ACO-UTR-1151/2024

Processo	-	TC/016276/2020
Contratante	-	Secretaria Municipal da Saúde
Contratada	-	Casa de Saúde Santa Marcelina
TA		40/2020 R$ 133.680.269,83 (acréscimo de objeto), referente ao Contrato de Gestão R002/2007/SMS.G/NTCSS
Objeto	-	Gerenciamento e execução de ações e serviços de saúde no Hospital Municipal Cidade Tiradentes

56ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. TERMO ADITIVO. SMS. Gerenciamento, execução de ações e serviços de saúde. 1. Achados da auditoria relevados em razão da decretação de emergência por conta da pandemia. DM 59.283/2020. Art. 22 e art. 24, DL 4.657/1942 - LINDB. Art. 1º, I, Recomendação 92, CNJ. 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, em julgar excepcionalmente regular o Termo Aditivo 40/2020 do Contrato de Gestão R002/2007/SMS.G/NTCSS, firmado entre a SMS e a Casa de Saúde Santa Marcelina – CSSM, tendo por objeto a ampliação de 20 (vinte) leitos de UTI adulto para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, para o período de maio a julho de 2020.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 17 de julho 2024.

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

/affo

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/08/2024 18:21:02 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 02/09/2024 10:14:34 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

56ª Sessão Não Presencial, de 02 a 17 de julho de 2024

Item 8 - Pleno

TC-16.276/2020 - Análise
Objeto: Termo Aditivo - TA 040/2020 ao CG 002/2007-SMS.G/NTCSS - Ampliação de 20 leitos de UTI adulto para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, para o período de maio a julho de 2020
Interessados: Secretaria Municipal da Saúde- SMS
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o TC 16.276/2020 da análise do Termo Aditivo nº 040/2020 do Contrato de Gestão nº 002/2007/SMS.G/NTCSS, firmado entre a Secretaria Municipal de Saúde - SMS e a Casa de Saúde Santa Marcelina - CSSM, tendo por objeto original o gerenciamento e execução de ações e serviços de saúde no Hospital Municipal Cidade de Tiradentes, com valor de **R$ 68.749.556,00** (sessenta e oito milhões, setecentos e quarenta e nove mil, quinhentos e cinquenta e seis reais).

Já o Termo Aditivo nº 040/2020, ora em exame, tem por objeto a ampliação de 20 (vinte) leitos de UTI adulto para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, para o período de maio a julho de 2020 com valor de **R$ 3. 677.806,74** (três milhões, seiscentos e setenta e sete mil, oitocentos e seis reais e setenta e quatro centavos).

A análise do referido Contrato de Gestão nº 002/2007/SMS.G/NTCSS foi realizada nos autos do TC 06.675/2020.

Devidamente oficiado e intimada, apresentaram defesas o Sr. Edson Aparecido dos Santos - Secretário Municipal de Saúde (peça 25) e a Casa de Saúde Santa Marcelina – CSSM (peça 30).

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC**, à peça 34, em seu relatório de análise individualizada do Termo Aditivo nº 040/2020 do Contrato de Gestão 002/2007/SMS.G/NTCSS, apresentou as irregularidades já destacadas no TC 6.675/2020, a seguir indicadas.

> *"A análise formal do aditamento foi inicialmente realizada à Peça 26 do eTCM 6.675/2020, processo autuado com autorização inicial da relatoria especial à época, para que fossem aglutinadas todas as demandas de natureza semelhante, qual seja,*

a contratação de leitos suplementares para enfrentamento da pandemia de COVID-19, por meio de aditivos firmados a contratos de gestão então em curso.
Após realização da auditoria e prosseguimento da instrução processual, tendo em vista o volume de material auditado e o número de agentes responsáveis envolvidos considerando a análise conjunta dos aditamentos (servidores públicos, contratadas, etc.), foi encaminhado expediente à UTPA (Peça 71 do TC 6675/2020), por decisão do Sr. Conselheiro Relator do Processo à época, no seguinte sentido:
Verifica-se no rol de responsáveis indicados pela Auditoria (Peça 69) quantidade demasiada de envolvidos, sendo que cada parte indicada responde apenas a um ou alguns dos documentos objetos dos achados de auditoria, mas caso mantida a unidade processual seria necessário aguardar a juntada e realização do contraditório de todos os envolvidos, para só então dar sequência às análises pelas unidades de apoio desta Corte e consequente julgamento.
Ainda, a separação dos autos em processos individuais, para cada objeto correspondente, facilita a imputação subjetiva de responsabilidade sob o prisma da necessária individualização da conduta dos agentes públicos envolvidos, bem como melhor análise por parte das equipes de apoio desta Corte de Contas.
Ante o exposto, determino o registro e autuação de ***TCs específicos para cada um dos ajustes objetos destes autos, descritos às peças 24 a 38, com a inclusão de cópia integral do processo base em todos os demais*** *a serem criados, bem como do presente despacho. (Grifo nosso).*

Considerando o despacho ora transcrito e o fato de que as partes foram intimadas no presente processo para ciência e manifestação sobre todo o teor da auditoria realizada no eTCM 6675/2020, em atendimento ao determinado à Peça 32, passamos a nos manifestar acerca da documentação acrescida e, em conclusão, elencamos os apontamentos ratificados e extraídos do relatório da análise formal do TA nº 040/2020 do Contrato de Gestão 002/2007/SMS.G/NTCSS (Peça 26 do eTCM 6675/2020), relacionando, à parte, os apontamentos a ele atinentes constantes do relatório englobado de auditoria (Peça 39 do eTCM 6675/2020), sem prejuízo da instrução do processo original nos aspectos genéricos.
Dessa forma, passamos a nos manifestar acerca das defesas já apresentadas, reproduzindo unicamente os apontamentos para os quais houve alguma resposta e, ao final, em conclusão individualizada, relacionamos os que seguem ratificados.

2. ANÁLISE

2.1. Fragilidade na justificativa quanto aos critérios utilizados para o cálculo do número de leitos adicionais pactuados (item 10.1 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)
<u>Defesa da Origem (Peça 20)</u>
Alega que os valores apontados são aqueles preconizados no mercado diante da necessidade de diversos profissionais especialistas nas mais diversas áreas de atendimento assim como local específico e utilização de equipamentos de média e alta complexidade.
<u>Defesa da Contratada (Peça 30 – fls. 03/05)</u>
Trata-se de questão a ser abordada pela Municipalidade, que certamente apresentará justificativas consistentes e razoáveis. De nossa parte, cremos que podemos tecer algumas considerações a esse respeito, sempre com o intuito de contribuir com os trabalhos dessa E. Corte de Contas.

[...]Com todo respeito ao trabalho da D. Fiscalização, reputamos despicienda a apresentação de critérios para o cálculo do número de leitos adicionais, uma vez que a demanda de covid19, sabidamente e comprovadamente, exigiu do Sistema Único de Saúde – SUS uma oferta adicional de serviço, que o Município de São Paulo e, certamente, nenhum outro município do Brasil, tinha condições de atender.
Manifestação da Auditoria
A Origem não apresenta justificativas para o aspecto apontado e a Contratada entende que uma justificativa seria dispicienda, assim ratificamos apontamento.

2.2. Não houve detalhamento e embasamento dos custos que constam no Plano Orçamentário de forma a garantir a transparência da contratação e em infringência ao art. 28, inciso II, do DM 52.858/11 (item 10.2 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)
Defesa da Origem (Peça 25 – fl. 12)
O NAR não é responsável pela análise crítica do plano orçamentário. Encaminhado à SERMAP/CPCSS para ciência e manifestações cabíveis.
Defesa da Contratada (Peça 30 – fl. 05)
Em primeiras linhas, cumpre ressaltar, que o Plano Orçamentário foi elaborado com estrutura fundamentada no plano de contas do município e nos mesmos moldes utilizados para os contratos de gestão em vigência, até então, satisfatórios e pautados pelas políticas públicas e de transparência, não havendo razões, para apresentação em outro formato.
Ademais, todos os detalhamentos da composição dos custos das diárias foram indicados desde o início em nossos Ofícios nº 038/2020, item 6 e nº 039/2020, item 2.
Os referidos ofícios apresentaram os esclarecimentos e juntou as memórias de cálculo que serviram de base referencial para precificação das diárias, extraídas do sistema informatizado de custos.
Manifestação da Auditoria
Apenas a Contratada apresentou esclarecimentos, contudo, sem acrescentar informações relevantes, uma vez que remete ao procedimento utilizado de aprovação em contratos de gestão no geral, fazendo referência a dois ofícios que não foram localizados, pois não os anexou em sua defesa e não fez outro referenciamento que viabilizasse uma análise. Ratificamos o apontamento.

2.3. Não constam evidências no PA de que tenha sido realizada análise crítica por parte da SMS do plano orçamentário apresentado pela Organização Social (item 10.3 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)
Defesa da Origem (Peça 25 – fl. 12)
Idem ao item 2.2.
Defesa da Contratada – Peça 30 (fl. 06)
Manifestação de competência da municipalidade, por oportuno, reiteramos o que dissemos no item anterior.
Manifestação da Auditoria
A Origem e a Contratada não se manifestam quanto ao apontamento, que ratificamos.

2.4. Não foi apresentada comprovação de satisfatória situação econômico-financeira da entidade contratada, em descumprimento ao art. 27, inciso II e §§1º e 2º, do DM 52.858/11 (item 10.4 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)

Defesa da Origem (Peça 25 – fl.15)

Por se tratar de aditamento de Contrato de Gestão firmado no ano de 2007, considerando que o art. 27, inciso II e §§1º e 2º, do DM 52.858/11 passou a prever documentações obrigatórias para celebração de novos contratos de gestão (não de termo aditivo), entrando em vigor no ano de 2011, ou seja, com eficácia posterior à celebração do CG 002/2007 em questão, não há de se falar em descumprimento em 2007 de norma que entrou em vigor em 2011.

Defesa da Contratada (Peça 30 - fl. 06)

Com todo respeito a D. Fiscalização, parece-nos equivocado o apontamento de que não foi observado o artigo 27, inciso II e §§ 1º e 2º do Decreto Municipal nº 52.858/11. Há que se observar que referido dispositivo legal encontra-se na Subseção II do referido Decreto Municipal, que trata do Edital de Chamamento Público, integrante da Seção IV que trata do Processo Seletivo para a celebração do contrato de gestão.

Conforme restou muito bem evidenciado, não houve processo seletivo, nem tampouco a celebração de contrato de gestão, mas sim um termo aditivo ao contrato de gestão nº 002/2007 SMS.G/NTCSS, que é acompanhado pela Comissão de Acompanhamento e Fiscalização, constituída em conformidade com o artigo 8º da Lei nº 14.132/2006.

Manifestação da Auditoria

O apontamento diz respeito à falta de formalização nos Autos dos documentos de regularidade jurídica/fiscal/previdênciária e de comprovação de satisfatória situação econômico-financeira previstos na legislação.

Não foram feitas imputações sobre a regularidade em si da Entidade, apenas foi observada a falta de cumprimento de um requisito formal importante na formação do Contrato, embora formalmente a avença tenha se materializado (ou manejada, como define a Contratada na justificativa do item seguinte) como um termo aditivo.

Tendo em vista que a Origem não conseguiu apontar onde está localizada nos autos do processo administrativo de contratação os documentos indicados como faltantes no relatório inicial, ratificamos o apontamento.

2.5. Não consta no processo administrativo, tampouco em anexo ao TA assinado, o Plano de Trabalho especificando as alterações promovidas no Contrato de Gestão, em desacordo com o art. 28, inciso I, do DM 52.858/11 (item 10.5 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)

Defesa da Origem (Peça 25 – fl.12)

Apesar do plano de trabalho não estar detalhado no T.A. possibilitando uma avaliação precisa inicial, devido à falta de parâmetros anteriores que possibilitasse esta avaliação é justificável pelo desconhecimento da fisiopatologia e pela urgência em enfrentar uma Pandemia já instalada.

Defesa da Contratada (Peça 30 – fl. 06)

Como já dissemos acima, não foi celebrado um Contrato de Gestão, mas sim um Termo Aditivo.[...]

[...]Tendo em vista as circunstâncias que levaram a SMS e a Casa de Saúde Santa Marcelina a manejar oTermo Aditivo nº 40/2020, medida inédita e excepcional para atender à demanda decorrente da pandemia, não haveria qualquer proveito em favor da eficiência e da preservação de vidas, operar alterações estruturais no Contrato de Gestão.

Manifestação da Auditoria

A Origem confirma a ausência de tal procedimento. A Contratada por sua vez reforça o seu entendimento que tal providência também não seria necessária por se tratar de um termo aditivo.
O TA pactuado constituiu uma inovação dentro do contrato de gestão, devendo, portanto, seguir todos os ritos de um novo contrato. Ratificamos o apontamento.

2.6. Não foram definidas metas de atendimento ou metas de acompanhamento dos serviços prestados, em infringência ao art. 28, inciso III, do DM 52.858/11 (item 10.6 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)
Defesa da Origem (Peça 25 – fl. 12)
Devido ao quadro de Pandemia instalada na cidade por uma doença com evolução totalmente desconhecida, não havia possibilidade de se estabelecer metas e indicadores que pudessem ser acompanhados.
Em 22 de abril de 2020 foi editada a LEI nº 13.992 pela Presidência da República que suspende por 120 (cento e vinte) dias, a contar de 1º de março do corrente ano, prorrogada pela LEI nº 14.061 de 23 de setembro de 2020, a obrigatoriedade da manutenção das metas quantitativas e qualitativas contratualizadas pelos prestadores de serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SEI 040038708), corroborando com a Urgência de atos administrativos para combate ao COVID19.
Defesa da Contratada (Peça 30 – fl. 07)
A meta do Município de São Paulo é assegurar à população o acesso ao SUS para tratamento das complicações decorrentes da covid19. Para tanto, a SMS contou, no período, com 20 leitos de UTI Adulto, exclusivos para Covid. A disponibilização dos leitos e as internações, conforme a demanda, são as metas estabelecidas no Termo Aditivo nº 40/2020.
Manifestação da Auditoria
A Origem entende que não era possível estabelecer metas e indicadores em função das circunstâncias; a Contratada, por sua vez, declara que a meta é assegurar o acesso ao SUS. Tais fatos não alteram o entendimento inicial.
Em vista disso, ratificamos o apontamento.

2.7. Não foram definidos os indicadores e como se dará o acompanhamento das ações executadas para avaliação de desempenho e de qualidade na prestação dos serviços, o que infringe ao art. 28, inciso IV, do DM 52.858/11 (item 10.7 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)
Defesa da Origem (Peça 25 – fl.13)
Devido a Pandemia e o isolamento dos pacientes foi idealizado e efetivado painel de monitoramento diário de todos os leitos COVID inclusive contratados em serviços particulares definindo a partir desse quadro as ações que seriam realizadas e modificadas a qualquer momento. Através da fiscalização local acompanhava-se o cumprimento das cargas horárias contratadas. Em 22 de abril de 2020 foi editada a LEI nº 13.992 pela Presidência da República que suspende por 120 (cento e vinte) dias, a contar de 1º de março do corrente ano, prorrogada pela LEI nº 14.061 de 23 de setembro de 2020, a obrigatoriedade da manutenção das metas quantitativas e qualitativas contratualizadas pelos prestadores de serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SEI 040038708), corroborando com a Urgência de atos administrativos para combate ao COVID19.
Defesa da Contratada (Peça 30 – fl. 07)
Idem ao item 2.6.

Manifestação da Auditoria
A exemplo das metas que não foram estabelecidas, a Origem também entendeu não ser possível definir indicadores para o acompanhamento do Contrato em função das circunstâncias. Assim, ratificamos o apontamento.

2.8. Não consta no PA análise da minuta do Termo Aditivo pela Comissão de Avaliação, em dissonância ao inciso I do art. 19 e ao art. 20 do DM 52.858/11 (item 10.8 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)
Defesa da Origem (Peça 25 – fl. 13)
O NAR não é responsável pelos ajustes com a Comissão de Avaliação. Encaminhado à SERMAP/CPCSS para ciência e manifestações cabíveis.
Defesa da Contratada (Peça 30 – fl. 07)
Como já dissemos acima, não foi celebrado um Contrato de Gestão, mas sim um Termo Aditivo.
Além disso, de acordo com o artigo 7º-A da Lei nº 14.132/2006, a Comissão de Avaliação deve analisar os termos da minuta de contrato de gestão previamente à assinatura do ajuste. Não há expressa previsão para que a Comissão de Avaliação analise os termos aditivos.
Manifestação da Auditoria
Remetemos ao entendimento já exposto de que o presente TA possui natureza distinta do contrato original, uma vez que houve alteração do objeto incialmente pactuado.
Ratificamos o apontamento.

2.9. Não consta a aprovação do Termo Aditivo pelo Conselho de Administração da OS, em dissonância ao inciso III do art. 19 do DM 52.858/11 (item 10.9 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)
Defesa da Origem (Peça 25 – fl. 13)
Cientes da necessidade em atender o artigo 19 do DM 52.858/11, informamos que após a extinção da AHM e reestruturação de SMS, já se encontra em rotina o fluxo para encaminhamento dos Termos Aditivos para análise do Conselho de Administração das OSS.
Defesa da Contratada (Peça 30 – fl. 08)
[...] cabe ao Conselho de Administração aprovar a proposta de contrato de gestão. A Lei não confere ao Conselho de Administração a competência para aprovar termos aditivos ao contrato de gestão.
Manifestação da Auditoria
Ambas as partes entendem ser desnecessária a etapa de análise da Comissão de Avaliação já que a contratação foi formalizada por meio de um termo aditivo. Porém, mantemos o entendimento de que se trata materialmente de um novo contrato, portanto, todas as etapas relativas a um novo contrato de gestão devem ser observadas.
Ratificamos o apontamento.

2.10. O despacho de autorização foi exarado após a assinatura e o início da vigência do TA (item 10.10 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)
Defesa da Origem (Peça 25 – fl. 04)
Outrossim, a autorização por meio de despacho ocorreu com eficácia retroativa à data da assinatura do Termo Aditivo (doc. 038261275 – fls. 65), transparecendo a

convalidação do ato administrativo praticado (assinatura do termo pela Superintendente).
Além do mais, o aditamento com a implementação de mais 20 (vinte) leitos de Terapia Intensiva Adulto no Hospital Municipal Carmen Prudente – Cidade Tiradentes, para atendimento de pacientes acometidos pelo COVID 19, no auge da Pandemia (01/05/2020), precisava ocorrer com a maior celeridade possível para efetivar a proteção do direito à vida e à saúde, passando a expedição de Despacho que o convalidaria para momento posterior.
Defesa da Contratada (Peça 30 – fl. 09)
Trata-se de matéria de competência da Secretaria Municipal de Saúde, que certamente apresentará as devidas justificativas.
Manifestação da Auditoria
O ato em si é passível de convalidação, não havendo, todavia, ligação entre a necessidade de celeridade na formalização do contrato e a não observância do requisito legal infringido, assim, ratificamos o apontamento.

2.11. O empenhamento de recursos ocorreu após a assinatura e o início da vigência do TA, em desacordo com os artigos 60 e 61 da LF 4.320/64 (item 10.11 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)
Defesa da Origem (Peça 25 – fl. 02)
*Referente à suposta infração dos artigos 60 e 61 da LF 4.320/64, esclarecemos que a emissão da nota de empenho para a cobertura da despesa se **deu após autorização do Ordenador de Despesa**. [...] – Em negrito no original.*
Defesa da Contratada (Peça 30 – fl. 10)
Idem ao item anterior.
Manifestação da Auditoria
Conforme tratado no item anterior, a Autorização também foi intempestiva. Ratificamos o apontamento.

2.12. O elemento de despesa utilizado (39 – outros serviços de terceiros PJ) é inadequado, por envolver contrato de terceirização de mão-de-obra empregada em atividade-fim do objeto da contratação, constituindo infringência ao artigo 18, § 1º da LC 101/2000 (item 10.12 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)
Defesa da Origem (Peça 22 – fl. 02/03)
*[...] **contratos de gestão ou nos termos de parceria, como os trabalhadores contratados pelas en_dades qualificadas não integram o quadro de servidores públicos, os recursos repassados não serão consignados como Despesas de Custeio de Pessoal ou como Outras Despesas de Pessoal, não devendo se falar em despesas com pessoal da Administração Pública nos termos do artigo 18 da LRF, que trata exclusivamente de contratos de terceirização de mão de obra**.*
Portanto, por tratar-se exclusivamente de repasses financeiros ao parceiro através da contratação de gerenciamento das unidades de Saúde, e não da contratação direta dos serviços de mão de obra, o enquadramento no elemento de despesa (39 – outros serviços de terceiros – PJ) é o mais adequado a ser utilizado na contabilização. (em negrito no Original)
Defesa da Contratada (Peça 30 – fl. 10)
Manifestação de competência do ente público.
Manifestação da Auditoria
Cumpre destacar que a Origem faz uma defesa muito bem fundamentada quanto a esta questão. Todavia, sobre esse assunto, registramos que a decisão constante da

2.928ª Sessão Extraordinária deste TCMSP, por ocasião da emissão do Parecer referente às Contas da PMSP do exercício de 2016, determinou à auditoria que:
Desenvolva estudos, em autos apartados, para o aprofundamento da análise sobre o alcance do regramento contido no § 1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, no que toca aos limites de despesa de pessoal com atividades terceirizadas envolvendo substituição de servidores públicos municipais.
Os estudos realizados pela Auditoria nos autos do TC 72.010.122/17-17, concluíram pela necessidade de ***inclusão dos valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos no Demonstrativo da Despesa com Pessoal, em especial os decorrentes de repasses a entidades do terceiro setor nas áreas de saúde****, educação e assistência, para realização de atividades finalísticas do Estado, exclusivamente no que se refere à parcela de pessoal (grifo nosso).*
O elemento de despesa utilizado (39 – outros serviços de terceiros PJ) não é adequado, pois há terceirização de mão-de-obra empregada em atividade-fim da entidade. Há outro elemento de despesa (34 – outras despesas de pessoal decorrente de contrato de terceirização), que consideramos adequado para essa parcela da despesa.
Nesse sentido, ratificamos o apontamento.

2.13. Não foi publicado o inteiro teor do termo aditivo no Diário Oficial da Cidade, em infringência ao art. 16, inciso I do DM 52.858/11 (item 10.13 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)
Defesa da Origem (Peça 25 – fl. 13)
O extrato do termo aditivo (T.A.) Nº 040/2020 foi publicado no Diário Oficial da Cidade em 13/08/2020, página 75 (SEI 040039472).
Defesa da Contratada (Peça 30 – fl. 10)
Manifestação de competência do ente público.
Manifestação da Auditoria
A Origem confirma o achado, trazendo aos autos a publicação do extrato do TA no DOC, em 13.08.20.
Tendo em vista a exigência de publicidade prevista no DM 52.858/11, sem o estabelecimento de prazo específico para a publicação do TA, a previsão normativa foi cumprida ainda que com bastante atraso, sendo, todavia, solucionado o apontamento.

2.14. Não foi divulgado no CENTS o inteiro teor do termo aditivo, em infringência ao art. 16, inciso II, alínea "a" do DM 52.858/11 (item 10.14 – Peça 26 do eTCM 6675/2020)
Defesa da Origem (Peça 25 – fl. 14)
Cientes da necessidade em atender o artigo 16, inciso II, letra "a", do DM 52.858/11 (item 7.2); informamos que após a extinção da AHM e reestruturação de SMS, já se encontra em rotina junto ao Grupo Gestor do CENTS-SMS o fluxo para publicação dos ajustes (regularização de 2020 e 2021), com o Terceiro Setor no portal CENTS.
Manifestação da Auditoria
A Origem confirma o achado, que ratificamos.

3. CONCLUSÃO
Em atendimento ao determinado à Peça 32, ***em sede de manifestação****, com base nos dados dos apontamentos originalmente constantes e enumerados no eTCM*

006675/2020, à exceção do apontamento do subitem 10.13 (fl. 08 da Peça 26), que se encontra solucionado, ***ratificamos todos os demais apontamentos da análise formal do Termo Aditivo nº 040/2020 do Contrato de Gestão 002/2007/SMS.G/NTCSS****.*

Assim, em análise individualizada, o Termo Aditivo nº 040/2020 do Contrato de Gestão 002/2007/SMS.G/NTCSS, celebrado pela SMS com a Casa de Saúde Santa Marcelina (CSSM), apresenta as irregularidades ratificadas como segue:

- Apontamentos constantes da Peça 26 do eTCM 6675/2020

3.1*. Fragilidade na justificativa quanto aos critérios utilizados para o cálculo do número de leitos adicionais pactuados;*

3.2*. Não houve detalhamento e embasamento dos custos que constam no Plano Orçamentário de forma a garantir a transparência da contratação e em infringência ao art. 28, inciso II, do DM 52.858/11;*

3.3*. Não constam evidências no PA de que tenha sido realizada análise crítica por parte da SMS do plano orçamentário apresentado pela Organização Social;*

3.4*. Não foi apresentada comprovação de satisfatória situação econômico-financeira da entidade contratada, em descumprimento ao art. 27, inciso II e §§1º e 2º, do DM 52.858/11;*

3.5. *Não consta no processo administrativo, tampouco em anexo ao TA assinado, o Plano de Trabalho especificando as alterações promovidas no Contrato de Gestão, em desacordo com o art. 28, inciso I, do DM 52.858/11;*

3.6. *Não foram definidas metas de atendimento ou metas de acompanhamento dos serviços prestados, em infringência ao art. 28, inciso III, do DM 52.858/11;*

3.7. *Não foram definidos os indicadores e como se dará o acompanhamento das ações executadas para avaliação de desempenho e de qualidade na prestação dos serviços, o que infringe ao art. 28, inciso IV, do DM 52.858/11;*

3.8. *Não consta no PA análise da minuta do Termo Aditivo pela Comissão de Avaliação, em dissonância ao inciso I do art. 19 e ao art. 20 do DM 52.858/11;*

3.9. *Não consta a aprovação do Termo Aditivo pelo Conselho de Administração da OS, em dissonância ao inciso III do art. 19 do DM 52.858/11;*

3.10. *O despacho de autorização foi exarado após a assinatura e o início da vigência do TA;*

3.11. *O empenhamento de recursos ocorreu após a assinatura e o início da vigência do TA, em desacordo com os artigos 60 e 61 da LF 4.320/64;*

3.12. *O elemento de despesa utilizado (39 – outros serviços de terceiros PJ) é inadequado, por envolver contrato de terceirização de mão-de-obra empregada em atividade-fim do objeto da contratação, constituindo infringência ao artigo 18, § 1º da LC 101/2000 (LRF);*

3.13. *Não foi divulgado no CENTS o inteiro teor do termo aditivo, em infringência ao art. 16, inciso II, alínea "a" do DM 52.858/11;*

- Apontamentos constantes da Peça 39 do eTCM 6675/2020

3.14. *Dos 20 leitos adicionais contratados, 10 só foram instalados um mês após o início da vigência do TA (01.05.20), sem que houvesse previsão de escalonamento para implantação;*

3.15. *Dos 57 profissionais previstos, apenas 29 foram contratados, o que representa um déficit de 50,9% na lotação de pessoal prevista para o TA, com destaque para os*

> *profissionais de enfermagem, para os quais, dos 11 previstos, não houve nenhuma contratação;*
> ***3.16.*** *A taxa de ocupação hospitalar ficou acima de 100% em 7 das 10 semanas analisadas (01.04.20 a 09.06.20), com pico de 173%, o que denota que houve pacientes que não foram adequadamente alocados nesses períodos."*

Oficiada a Origem e intimada a Contratada, ambas as partes se manifestaram novamente, sendo o CSSM à peça 42 e a Origem à peça 65.

A **Auditoria**, à peça 70, após a análise da documentação acrescida, ratificou todas as suas conclusões constantes de seu relatório de peça 34.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE**, peças 72 e 73, opinou pela irregularidade do Termo Aditivo nº 040/2020 do Contrato de Gestão nº 002/2007/SMS.G/NTCSS, tendo em vista a manutenção das irregularidades constatadas pela Auditoria, assinalando em seu parecer:

> *"O presente ajuste tem por objeto a ampliação de leitos de UTI adulto para o enfrentamento da pandemia de COVID-19.*
> *Sobre o tema, saliento que a Lei Federal n° 13.979/2020 estabeleceu diversas medidas a serem adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.*
> *No Município de São Paulo, houve a publicação da **Lei n° 17.335/2020** e do **Decreto n° 59.283/2020**, que declarou situação de emergência, em decorrência da pandemia.*
> *Para fins de registro, o **artigo 2º** do mencionado Decreto Municipal, estabeleceu as seguintes medidas para o enfrentamento da situação de emergência:*
> *" [...] I - poderão ser requisitados bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa;*
> *II - nos termos do art. 24, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, fica autorizada a dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços destinados ao enfrentamento da emergência.*
> *§ 1º As contratações emergenciais realizadas com fundamento no inciso II deste artigo poderão ser ajustadas com prazo de pagamento da obrigação que assegure o fornecimento de insumos e/ou medicamentos, mesmo que inobservada a estrita ordem cronológica das datas de exigibilidades das obrigações, vedado o seu pagamento antecipado. (Incluído pelo Decreto nº 59.362/2020). [...]".*
> *Quanto à atuação da Secretaria Municipal da Saúde, o seu **artigo 15** determinou que fossem adotadas diversas providências, entre elas, a ampliação do número de leitos em casos mais graves.*
> *Posteriormente, o **Decreto Municipal n° 59.291/2020**, declarou o estado de calamidade pública para enfrentamento da pandemia, e o **Decreto Municipal nº 59.396/2020**, previu a possibilidade de requisição de leitos ociosos da rede particular, com posterior indenização, e definiu outras medidas sobre gestão e protocolos de utilização de leitos no Município, tema este que está relacionada à presente análise.*
> *No tocante aos normativos relativos ao Contrato de Gestão, no âmbito do Município de São Paulo, **a Lei nº 14.132/2006**, que foi atualizada pela **Lei nº 14.664/2008**,*

*dispõe sobre a qualificação de entidades sem fins lucrativos como Organizações Sociais e, por sua vez, o **Decreto nº 52.858/2011** regulamenta a matéria.*
Como é sabido o Contrato de Gestão tem por finalidade contribuir ou reforçar o atingimento de objetivos de políticas públicas, especificando metas (e respectivos indicadores), obrigações, responsabilidades, recursos, condicionantes, mecanismos de avaliação e penalidades.
Além disso, os indicadores previstos nos contratos de gestão devem possuir os atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação dos resultados alcançados, abrangendo as dimensões necessárias à visão ampla acerca do desempenho da Organização Social.
(...)
Pois bem. No caso em tela, segundo exame técnico (peça 70), foram identificadas inconsistências, entre outras, relacionadas à fragilidade na justificativa quanto aos critérios utilizados para o cálculo do número de leitos adicionais pactuados, bem como à falta de detalhamento e embasamento dos custos, que constam no Plano Orçamentário, impedindo, dessa forma, a transparência da contratação, conforme se verifica nos itens 3.1 e 3.2 da Conclusão (peça 34).
*Também houve a constatação de falhas atinentes à não comprovação da situação econômico-financeira da entidade contratada, à falta de detalhamento do Plano de Trabalho e à indefinição das metas de atendimento ou metas de acompanhamento dos serviços prestados, bem como dos indicadores das ações, constantes dos **itens 3.4 a 3.7 da Conclusão (peça 34)***
(...)
E, apesar das respostas trazidas pelos Interessados, em respeito à celeridade e economia processual, entende-se que os argumentos não foram suficientes para afastar as constatações fáticas e técnicas, de tal modo que destaco o exame de peça 70 dos autos, por seus próprios fundamentos.
No tocante à irregularidade de empenhamento de recursos após a assinatura e vigência deste TA (item 3.11 da Conclusão – peça 34), saliento que, segundo disposto no caput do artigo 60 da Lei Federal nº 4320/64, é vedada a realização de despesa sem prévio empenho.
À peça 25 dos autos, a Origem confirma que a emissão da nota de empenho para a cobertura da despesa se deu após autorização do Ordenador de Despesa.
Assim, sob a ótica legal, entende-se que deve sempre ser assegurada a existência de recursos financeiros suficientes para que a Administração possa assumir qualquer obrigação, isto é, para que o Contrato de Gestão pudesse ser firmado, diferentemente do que ocorreu no presente caso.
No mais, embora a Auditoria tenha mantido as infringências dos itens 3.12 e 3.13 da Conclusão (peça 34), da perspectiva jurídica, permito-me tecer as seguintes ponderações:

- item 3.12. O elemento de despesa utilizado (39 – outros serviços de terceiros PJ) é inadequado, por envolver contrato de terceirização de mão-de-obra empregada em atividade-fim do objeto da contratação, constituindo infringência ao artigo 18, § 1º da LC 101/2000 (item 3.12 da Peça 34)[1]:

[1] Neste item, a Especializada considera que o elemento de despesa utilizado (39 – outros serviços de terceiros PJ) não seria adequado, pois há terceirização de mão-de-obra empregada em atividade-fim da entidade. Entende existir outro elemento de despesa (34 – outras despesas de pessoal decorrente de contrato de terceirização), mais adequado para essa parcela da despesa.

> *(...)*
> *Na esteira da defesa apresentada, em respeito à segurança jurídica, destaco o posicionamento desta **AJCE**, em virtude do estudo realizado nos autos do **TC 010122/2017**[2], no sentido de que os contratos de gestão não se inserem no conceito de terceirização preconizado pelo §1º do artigo 18 da LRF, razão pela qual, não deveriam ser computados no cálculo de despesa com pessoal, sem prejuízo das recomendações que o Nobre Conselheiro Relator considerar pertinentes.*
>
> ***- item 3.13. Não foi divulgado no CENTS o inteiro teor do termo aditivo, em infringência ao art. 16, inciso II, alínea "a" do DM 52.858/11 (item 3.13 da Peça 34):***
> *Em resposta, a Origem informa, ciente em atender ao disposto no artigo 16, inciso II, alínea "a" do Decreto Municipal no 52.858/11, "[...] que após a extinção da AHM e reestruturação de SMS, já se encontra em rotina junto ao Grupo Gestor do CENTS-SMS o fluxo para publicação dos ajustes (regularização de 2020 e 2021), com o Terceiro Setor no portal CENTS. " (peça 66).*
> *Do prisma jurídico, ainda que de forma tardia, a SMS se compromete a publicar o ajuste no referido Portal, de modo que, entende-se possível relevar esta falha, sem prejuízo de recomendação no sentido de que a Origem se atente nas próximas contratações quanto aos trâmites administrativos e/ou legais.*
> *Ademais, registro que o item relativo à falta de publicação do inteiro teor do presente Termo Aditivo no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, em infringência ao artigo 16, inciso I do Decreto Municipal no 52.858/11 foi considerado solucionado, no exame técnico de peça 34 dos autos, motivo pelo qual, s.m.j., embora tardia, houve publicidade deste ajuste, a critério do Nobre Conselheiro.*
>
> ***III. Conclusão***
> *Ante o exposto, neste momento processual, opina-se pela irregularidade do Termo Aditivo n. 040/2020 do Contrato de Gestão n. 002/2007/SMS.G/NTCSS, tendo em vista a manutenção das irregularidades constatadas pela Auditoria (peças 34 e 70), com exceção dos itens 3.12 e 3.13 da Conclusão, pelos argumentos ora aduzidos, a critério do Exmo. Conselheiro Relator."*

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, à peça 76, requereu fossem relevadas eventuais falhas e, em consequência, acolhido o Termo Aditivo em exame e, subsidiariamente, requereu que fossem reconhecidos os efeitos jurídicos já produzidos em decorrência do ajuste, pontuando o seguinte em seu parecer:

> *"A Fazenda entende que os elementos de defesa trazidos aos autos pela Secretaria Municipal de Saúde (peça 25, 65/66) e pela Contratada Casa de Saúde Santa Marcelina (peças 26 e 42/46) permitem que o instrumento sob exame seja acolhido,*

[2] Para fins de conhecimento, no que se refere à atuação deste E. Tribunal de Contas, esta AJCE já se manifestou anteriormente (TC 9093/2017), no sentido de que, por não se enquadrarem em terceirização, os contratos de gestão não devem ser computados no cálculo de despesa com pessoal para efeito da apuração dos limites estabelecidos no âmbito da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). A conclusão. neste sentido, foi alcançada no estudo realizado no TC 010122/2017, que tratou do tema, trazendo, inclusive, a preocupação com os riscos que podem advir da utilização desse instrumento: "(...) considerando que os contratos de gestão e os convênios não se inserem no conceito de terceirização, entendo que os valores envolvidos com o pessoal desses contratos de gestão e convênios não devem ser contabilizados como 'outras despesas de pessoal', alertando, porém, que a lacuna da lei gera uma situação de risco, o que pode resultar nas determinações que o Egrégio Pleno entender cabíveis." (g.n.).

eis que foram enfrentados todos os questionamentos levantados pelos d. Técnicos dessa Corte.
(...)
Os esclarecimentos, justificativas e documentos apresentados pela Origem e Contratada ensejam a convicção de que o ajuste ora analisado poderá ser acolhido pelos Nobres Conselheiros ou, ao menos, ter seus efeitos reconhecidos, em atenção aos princípios da estabilização das relações patrimoniais e da segurança jurídica.
Tal assertiva está lastreada no fato de que a Origem e Contratada, cientes das críticas feitas pela Coordenadoria de Fiscalização e Controle enfrentaram todos os questionamentos havidos, tendo demonstrado a regularidade dos atos praticados."

A **Secretaria Geral – SG**, à peça 78, apresentou seu parecer seguindo as conclusões da Auditoria, com exceção do item **3.12**, sobre o qual, assim se manifestou:

"Quanto a inadequação ao enquadramento no elemento de despesa, subitem 3.12, a Equipe de Fiscalização entendeu que não é adequado o enquadramento do elemento 39 – outros serviços de terceiros PJ, pois há terceirização de mão-de-obra empregada em atividade-fim da entidade, sendo o correto a utilização do 34 – outras despesas de pessoal decorrente de contrato de terceirização. Ratificou o apontamento e acrescentou ainda:
Os estudos realizados pela Auditoria nos autos do TC 72.010.122/17- 17, concluíram pela necessidade de **inclusão dos valores dos contratos de terceirização de mão de obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos no Demonstrativo da Despesa com Pessoal, em especial os decorrentes de repasses a entidades do terceiro setor nas áreas de saúde**, educação e assistência, para realização de atividades finalísticas do Estado, exclusivamente no que bse refere à parcela de pessoal. (Grifo original)
Aqui, em sentido exatamente oposto, a Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE se coaduna com o expressado pela Defesa, opinando pela não ocorrência de infringência, justificada da seguinte maneira:
Na esteira da defesa apresentada, em respeito à segurança jurídica, destaco o posicionamento desta AJCE, em virtude do estudo realizado nos autos do TC 010122/2017, no sentido de que os contratos de gestão não se inserem no conceito de terceirização preconizado pelo §1º do artigo 18 da LRF, razão pela qual, não deveriam ser computados no cálculo de despesa com pessoal, sem prejuízo das recomendações que o Nobre Conselheiro Relator considerar pertinentes. (Grifo e itálico originais)
Tendo em vista o impasse e a incerteza da definição correta do ato em análise, entendo que possivelmente a Municipalidade tenha se baseado na corrente defendida pela AJCE, o que, por si só e pela segurança jurídica preconizada, permite, no presente caso, o afastamento ou, no mínimo, a relevação do apontamento.
Apesar de não ter sido publicado o inteiro teor do termo aditivo no Diário Oficial da Cidade, subitem 3.13, a Pasta comprovou que o mesmo foi publicado no Diário Oficial da Cidade em 13/08/2020 e, por não existir prazo determinado, a Especializada entendeu que o apontamento estava solucionado, por atender à exigência de publicidade prevista no DM 52.858/11.
Nesse ponto, a Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE disse que: ainda que de forma tardia, a SMS se compromete a publicar o ajuste no referido Portal, de modo que, entende-se possível relevar esta falha. No meu entender, pelo menos sem

a comprovação da publicação, o mero comprometimento não me parece suficiente para, no momento, relevar o apontamento.
Com relação a falta de divulgação no CENTS do inteiro teor do termo aditivo, subitem 3.14, a Origem confirmou o apontamento e informou que já está em reestruturação de SMS e já se encontra em rotina junto ao Grupo Gestor do CENTS-SMS o fluxo para publicação dos ajustes. Apontamento mantido.
Por todo o exposto, opino, s.m.j., pela irregularidade do Termo Aditivo n. 040/2020 do Contrato de Gestão n. 002/2007/SMS.G/NTCSS, firmado entre a Secretaria Municipal de Saúde (SMS) e a Casa de Saúde Santa Marcelina (CSSM), tendo por objeto original o gerenciamento e execução de ações e serviços de saúde no Hospital Municipal Cidade de Tiradentes."

É o relatório.

VOTO

Cuida o TC 16.276/2020 da análise do Termo Aditivo nº 040/2020 do Contrato de Gestão nº 002/2007/SMS.G/NTCSS, firmado entre a Secretaria Municipal de Saúde - SMS e a Casa de Saúde Santa Marcelina - CSSM, tendo por objeto original o gerenciamento e execução de ações e serviços de saúde no Hospital Municipal Cidade de Tiradentes, com valor de **R$ 68.749.556,00** (sessenta e oito milhões, setecentos e quarenta e nove mil, quinhentos e cinquenta e seis reais).

Já o Termo Aditivo nº 040/2020, ora em exame, tem por objeto a ampliação de 20 (vinte) leitos de UTI adulto para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, para o período de maio a julho de 2020 com valor de **R$ 3. 677.806,74** (três milhões, seiscentos e setenta e sete mil, oitocentos e seis reais e setenta e quatro centavos).

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 da ampliação de 20 (vinte) leitos de UTI adulto para o enfrentamento da pandemia de COVID-19tendo em vista 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.

Trago neste momento, 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").

Os próprios prazos, todos exíguos (a exemplo do prazo de 48 hs para providenciar leito e outros recursos, constante no documento da peça 10 - fls. 11 do TC 6675/2020 – SEI SEI 6018.2020/0020290- 1, referente ao contido no documento SEI nº 028010607[3]) 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.

> *"Determino**, de forma urgente, no prazo de 48 (quarenta e oito horas)** que V.Sas pactuem Planos de Trabalho específicos, observados os critérios técnicos pertinentes, conforme Plano de Ação SEI nº 027592810, visando a operacionalização dos leitos no Complexo Esportivo do Pacaembu com Instituto de Responsabilidade Social Albert Einstein) (AHM), conforme Portaria 157/SMS-GAB/2020, com dispensa de chamamento público em razão da notória excelência da referida entidade no combate ao COVID-19, observando-se o parecer SEI nº 027509435, bem como com as entidades IABAS e SPDM (CRS-N) para operacionalização dos leitos no Complexo do Anhembi, mediante aditamento aos respectivos contratos de gestão, em razão da logística territorial." (grifei)*

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[4], ao discorrer o tema:

---

[3] trata da solicitação do Senhor Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo na análise e manifestação do plano de trabalho das Organizações Sociais Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - Afiliados SPDM e o Ins3tuto de Atenção Básica e Avançada à Saúde – IABAS com vistas à operacionalização dos leitos do Hospital de Campanha do Anhembi no prazo de 48 horas em cumprimento à determinação do Senhor Secretário Municipal de Saúde, o Departamento de Gestão da Assistência:)

[4] 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.

> *"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."*

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 Aditivo nº 040/2020 do Contrato de Gestão nº 002/2007/SMS.G/NTCSS, firmado entre a Secretaria Municipal de Saúde - SMS e a Casa de Saúde Santa Marcelina - CSSM, tem por objeto a ampliação de 20 (vinte) leitos de UTI adulto para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, para o período de maio a julho de 2020 com valor de **R$ 3. 677.806,74** (três milhões, seiscentos e setenta e sete mil, oitocentos e seis reais e setenta e quatro centavos).

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

Assinado digitalmente
por EDUARDO TUMA
Data: 29/07/2024
10:35:53 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo