luz da independência funcional que lhes é assegurada, observem as seguintes diretrizes:*
> *I – que as decisões judiciais proferidas atentem às consequências práticas que ensejarão, nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto- Lei no 4.657/1942);*

Vê-se que o instrumento citado, recomendava aos magistrados que diante da pandemia de COVID-19 levassem em consideração as consequências práticas de suas decisões.

Isto porque era essencial naquele momento de crise sanitária evitar-se a desorganização do Sistema de Saúde e uma ineficiência alocativa em uma conjuntura que já é de carência de recursos diversos, bem como decisões que acabariam, por vezes, impondo obrigações às autoridades de saúde de impossível cumprimento em curto prazo, em virtude da escassez de recursos humanos, de instalações, de equipamentos e de insumos para o enfrentamento à pandemia da Covid-19.

Penso que não seriam diferentes as razões que me levam ao entendimento, neste momento, de relevar os achados da auditoria no caso em tela.

Destaco que os apontamentos, maior parte de natureza formal, e sob a ótica exposta alhures merecem ser relevados. Ainda, no tocante aos demais itens, nenhum deles representou prejuízos financeiros ao erário.

Este Colegiado já teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema em outras oportunidades, como julgamento TC 6500/2020, que em objeto análogo, decidiu pela excepcional regularidade do Convênio nº 001/AHM/2020, firmado entre a Autarquia Hospitalar Municipal - AHM e a Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein, para a gestão de serviços de saúde do Hospital Campanha Pacaembu com o intuito

de envidar esforços no enfrentamento da COVID–19, em colaboração com a Secretaria Municipal de Saúde – SMS. Vejamos:

> *"Por unanimidade, o Egrégio Tribunal Pleno julga, de forma excepcional, regular o Convênio nº 001/AHM/2020, firmado em 01.04.2020 entre a Autarquia Hospitalar Municipal - AHM e a Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein, para a gestão de serviços de saúde do Hospital Campanha Pacaembu com o intuito de envidar esforços no enfrentamento da COVID–19, em colaboração com a Secretaria Municipal de Saúde – SMS, nos termos do voto do Conselheiro Relator Presidente Eduardo Tuma."(54º Sessão não Presencial – SONP)*

Pelo todo exposto e razões acima expostas, pondero que diante da situação emergencial da COVID-19, com fundamento no artigo 22 da Lei nº 13.655/2018, julgo **EXCEPCIONALMENTE REGULAR o** Termo de Contrato nº 040/2021/SMS-1/CONTRATOS, celebrado entre a Secretaria Municipal de Saúde - SMS e a empresa RC Nutry Alimentação Ltda.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 15/01/2025 11:27:34 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo