II – DECISÃO

DECCAM-UTR-168/2024

Processo - TC/007194/2021
Interessadas - Autarquia Hospitalar Municipal (atual Secretaria Municipal da Saúde) e LBGS Grupos de Serviços Ltda.
Acompanhamento da Execução Contábil e Financeira
Objeto - Verificar, com base nos exames documentais, a regularidade do Contrato Emergencial 57/2020, cujo objeto é a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, visando ao fornecimento de dietas gerais, especiais e enterais (fornecimento, envase e distribuição), bem como de fórmulas lácteas destinadas aos pacientes (adultos e infantis), aos acompanhantes legalmente instituídos, aos residentes e aos demais usuários devidamente autorizados

356ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO CONTÁBIL E FINANCEIRA. SMS. Serviços de nutrição e alimentação hospitalar. 1. As impropriedades relativas à emissão extemporânea de nota de empenho, atestados de medição emitidos com atraso e pagamentos realizados com atraso, foram relevadas, posto que formais e oriundas de contratação emergencial realizada durante a situação da pandemia do Covid-19. Art. 1º, DM 59.283/2020. Art. 20 e art. 22, DL 4.657/1942 – LINDB. ACOLHIDO excepcionalmente. Votação unânime.

D E C I S Ã O

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

DECIDEM os Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, acolher excepcionalmente a execução do Contrato Emergencial 57/2020, relevando as impropriedades apontadas pela Secretaria de Controle Externo desta Corte, nos termos do art. 22 da LINDB, visto que, essencialmente formais, não comprometeram o cumprimento dos termos avençados em contexto de situação emergencial decretada em razão da pandemia do Covid-19.

DECIDEM, à unanimidade, cumpridas as formalidades legais, determinar o arquivamento destes autos.

Participou do julgamento o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 31 de julho de 2024.

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

/mfl

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO EDUARDO TUMA – RELATOR

TC/007194/2021 – Análise da execução contábil/financeira do Termo de Contrato Emergencial nº 057/2020, celebrado entre a Autarquia Hospitalar Municipal – AHM e a empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda., para prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar

RELATÓRIO

Tratam os autos da análise da execução contábil/financeira do Termo de Contrato Emergencial nº 057/2020, celebrado entre a Autarquia Hospitalar Municipal – AHM e a empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda., para prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, compreendendo o 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 unidades da SMS, de acordo com as especificações técnicas e demais disposições dos Anexos do termo de referência.

A vigência do referido contrato é de 180 (cento e oitenta) dias, de 10/09/2020 a 08/03/2021 e valor mensal estimado de **R$ 2.002.534,23** (dois milhões, dois mil, quinhentos e trinta e quatro reais e vinte e três centavos).

Foram lavrados os Termos de Aditamento nº 01/2020, prevendo a prorrogação do contrato por mais um mês, de 10/10/2020 a 09/11/2020, com valor de R$ 2.002.534,23, e nº 02/2020, estabelecendo nova prorrogação, de 10/11/2020 a 08/03/2021 (119 dias), com valor de R$ 8.010.136,92 (oito milhões, dez mil, cento e trinta e seis reais e noventa e dois centavos), totalizando o valor total do contrato de **R$ 12.015.205,38** (doze milhões, quinze mil, duzentos e cinquenta reais e trinta e oito centavos).

À peça 31, foi apresentado o relatório de análise de execução contábil/financeira da **Subsecretaria de Controle Externo – SCE**, através de sua **Coordenadoria IV**, com a seguinte conclusão:

> ***"4. CONCLUSÃO***
>
> *À vista das análises efetuadas, verificamos que a execução contábil/financeira do Termo de Contrato Emergencial nº 057/2020, com vigência de 10/09/20 a 08/03/21 (180 dias), firmado entre a AHM e a empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda., com despesas liquidadas e pagas de R$ 8.253.450,23, apresenta as seguintes infringências:*
> ***4.1.*** *Emissão da Nota de Empenho 85152/20 (15/10/20) cinco dias após o início do período de realização da despesa (10/10/20) (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 3.2).*
> ***4.2.*** *No pagamento referente ao período de realização de setembro/20 não houve dedução do consumo de gás (Infringência ao item 5.4.12 do Termo de Referência) (item 3.3).*
> ***4.3.*** *Nove atestados de medição foram emitidos com atraso em relação ao prazo contratual (Infringência ao item 13.8.8 do Termo de Referência) (item 3.5).*

> ***4.4.*** *Cinco pagamentos foram realizados com atraso em relação ao prazo contratual (Infringência ao item 6.2 do contrato) (item 3.6).*
> ***4.5.*** *Os valores recolhidos ao INSS não guardam correspondência com os valores declarados na GFIP, havendo necessidade de apresentação da memória de cálculo das guias quitadas para comprovação de integral recolhimento dos empregados durante o período de vigência da contratação (item 3.7)."*

Após devidamente oficiada a Origem e intimada a Contratada, apresentaram esclarecimentos a empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda. (peças 40/48) e o Sr. Edson Aparecido dos Santos – Secretário da SMS (peças 49/50 e 56/57).

À peça 61, a **SCE**, por sua **Coordenadoria IV**, em apreciação daquelas manifestações, concluiu o seguinte:

> ***"2. ANÁLISE***
>
> ***2.1.Emissão da Nota de Empenho 85152/20 (15/10/20) cinco dias após o início do período de realização da despesa (10/10/20) (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 4.1 - peça 31, fl. 12)***
>
> *Manifestação da Origem (peça 50, fl. 3)*
> *Referente à suposta infração dos artigos 60 e 61 da LF 4.320/64 (item 4.1), esclarecemos que a emissão da nota de empenho para a cobertura da despesa se deu* ***após autorização do Ordenador de Despesa*** *SEI nº 034236937 através da NE 83962/2020 (SEI nº 034315201) emitida em 09/10/2020 que, embora insuficiente para cobertura da despesa tendo em vista a pressão orçamentária, foi complementada posteriormente pela NE 85152/2020 (SEI nº 034415297). O art. 58 da Lei n° 4.320/1964, assim define o empenho:*
> *[...]*
>
> *Nesse sentido, cumpre esclarecer que o documento que materializa o empenho é a Nota de Empenho. Dessa forma, o "Empenho" é um* ***ato****, enquanto a "Nota de Empenho" é o* ***documento*** *que materializa o ato, assim dispõe o art. 61 da referida Lei:*
> *[...]*
>
> *Dessa forma, entendemos que, s.m.j., não há extemporaneidade na emissão da nota de empenho uma vês que a despesa estava respaldada através do despacho autorizatório. (grifos no original)*
>
> *Análise da Coordenadoria*
> *Em que pese a interpretação da Origem sobre a legislação de que a autorização do ordenador de despesa anteriormente ao fato gerador de determinada despesa seja suficiente para garantir o atendimento ao art. 60 da LF 4320/64, destacamos a necessidade de emissão de empenho de modo a assegurar que há crédito disponível para cobrir determinada despesa. Neste sentido, a nota de empenho deve ter valor suficiente para cobrir todo o valor estimado e ser emitida antes do início do período de realização, razão pela qual ratificamos nossa conclusão anterior.*
>
> ***2.2.No pagamento referente ao período de realização de setembro/20 não houve dedução do consumo de gás (Infringência ao item 5.4.12 do Termo de Referência) (Item 4.2 - peça 31, fl. 12)***
>
> *Manifestação da LBGS (peça 40, fl. 3)*

O contrato ora analisado teve sua vigência inicial na data de 10 de setembro de 2020 e vigência final na data de 08 de março de 2021, substituindo o contrato anterior que teve início em 12 de março de 2020 e se encerrou em 09 de setembro de 2020 [...]
[...]
Ocorre que, quando a autarquia realizou os pagamentos acima, esta deduziu o valor cheio do consumo de gás do pagamento devido ao primeiro contrato, isto é, do período de 01/09 a 09/09, conforme relatório de documentos a receber e notas fiscais anexas (docs. 01 a 09).

Manifestação da Origem (peça 50, fl. 10)
Conforme consta na Informação AHM/DAI-3 (050852827): "a dedução do consumo de gás de setembro/2020 ocorreu no processo de pagamento 6110.2020/0023480-3 referente ao período de 01/09/2020 a 09/09/2020 conforme documento sob SEI n° 050852728.".

Análise da Coordenadoria
Consideramos superada nossa conclusão anterior, tendo em vista que o consumo de gás do período de 10 a 30/09/20 foi descontado do pagamento efetuado à empresa LBGS no processo de pagamento do contrato anterior (6110.2020/0023480-3) do período de 01 a 09.09.20, conforme consta no doc. 034817507 e doc. 034823532 do referido processo de pagamento, informação até então não obtida na presente fiscalização.

2.3.Nove atestados de medição foram emitidos com atraso em relação ao prazo contratual (Infringência ao item 13.8.8 do Termo de Referência) (Item 4.3 - peça 31, fl. 12)

Manifestação da Origem (peça 57, fls. 2/7)
Conforme esclarecimento prestado pelo Hospital Municipal Dr. Benedito Montenegro, "o atraso na apresentação do ateste da empresa nos meses elencados, deve-se a uma maior morosidade na apresentação e conferência dos dados a serem fiscalizados" (Peça 57, fl. 2).

Adicionalmente, o Hospital Municipal Dr. Cármino Caricchio informa que (Peça 57, fl. 5)

Esclarecemos primeiramente que verificamos algumas divergências entre as informações descritas em relatório e as informações da unidade. São elas:

1) Atestado de Medição referente ao período de 10/09/20 à 30/09/20 foi disponibilizado no Google Drive em 09/10/20 e não em 27/10/20 (com 22 dias de atraso), conforme apontado no relatório;

2) No relatório consta duas vezes o mesmo Período de Realização, 01/02/2021 à 28/02/2021, entretanto com duas datas distintas de Avaliação, 08/03/2021 e 08/04/2021. Informamos que referente a este período o Atestado foi enviado em 09/03/2021.
[...]
[...], entendendo a necessidade de melhoria contínua do processo e não mais incorrer em apontamentos similares, estamos redesenhando o fluxo de obtenção e validação das informações, solicitando ao parceiro (LBGS) que encaminhe os relatórios com antecedência, bem como buscando junto às instâncias competentes, formas sistêmicas de automação do processo.

Ainda, o Hospital Municipal Dr. Ignácio Proença de Gouvêa aduz que "o atestado de medição referente ao mês de fevereiro/21 foi datado e assinado em 02/03/21, com envio no dia 03/03/21 à Secretaria Municipal da Saúde, portanto dentro do prazo" (Peça 57, fl. 6)

Análise da Coordenadoria
(...)
O item 13.8.8. do Termo de Referência estabelece que o fiscal e o gestor do contrato de cada unidade devem assinar atestado de medição de serviços, a ser enviado à Gerência de Contratos da SMS até o 3º dia útil do mês subsequente, para fins de pagamento. Neste sentido, apesar das alterações informadas pela Origem, os nove atestados permanecem emitidos com atraso, razão pela qual ratificamos nossa conclusão anterior.

2.4.Cinco pagamentos foram realizados com atraso em relação ao prazo contratual (Infringência ao item 6.2 do contrato) (Item 4.4 - peça 31, fl. 12)

Manifestação da Origem (peça 50, fls. 10/11)
O prazo de pagamento será de 30 (trinta) dias, a contar da data da entrega de cada nota fiscal ou nota fiscal fatura. Caso venha ocorrer a necessidade de providências complementares por parte da contratada, a fluência do prazo será interrompida, reiniciando-se a sua contagem a partir da data em que estas forem cumpridas.
(...)

Análise da Coordenadoria
A Origem demonstra que não houve atraso nos pagamentos realizados devido à necessidade de providências complementares por parte da contratada. No entanto, em consulta aos processos de pagamento, apenas constam notas fiscais complementares referentes ao período de nov/20 e fev/21, conforme Peça 60.

Pelo exposto, retirratificamos o apontamento do relatório inicial que passa a constar com a seguinte redação: "Três pagamentos foram realizados com atraso em relação ao prazo contratual (infringência ao item 6.2 do contrato)".

2.5.Os valores recolhidos ao INSS não guardam correspondência com os valores declarados na GFIP, havendo necessidade de apresentação da memória de cálculo das guias quitadas para comprovação de integral recolhimento dos empregados durante o período de vigência da contratação (Item 4.5 - peça 31, fls. 12/13)

Manifestação da LBGS (peça 40, fl. 3)
Tal discrepância nas GFIPs ocorre por duas razões. A primeira trata de decisão nos autos do ***MANDADO DE SEGURANCA Nº 5003926-33.2020.4.03.6126*** *(doc. 10), de 22/09/2020, julgado na 1ª Vara Federal de Santo André, que concedeu parcialmente a segurança para afastar a cobrança de contribuições a terceiros, a exceção do salário educação, sobre base de cálculos superior a vinte salários-mínimos e, determinando também impedida a autoridade de promover a cobrança ou exigência dos valores correspondentes às contribuições cuja inexigibilidade de reconheceu, afastando-se quaisquer restrições, autuações fiscais, negativas de expedição de Certidão Negativa de Débitos, imposições de multas ou penalidades.*
[...]
Outra razão para INSS recolhido a menor é a decisão nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0007467-04.2016.4.03.6126 (doc. 11), que concedeu parcialmente a segurança para declarar a inexigibilidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, terço constitucional de férias e 15 dias anteriores à concessão do auxílio-doença/acidente. A liminar antecipando os efeitos da tutela foi concedida em 13/01/2017, sendo confirmada por Sentença e pelo Acórdão anexo.
[...]
A LBGS, portanto, realiza a compensação dos indébitos com as parcelas devidas, utilizando, desta forma, os créditos que possui perante o INSS, conforme tabela abaixo e guias anexas (doc. 12). (grifos no original)

(...)

Manifestação da Origem (Peça 50, fls. 11 e 16/60)
Idem a manifestação da empresa LBGS.

Análise da Coordenadoria

Tendo em vista que a contratada justificou as diferenças apontadas, decorrentes do cumprimento de ordens judiciais, informações até então não obtidas no curso da presente fiscalização, consideramos superada nossa conclusão anterior

3. CONCLUSÃO

Após análise dos esclarecimentos prestados pela SMS e pela Contratada, empresa LBGS, consideramos:

- *Ratificados os itens 4.1 e 4.3 do relatório inicial;*

- *Retirratificado o item 4.4 do relatório para constar: "Três pagamentos foram realizados com atraso em relação ao prazo contratual (infringência ao item 6.2 do contrato)";*

- *Superados os itens 4.2 e 4.5, devido às informações contidas nas defesas ora apresentadas, até então não obtidas no curso da presente fiscalização."*

Às peças 69 e 70, a Secretaria Municipal de Saúde – SMS apresentou novos esclarecimentos, sendo que a empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda. deixou de se manifestar, embora intimada.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, em manifestação de peça 74, opinou pelo acolhimento da Execução contábil/financeira em exame, ou, ao menos, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados, com os seguintes argumentos:

"Sem adentrar no mérito dos achados da Auditoria, é plenamente possível afirmar que a Origem, em linhas gerais e em virtude da natureza da matéria, teve o contrato ora em análise sob o seu controle, não se podendo, desta forma, concluir pela existência de prejuízo ao erário ou ao interesse público.

Os apontamentos da Auditoria, muito embora consistentes e úteis para o aprimoramento futuro da gestão e fiscalização de contratos dessa natureza, não foram capazes de comprometer a regularidade da execução como um todo.

Aliás, as defesas apresentadas pelos responsáveis ensejam claramente a convicção de que os gestores públicos não desbordaram das normas e parâmetros que regem a espécie. Mais do que isso, está consignado nos autos que a Origem realizou a fiscalização da execução do contrato.
(...)

De fato, pois muito embora DD. Órgãos Técnicos, após as análises perpetradas, tenham opinado pela irregularidade da mencionada execução, fato é que em nenhum momento ficou comprovada a existência de uma impropriedade gravíssima ou de qualquer pagamento indevido à Contratada.

Sem embargo de outros aspectos, a premissa fundamental a permitir o acolhimento da presente execução lastreia-se no fato concreto de que os serviços pactuados foram efetivamente prestados, não tendo sido verificada a existência de um dano concreto.
(...)

E assim se alega, porquanto as falhas apontadas não induzem à conclusão de que os atos praticados tenham sido irregulares. Ao contrário, verifica-se dos esclarecimentos prestados que os serviços eram realmente necessários, donde absolutamente razoável a conduta dos gestores.
(...)

Em síntese, as impropriedades detectadas não têm o condão de acarretar a irregularidade da execução contratual em exame, razão pela qual os atos praticados deverão ser acolhidos pelos Nobres Conselheiros, na medida em que:

a) os serviços em questão eram úteis e necessários;
b) tais serviços – até prova em contrário – foram prestados corretamente pela contratada;
c) não houve qualquer restrição quanto aos preços praticados e/ou quantidade de serviços prestados;
d) não há indício de desvio de recursos públicos em favor de terceiros;
e) não há prova de que os agentes públicos responsáveis tenham se beneficiado dos atos praticados;
f) as impropriedades havidas foram todas de ordem formal, não comprometendo a eficácia e validade da sua execução;
g) não há notícia nos autos da existência de prejuízo concreto à Municipalidade em face dos atos praticados;
h) não se constatou dolo, má fé ou culpa por parte dos agentes públicos.
(...)

Isto posto, à vista de todo o processado nestes autos, esta Procuradoria, com fundamento nos esclarecimentos e justificativas que se encontram encartados neste TC, requer o acolhimento da execução do Contrato ora em exame, relevando-se as impropriedades apontadas, posto que formais.

Entretanto, caso assim não entendam esses Nobres Conselheiros, ante a inexistência nestes autos da comprovação de qualquer forma de prejuízo ou dano concreto ao Erário, bem como por não vislumbrar dolo, culpa ou má-fé por parte dos Agentes Públicos responsáveis, propugna a Fazenda, ao menos, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos realizados, em homenagem aos princípios da estabilização das relações e da segurança jurídica no tempo."

À peça 76, a **Secretaria Geral – SG** opinou pelo não acolhimento da Execução contábil/financeira do Termo de Contrato Emergencial nº 057/2020.

Após, encaminhados os autos à **Auditoria**, a sua **Coordenadoria IV** procedeu a nova análise dos acrescidos, ante o que emitiu a seguinte conclusão (peça 80):

*"**2. ANÁLISE***
2.1.Emissão da Nota de Empenho 85152/20 (15/10/20) cinco dias após o início do período de realização da despesa (10/10/20) (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 4.1 – peça 31, fl. 12)

Manifestação da Origem (peça 70, fl.1)

No que diz respeito à extemporaneidade na emissão das Notas de Empenho (4.1), se verifica que a área competente – Coordenadoria Financeira e Orçamentária – CFO, prestou esclarecimentos no documento SEI nº 050760237.

Análise da Coordenadoria

No SEI 050760237 (peça 70, fl. 2) a CFO interpreta esse aspecto no sentido de que a emissão da nota de empenho para a cobertura da despesa se deu após autorização do Ordenador de Despesa, sendo o Empenho o ato e a Nota de Empenho o documento que materializa o ato. Diante disso, cabe salientar a necessidade de emissão de empenho de modo a garantir a efetiva disponibilidade de recursos orçamentários para cobertura da despesa, observando que o art. 61, da Lei Federal nº 4.320/64 prescreve que para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho".

Assim, mantemos o entendimento de que "a nota de empenho deve ter valor suficiente para cobrir todo o valor estimado e ser emitida antes do início do período de realização".

Ratificamos a conclusão inicial nesse aspecto.

2.2.Nove atestados de medição foram emitidos com atraso em relação ao prazo contratual (Infringência ao item 13.8.8 do Termo de Referência) (Item 4.3 – peça 31, fl. 12)

Manifestação da Origem (peça 70, fl. 2)
Da emissão tardia dos Atestados de Medição (4.3), cuja competência remanesce delegada aos fiscais de cada Unidade, local da efetiva prestação dos serviços, consta do documento SEI esclarecimentos do Hospital Municipal Dr. Ignácio Proença de Gouvêa – HMIPG, no sentido de que "o atestado de medição referente ao mês de fevereiro/21 foi datado e assinado em 02/03/21, com envio no dia 03/03/21 à Secretaria Municipal da Saúde, portanto dentro do prazo" – Documento SEI nº 051705233.

Com relação ao Hospital Municipal Dr. Cármino Caricchio - HMCC, o documento SEI nº 051865893, esclarece as razões pelas quais houve a indigitada emissão dos Atestados de Medição com atraso. Os esclarecimentos passam pela existência de um processo manual, arrastado, demorado e arcaico para medição dos serviços, processo este que envolve a conferência de ao menos 16 (dezesseis) censos, dentre os quais relação de pacientes, mapas de dietas especiais e de dietas de acompanhantes, relatórios de alta e de conferencia de fornecimento de outros itens avulsos previstos no contrato. Tal verificação é realizada por servidores que realizam funções administrativas, com verificação de conformidade pelas Nutricionistas do SND – Serviço de Nutrição e Dietética do HMCC, sem prejuízo das demais atividades diárias.

Há que se considerar que, além da quantidade de dados e de informações a serem manualmente validados, existe também a sistêmica falta de recursos humanos na PMSP, agravada pela ausência de recursos tecnológicos com instrumentos, métodos e técnicas que possibilitam uma conferência ágil e eficaz.

E, neste mesmo sentido, as justificativas do Hospital Municipal Dr. Benedicto Montenegro, documento SEI nº 051532881, de que "o atraso na apresentação do ateste da empesa nos meses elencados, deve-se a uma maior morosidade na apresentação e conferência dos dados a serem fiscalizados", convergem na mesma direção.

Análise da Coordenadoria

Em que pesem as informações trazidas pela Origem, resultam confirmados atrasos em relação aos atestados de medição. Ressalte-se que o item 13.8.8 do Termo de Referência estabelece que o fiscal e o gestor do contrato de cada unidade devem assinar atestado de medição de serviços, a ser enviado à Gerência de Contratos da SMS até o 3º dia útil do mês subsequente, para fins de pagamento.

No que tange aos esclarecimentos do Hospital Municipal Dr. Ignácio Proença de Gouvêa – HMIPG observe-se tratar-se do atestado do mês de fevereiro/21, assinado sem atraso em 02/03/21 (peça 28, fl. 23). Cabe, no entanto, observar que o atestado assinado em 09/03/21 refere-se ao período de realização de 01/03/21 a 08/03/21, e não de fevereiro/21 como constou, portanto também não perfazendo atraso (peça 28, fl. 27), motivo pelo qual retirratificamos a conclusão alcançada para fazer constar 08 (oito) atestados de medição emitidos com atraso em relação ao prazo do item 13.8.8 do TR e não 09 (nove) como constou do item 4.3 do relatório inicial.

Assim, retirratificamos o apontamento do item 4.3 do relatório inicial (peça 31), para fazer constar a seguinte redação: Oito atestados de medição foram emitidos com atraso em relação ao prazo contratual (Infringência ao item 13.8.8 do Termo de Referência) (Item 4.3 - peça 31, fl. 12).

2.3.Três pagamentos foram realizados com atraso em relação ao prazo contratual (Infringência ao item 6.2 do contrato) (Item 4.4 – peça 31, fl. 12, retirratificado na manifestação de peça 61)

Manifestação da Origem (peça 70, fl. 1)
Na mesma oportunidade, esclarece quanto ao item 4.4, retirratificado pelo Tribunal, justificando o atraso em três pagamentos, em relação ao prazo contratual (infringência ao item 6.2 do contrato), isto porque, segundo informa, "as liquidações ocorreram poucos dias após o recebimento do processo, com exceção do processo 6110.2020/0029242-0, cuja liquidação ocorreu posteriormente tendo em vista o fechamento do sistema no final do ano", não restando capacidade a esta Coordenadoria para alterar o já consignado.

Análise da Coordenadoria

A Origem confirma os atrasos constatados nos pagamentos realizados.

Ratificamos o apontamento nos termos da manifestação de peça 61.

3. CONCLUSÃO
Da análise da resposta acrescida às peças 69 e 70, em relação ao relatório inicial de execução contábil/financeira do Termo de Contrato Emergencial nº 057/2020 (peça 31) e manifestação posterior da auditoria (peça e 61), retirratificamos a redação do item 4.3 do relatório inicial e ratificamos as conclusões dos itens 4.1 e 4.4, ***resultando a conclusão nos aspectos remanescentes****, da seguinte forma:*

• Emissão da Nota de Empenho 85152/20 (15/10/20) cinco dias após o início do período de realização da despesa (10/10/20) (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 4.1 – peça 31, fl. 12);

• Oito atestados de medição foram emitidos com atraso em relação ao prazo contratual (Infringência ao item 13.8.8 do Termo de Referência) (Item 4.3 – peça 31, fl. 12, retirratificado na presente manifestação);

• Três pagamentos foram realizados com atraso em relação ao prazo contratual (infringência ao item 6.2 do contrato) (Infringência ao item 6.2 do contrato) (Item 4.4 – peça 31, fl. 12, retirratificado na manifestação de peça 61).

Os itens 4.2 e 4.5 do relatório inicial foram superados conforme manifestação de peça 61."

À peça 82, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE** apresentou seu parecer no qual opinou pelo não acolhimento da execução contábil-financeira do Contrato., salientando que "*De nossa parte, nada temos a acrescentar, uma vez que a análise procedida pela Divisão Auditora, nos infere a considerar que a matéria cinge-se de competência de AUD, tendo em vista que a apresentação das justificativas e demais documentados colacionados não foram suficientes para superar as irregularidades apontadas por parte de SMS, de maneira que endossamos suas conclusões."*

À peça 83, o **Assessor Subchefe da Assessoria Jurídica** acompanhou a conclusão exarada pela Auditoria, bem como pela assessora da AJ, sublinhando a superação dos subitens 4.2 e 4.5 do Relatório de Análise de Execução Contábil/Financeira, bem como a permanência dos subitens 4.1, 4.3 e 4.4.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, em manifestação de peça 86, reiterou seu requerimento no sentido da decretação da regularidade dos atos examinados ou, ao menos, do reconhecimento de seus efeitos financeiros.

A **Secretaria Geral – SG**, à peça 88, se pronunciou concluindo o que segue:

"Nesta oportunidade, entendo que as informações colacionadas aos autos não possuem o condão de alterar as conclusões anteriormente exteriorizadas por esta Secretaria Geral à peça 76, as quais peço vênia para transcrever.

O conteúdo destes autos, notadamente das análises realizadas pela SCE, me levam a acompanhar as conclusões a que chegou o órgão interno desta C. Corte no sentido do não acolhimento da execução contábil/financeira do Termo de Contrato Emergencial nº 057/2020.

De fato, é possível verificar dos minuciosos relatórios elaborados por AUD, a existência de apontamentos que comprometem e impedem o acolhimento da Execução contábil/financeira do Termo de Contrato em análise, e que nem mesmo após a apresentação das defesas juntadas a estes autos tais apontamentos puderam ser afastados.
(...)
Nessa medida, considerando o caráter técnico, específico e fático das impropriedades, opino, na esteira dos pronunciamentos de AUD, pela manutenção dos apontamentos.

Portanto, conforme as razões acima expostas, tendo em vista que os apontamentos 4.1, 4.3 e 4.4, impedem o acolhimento da Execução Contábil sub examine, e que nem mesmo após a apresentação das defesas juntadas a estes autos tais apontamentos puderam ser afastados, opino, na esteira dos órgãos técnicos desta C. Corte de Contas, pelo não acolhimento da Execução contábil/financeira do Termo de Contrato Emergencial nº 057/2020, celebrado entre a Autarquia Hospitalar Municipal - AHM e a empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda., sem prejuízo das determinações que o Nobre Conselheiro Relator entender pertinentes."

É o relatório.

VOTO

Tratam os autos da análise da execução contábil/financeira do Termo de Contrato Emergencial nº 057/2020, celebrado entre a Autarquia Hospitalar Municipal – AHM e a empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda., para prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar.

Em sua análise final, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SCE, apontou as seguintes irregularidades:

> 4.1 - *Emissão da Nota de Empenho 85152/20 (15/10/20) cinco dias após o início do período de realização da despesa (10/10/20) (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 4.1 – peça 31, fl. 12);*
>
> 4.3 - *Oito atestados de medição foram emitidos com atraso em relação ao prazo contratual (Infringência ao item 13.8.8 do Termo de Referência) (Item 4.3 – peça 31, fl. 12, retirratificado na presente manifestação);*
>
> 4.4 - *Três pagamentos foram realizados com atraso em relação ao prazo contratual (infringência ao item 6.2 do contrato) (Infringência ao item 6.2 do contrato) (Item 4.4 – peça 31, fl. 12, retirratificado na manifestação de peça 61).*

Estes três apontamentos levaram a **Auditoria** a concluir pela irregularidade da execução contratual, no que foi acompanhada pela **AJCE** e pela **SG**, observado que os apontamentos 4.2 e 4.5 foram considerados superados no parecer juntado na peça 61 pela Especializada após as respostas dos Interessados

Indiscutivelmente os referidos apontamentos da Auditoria indicam impropriedades na execução. Contudo, importante salientar que estes apontamentos remanescentes são de natureza estritamente formal, os quais não causaram o descumprimento dos termos de prestação de serviços ajustados, tendo sido plenamente atendidos e cumpridos os objetivos da avença. Desse modo, correta a PFM em afirmar que:

> "a) os serviços em questão eram úteis e necessários; b) tais serviços – até prova em contrário – foram prestados corretamente pela contratada; c) não houve qualquer restrição quanto aos preços praticados e/ou quantidade de serviços prestados; d) não há indício de desvio de recursos públicos em favor de terceiros; e) não há prova de que os agentes públicos responsáveis tenham se beneficiado dos atos praticados; f) as impropriedades havidas foram todas de ordem formal, não comprometendo a eficácia e validade da sua execução; g) não há notícia nos autos da existência de prejuízo concreto à Municipalidade em face dos atos praticados; h) não se constatou dolo, má fé ou culpa por parte dos agentes públicos."

Nessa tangente, necessário também ponderar que o contrato emergencial em tela foi realizado pela antiga Autarquia Hospitalar Municipal, parte da Secretária Municipal de Saúde, durante o período de situação de emergencial da pandemia do Covid-19, que se iniciou no dia 16 de março de 2020, nos termos do art. 1º do Decreto Municipal nº 59.283/2020. Não obstante a Pandemia não ter sido utilizada como justificativa pela Origem em face das irregularidades apontadas, deve ser consignada que sua existência não pode ser ignorada quando analisadas as execuções de contratos na saúde durante o período pandêmico.

Isto porque, por força do *caput* do art. 22 da LINDB, 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*." Conjuntamente, o § 1º do mesmo artigo dispõe que "*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*."

Ensina no tema o professor Erik Federico Gramstup que a referida norma "*atenta ao que se convencionou chamar de primado da realidade: as circunstâncias concretas de cada gestor público devem ser consideradas na interpretação das normas aplicáveis. Norma dirigida ao intérprete tem em vista o aplicador da lei, notoriamente o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas*."[1]

Como é notório 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.

Desse modo, 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.

Assim 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**".

O intuito do artigo 22 da LINDB 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 59.283/2020 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.

---

[1] Ramos, André de, C. e Erik Frederico Gramstrup. Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). SRV Editora LTDA, 2021. Pág. 366

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").

Adicionalmente, seguindo o mesmo raciocínio, o art. 24, *caput*, da LINDB, determina que "*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 o contexto de pandemia.

Destaco que a Lei n.º 13.655/2018, que adicionou a redação dos artigos 20 a 29 da LINDB, 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, 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 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."*[2]

[2] 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 301). Disponível em www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 20 mar.2024.

Nesse caminho, o Plenário do Tribunal de Contas da União já definiu no Acórdão 2518/2022 que no que tange os contratos da área da saúde durante a pandemia, poderão ser ponderados os fatos à luz da LINDB, no contexto de enfrentamento à pandemia de Covid-19, para afastar aplicação de sanções. Confira:

> "*REPRESENTAÇÃO. SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE GUARULHOS/SP. CONTRATAÇÃO DE ALIMENTAÇÃO PARA COLABORADORES DE HOSPITAL DE CAMPANHA. AUDIÊNCIA. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. PONDERAÇÃO DOS FATOS À LUZ DA LINDB, NO CONTEXTO DE ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DE COVID-19, PARA AFASTAR APLICAÇÃO DE SANÇÃO. CIÊNCIAS. ARQUIVAMENTO*." (ACÓRDÃO 2518/2022 – PLENÁRIO, Ministro Relato Jorge Oliveira, Data da Sessão: 16/11/2022.)

Na mesma linha, o Plenário deste Tribunal de Contas já teve a oportunidade de se debruçar sobre o tema em outras oportunidades, como no julgamento do TC/006500/2020, em que o Colegiado 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)

Este posicionamento de relativização em razão da pandemia também foi adotado pela Justiça Comum como pode ser visto pela 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);*

Retomando a análise das irregularidades remanescentes apontadas pela Auditoria observo que elas tratam de atrasos de obrigações formais de responsabilidade da Origem e não de falha nas efetivações destas obrigações. Ademais, os atrasos apontados pela Especializada são razoáveis considerando as dificuldades da pasta no período pandêmico.

Complementarmente, neste caso concreto, como corretamente aponta a PFM em sua manifestação, os esclarecimentos prestados pela Origem nos autos demonstram que que a Pasta realizou a fiscalização da execução do contrato emergencial, não obstante as falhas por atrasos razoáveis, dado as circunstâncias do contexto pandêmico, na emissão de nota empenho, pagamentos e atestados.

Consoante o exposto, dado a natureza formal dos apontamentos da Auditoria e o fato que eles não representaram prejuízos financeiros ao erário, além de não haver indícios de dolo ou má-fé por parte da Administração, entendo ser caso de acolher excepcionalmente a execução do Contrato Emergencial nº 057/2020, seguindo o disposto no art. 22 da LINDB, considerando a situação emergencial decretada na Cidade de São Paulo pelo Decreto nº 59.283/2020.

Sendo assim, ante todo o exposto, **ACOLHO EXCEPCIONALMENTE** a execução do Contrato Emergencial nº 057/2020, celebrado entre a Autarquia Hospitalar Municipal – AHM e a empresa LBGS Grupos de Serviços Ltda., para prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar, relevando as impropriedades apontadas pela Auditoria desta Corte de Contas, nos termos do art. 22 da LINDB, eis que, essencialmente formais, não comprometeram o cumprimento dos termos avençados em contexto de situação emergencial decretada em razão da pandemia do Covid-19.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR