

**Excelentíssimo Senhor
Conselheiro Relator**

Ref.: Análise da Aquisição em caráter emergencial de 300.000 unidades de avental procedimento com barreiras (Nota de Empenho nº 1614/2020-AHM).

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente de análise da compra efetuada por meio do ato determinativo da despesa consubstanciado na Nota de Empenho nº 1614/2020-AHM, para aquisição, em caráter emergencial, por dispensa de licitação, de 300.000 unidades de avental procedimento com barreiras para as unidades de saúde vinculadas à Autarquia Hospitalar Municipal (AHM), da empresa CIRÚRGICA FERNANDES - COMÉRCIO DE MAT.CIRÚRGICOS E HOSP. SOCIEDADE LTDA. (Processo SEI nº. 6110.2020/0007746-5, Valor total da aquisição: R\$ 5.250.000,00).

O Relatório inicial encontra-se às Peças 25 e 26.

Após expedição de ofício e intimações, apresentaram respostas o Sr. José Guilherme Rocha Júnior (Peças 38/40) e a empresa Cirúrgica Fernandes - Comércio De Mat. Cirúrgicos e Hosp. Ltda. (Peças 41/42). Ato contínuo, os autos foram remetidos a esta Coordenadoria para manifestação às respostas acrescidas em cumprimento à determinação do Excelentíssimo Conselheiro Relator à Peça 47.

Após, a Secretaria Municipal de Saúde (SMS) apresentou defesa (Peça 49).

Em cumprimento à determinação de Vossa Excelência à Peça 50 para manifestação em face da documentação acrescida, passamos à análise que segue.

2. ANÁLISE

Preliminarmente, o Sr. José Guilherme Rocha Júnior afirma que desempenhou suas atividades enquanto chefe de gabinete da extinta AHM com total observância aos princípios

da Administração Pública. Ademais, informa ser possível verificar que o Sr. José Guilherme não realizou atos administrativos ou deliberações nos autos do processo 6110.2020/0007746-5, razão pela qual solicita que seja reconhecida sua ilegitimidade passiva no presente caso.

Destacamos que, apesar de o Sr. José Guilherme não ter realizado atos dentro do referido processo administrativo, constam, nos processos de pagamentos, autorizações de pagamento assinadas pelo Manifestante, não sendo nesses aspectos, portanto, afastada a sua responsabilidade.

Adicionalmente, em linhas gerais, a defesa apresentada pela empresa Cirúrgica Fernandes Comércio De Materiais Cirúrgicos e Hospitalares Ltda. informa que não ocorreram no processo licitatório e nem no fornecimento dos materiais práticas ilegais. Ainda, entende que as irregularidades apontadas pela auditoria devem ser atribuídas exclusivamente aos agentes públicos responsáveis pela AHM.

2.1. Houve infringência ao art. 62, bem como aos artigos 54 e 55 da LF nº 8.666/93, pela não formalização do Termo de Contrato, uma vez que a contratação não se caracterizou como de entrega imediata e integral dos bens adquiridos (subitem 5.1).

Manifestação do Sr. José Guilherme Rocha Júnior (Peça 38, fls. 3/6)

Como é possível observar no Quadro 2, diferentemente do que aduziu a fiscalização do TCM-SP, **as entregas dos insumos se deram em caráter imediato e integral**. Para compreender tal afirmação, é necessário trazer o disposto no artigo 62 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, vejamos:

"Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

§2º Em "carta contrato", "nota de empenho de despesa", "autorização de compra", "ordem de execução de serviço" ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: [...]

§4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica." [grifei]

Como é possível depreender do dispositivo acima, nos casos de compras com entrega imediata e integral de bens dos quais não resultem obrigações futuras e assistência técnica, o legislador conferiu à Administração Pública a faculdade de substituição do termo de contrato, por exemplo, pela nota de empenho da despesa conforme ocorreu no presente caso.

Imperioso trazer o entendimento acerca de entrega imediata e integral constante no artigo 40 da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

§4º Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, poderão ser dispensadas: [grifei]

Entende-se, assim, como entrega imediata aquela efetuada dentro do período de 30 (trinta) dias. Nesse sentido também se manifestou o Tribunal de Contas da União conforme constou no Acórdão n.º 1.234/2018-TCU, vejamos:

"SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO CONVERTIDA DE PARECER DA AUDITORIA INTERNA. DISCUSSÃO A RESPEITO DA LEGALIDADE DA DISPENSA DE TERMO DE CONTRATO E DA UTILIZAÇÃO DE OUTROS DOCUMENTOS NAS HIPÓTESES DE COMPRAS COM ENTREGA IMEDIATA. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO. POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE TERMO CONTRATUAL.

(...)

9.1.1 há possibilidade jurídica de formalização de contratação de fornecimento de bens para entrega imediata e integral, da qual não resulte obrigações futuras, por meio de nota de empenho, independentemente do valor ou da modalidade licitatória adotada, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei 8.666/1993 e à luz dos princípios da eficiência e da racionalidade administrativa que regem as contratações públicas;

9.1.2 a "entrega imediata" referida no art. 62, § 4º da Lei 8.666/1993 deve ser entendida como aquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido formal de fornecimento feito pela Administração, que deve ocorrer por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta esteja válida na ocasião da solicitação;" [grifo nosso]

(TCU. Processo 025.898/2016-7. Rei. José Mucio Monteiro. Data da sessão: 30/05/2018)

No mesmo sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) conforme abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE ASSIS. GOVERNANÇABRASIL S.A. NOTA DE EMPENHO QUESTIONADA. AUSÊNCIA DE FORMALIDADES. LEI 8.666/93. PLEITO PARA ANULAÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. PRETENSÃO DE REFORMA. IMPOSSIBILIDADE. Sem arguições preliminares. No caso dos autos, não houve qualquer comprovação ou mínima demonstração de afronta à legislação. **Nos termos da Lei 8.666/93, conquanto obrigatório, em regra, o instrumento de contrato para algumas modalidades de licitação, a norma o faculta quanto aos casos em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como a nota de empenho de despesa (art. 62, caput, 2ª parte), podendo o termo de contrato ser dispensado e possibilitada a adoção da nota de empenho, a critério da Administração e independentemente de seu valor (art. 62, § 4º).** Na hipótese, não houve qualquer dispêndio por parte da Administração, muito embora tenha sido estipulado valor (R\$ 2.000,00) a título de utilização dos serviços. Precedentes desta Corte. Estabelecimento detentor dos direitos do software que o disponibilizou a título gratuito ou "experimental", o que se subsume aos enunciados da lei que facultam à Administração a formalização, ou não, do termo de contrato, ou de outras formalidades essenciais. Precedentes. Sentença mantida. Recurso não provido. (T JSP; Apelação Cível 1007959-05.2016.8.26.0047; Relator (a): Camargo Pereira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Assis - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/05/2020; Data de Registro: 27/05/2020) [grifo nosso]

Sendo assim, resta demonstrada a inocorrência de infringência aos artigos 62, bem como aos artigos 54 e 55, todos, da Lei nº 8.666/93, uma vez que a contratação se caracterizou como de entrega imediata e integral, ou seja, dentro do prazo de 30 dias nos termos do artigo 40 da Lei nº 8.666/93.

Manifestação da Secretaria Municipal de Saúde (Peça 49, fls. 3/7)

Apesar da excelsa análise realizada pelo Tribunal de Contas, através de seus Auditores, coordenados pela Sra. Coordenadora Chefe de Fiscalização e Controle IV do TCMSP, tais afirmativas não devem prevalecer, principalmente, por não ter atentado à previsão de legalidade dos atos administrativos praticados, bem como não ter destacado no expediente e procedimentos de análise a aplicabilidade das normas vigentes do período de exceção ocorrido em todo o exercício de 2020 e ainda vivido no atual cenário do exercício de 2021.

Ressalta-se que a vigência do Decreto Legislativo nº06/2020, que reconheceu o Estado de Calamidade Pública, nos termos da solicitação Presidencial (Mensagem nº 93/2020), **encontrava-se vigente até o dia 31 de dezembro de 2020**, dando vigência e eficácia aos atos praticados nos termos da Lei Federal nº 13.979/2020, sendo que no âmbito desta Municipalidade se fundamentou através do Decreto Municipal nº 59.283/2020.

Somente por isso, citando essas novas normativas que tiveram sua existência, validade e eficácia no plano administrativo, já era e é suficiente para justificar a legalidade e moralidade de todos os atos administrativos ocorridos no PA Eletrônico SEI nº 6110.2020/0007746-5, entretanto, sabe-se também que tais exceções normativas, no campo das omissões legais, se aplicaram

supletivamente e subsidiariamente às normas descritas na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, ou seja, as diretrizes da Lei Federal nº 8.666/93.

Por isso, talvez, seja a afirmativa do TCM-SP quanto a eventual infringência da Administração Pública Indireta aos artigos 62, 54 e 55 da citada norma geral, mas reitera-se, **não há ilegalidade muito menos imoralidade nos atos praticados.**

A pedido da Gerência de Suprimentos, da extinta Autarquia Hospitalar Municipal, (doe. SEI nº 028356986), devidamente instrumentalizado, principalmente com o Termo de Referência e Requisição Emergencial (docs. SEI nº 028348685 e 028355231), denota-se que se observou as regras descritas nos artigos 4-C e 4-E da Lei Federal nº 13.979/2020, uma vez que se presume comprovado nos autos a ocorrência da situação de emergência; da necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; da existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares; além da limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência (art. 4-B).

Destaca-se, nesse ponto, que a rigidez e formalismo nas contratações emergências previstas na Lei Federal nº 13.979/2020 fora demasiada dentro da Administração Pública Indireta, pois antes mesmo da aprovação dos procedimentos através de parecer definitivo e despacho da Autoridade competente, exigia-se sempre, o cumprimento das normas legais, apesar da exceção vivida à época no País e nesta Municipalidade de São Paulo, conforme manifestação da Assessoria Jurídica daquela extinta Administração Pública Indireta (doc. SEI nº028415248), acompanhada da exigência da Superintendente à época (doc. SEI nº028420566).

[...]

Contudo, bem formalizado e instruído o expediente, sem a presença de dolo ou culpa nos atos administrativos praticados, sempre com o intuito, na medida do possível e dentro das exceções impostas para o momento, de interpretar as normas de gestão pública em favor e sem prejuízo dos direitos dos administrados, conforme possibilita o artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, prosseguiu o certame.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão consideradas 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 ata, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposta, limitado ou condicionado a ação da agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 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 da agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conto na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Destarte, devido a **URGÊNCIA** e **EMERGÊNCIA** apontada, houve parecer jurídico aprovando os atos administrativos praticados, do ponto de vista exclusivamente jurídico-formal (doc. SEI nº 028560321), com o consequente Despacho proferido pela Autoridade competente (doc. SEI nº 028560532);

[...]

Desta forma, após a publicidade do ato praticado - Despacho Autorizatório - houve a emissão da Nota de Empenho com respectivo Anexo, ordenada sob nº 1.614/2020, observando-se rigorosamente os requisitos do artigo 54 e 55 da Lei Federal nº 8.666/93 [...].

Veja, apesar de a legislação exigir o contrato escrito formal, faculta a sua substituição por outros instrumentos hábeis que preencham os requisitos do artigo 55 da Lei de Licitações, conforme redação, parte final, do artigo 62 da Lei Federal nº 8.666/93, vejamos:

[...]

Nesse sentido, inclusive, já se posicionou o próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Recurso de Apelação, ordenado sob nº 799.896.5/9-00, vejamos:

"Contratação Pública - Contrato - Formalização - Inexistência de contrato escrito - Utilização de instrumentos substitutos - Nota de Empenho - Cumprimento dos requisitos previstos no art. 55 da lei nº 8.666/93 - Possibilidade - TJ/SP

Entendeu o TJ/SP, com base na Lei nº 8.666/93, que "ante a inexistência de contrato escrito entre as partes, é possível a utilização de instrumentos substitutos como a nota de empenho de despesas para formalização da avença, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos no art.55 da Lei nº 8.666/93." (TJ/SP, Apelação Cível nº 799.896.5/9-00).

Não é diferente o entendimento do E. Tribunal de Contas da União, vejamos:

"Contratação pública - Contrato - Substituição por outros instrumentos - Condições a serem observadas - TCU

Nos casos previstos no art. 62 da Lei 8.666/93, quando substituir o contrato por outros instrumentos hábeis, atente para que sejam incluídos no instrumento, no que couber, as cláusulas a que se refere o art.55 da aludida Lei, conforme estabelecido no §2º do art. 62 desta norma legal. (TCU, Decisão nº 745/2020, Plenário, Rei. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU de 16.07.2020).

Contratação pública - Contrato - Substituição por outros instrumentos - Condições a serem observadas.

Nos instrumentos substitutos deverão estar consignados um conteúdo mínimo de exigências previstas no art. 55. Esse mínimo não pode ser descartado a fim de seja resguardado o interesse da Administração e o do contratado. Dessa forma, a descrição do objeto, o prazo de execução, a forma de pagamento, as dotações orçamentárias, as multas pecuniárias, entre outras informações reputadas importantes à vista do objeto e sua execução, devem ser previstos no instrumento substituto. *Confirma Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite, n. 71, p.44, jan.2000, seção Perguntas e Respostas."*

Entretanto, apesar da legalidade e moralidades dos atos administrativos praticados e da legalidade da substituição do contrato formal escrito pela nota de empenho, principalmente, por observar os requisitos do artigo 54 e 55 da Lei Federal nº 8.666/93, temos que no caso em apreço aplica-se a regra, ou melhor, a exceção prevista no §4º do artigo 62, pois se trata de entrega imediata.

Veja, o Despacho Autorizatório fora assinado pela Autoridade competente no dia 30/04/2020, dando-se publicidade ao ato administrativo em 05/05/2020, uma vez que 1º de maio de 2020 fora feriado, resultando nesse lapso temporal.

Vislumbra-se no expediente que conforme os procedimentos de pagamento a 1ª (primeira) Ordem de Serviço fora retirada no dia 30/04/2020, sendo que a entrega dos materiais se deu no mesmo ato e dia (30/04/2020), sendo a última ordem retirada no dia 27/05/2020, com data de entrega dos insumos no dia 29/05/2020, observando o período de 30(trinta) dias, atentando-se a legalidade prevista no §4º do artigo 40 Lei de Licitações.

Observa-se, também, que tais prazos foram certificados pelos próprios Fiscais da Auditoria do TCM/SP, inserindo no Quadro 2 - Realização dos Fornecimentos - o número da Ordem de Fornecimento, data da retirada da Ordem de Fornecimento, data da Entrega do Material, Quantidade e Valor, concretizando a total entrega imediata dos insumos, dentro do prazo de 30(trinta) dias, ou seja, entrega imediata prevista no §4º do artigo 40 da Lei de Licitações [...].

Além do disposto acima, é importante ressaltar que o entendimento doutrinário e jurisprudencial, sobre a ENTREGA IMEDIATA, é de que o prazo de entrega dos insumos decorre dentro do intervalo de 30(trinta) dias.

Portanto, **NÃO há que se falar em irregularidades**, pois a Administração Pública Indireta cumpriu literalmente as exigências legais previstas no artigo 62, 54 e 55 da Lei de Licitações, substituindo o contrato administrativo pela nota de empenho, conforme exceção prevista no §4º do artigo 62 da citada Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Nesse mesmo sentido já se posicionou o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco:

"Contratação pública - Contrato - Termo de contrato - Dispensa - TC/PE

"O art. 62, §4º, da Lei nº 8.666/93, atualizada pela Lei nº 8.883/94, trata da dispensa do termo de contrato, independentemente do valor envolvido. É a hipótese de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica. Não suscita, por si só, termo de contrato a obrigação de adequação do produto a cargo do fornecedor, relativamente aos bens por ele fornecidos, pois esta constitui garantia legal, nos termos do art. 24 da Lei nº 8.078/90. Aplica-se à aquisição de periódicos para entrega futura a regra geral do termo de contrato, sempre que o preço da operação se encontra na faixa própria à concorrência ou tomada de preços, ainda que na ocorrência de dispensa ou inexigibilidade de licitação". (TC/PE, Decisão nº 1.329/95, Processo nº 9.506.031-5, Sessão de 22.11.1995)."

Não é diferente o entendimento do Tribunal de Contas da União:

"GRUPO II - CLASSE VII - PLENÁRIO TC-025.898/2016-7

Apenso: TC-018.564/2015-1

Natureza: Representação

Representante: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog)

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO CONVERTIDA DE PARECER DA AUDITORIA INTERNA. DISCUSSÃO A RESPEITO DA LEGALIDADE DA DISPENSA DE TERMO DE CONTRATO E DA UTILIZAÇÃO DE OUTROS DOCUMENTOS NAS HIPÓTESES DE COMPRAS COM ENTREGA IMEDIATA. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO. POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE TERMO CONTRATUAL.

1. *É juridicamente possível a formalização de contrato de fornecimento de bens para entrega imediata e integral, da qual não resulte obrigações futuras, por meio de nota de empenho, independentemente do valor ou da modalidade licitatória adotada, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei 8.666/1993 e à luz dos princípios da eficiência e da racionalidade administrativa que regem as contratações públicas.*

2. *Entende-se por "entrega imediata" (mencionada no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993) aquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido de fornecimento formal feito pela Administração, que deve ocorrer por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta esteja válida na ocasião da solicitação."*

E, por fim, se não entender o compute da data da assinatura do Despacho autorizatório, o que melhor traduz no meu entender, *s.m.j.*, a aplicação da regra prevista no §4º do artigo 40 da Lei de Licitações, computando-se da emissão da Nota de Empenho, a mesma ocorreu no mesmo dia 30/04/2020, estando a proposta válida e datada do dia 29/04/2020, totalmente dentro do prazo de 30 (trinta) dias, portanto, totalmente legal e moral o ato administrativo praticado.

Diante de todo o exposto, tais afirmativas de ilegalidades e contrariedades às normativas previstas nos artigos 62, 54 e 55 da Lei de Licitações são totalmente contrárias às regras e entendimentos doutrinários e jurisprudências majoritários dos Tribunais de Contas, principalmente, quanto ao entendimento de que não houve infração, ilegalidade e muito menos imoralidade nos atos administrativos praticados, substituição do contrato administrativo por outro instrumento hábil que traduza a realidade e requisitos do contrato, como no caso, a Nota de Empenho, além da caracterização da entrega imediata prevista no §4º do artigo 62 c.c. §4º do artigo 40 da Lei de Licitações.

Análise da Coordenadoria

De acordo com art. 62, §4º da Lei Federal 8.666/93, é dispensada a formalização de contrato nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, podendo ser substituído por outros instrumentos, tais como nota de empenho.

Consoante entendimento firmado pelo TCU, com base na interpretação do art. 62, §4º em conjunto com art. 40, § 4º da Lei Geral de Licitações, assente por entrega imediata aquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido de fornecimento formal feito pela Administração, que pode se dar por meio da emissão da nota de empenho.

Verifica-se que a Nota de Empenho 1.614/2020 foi emitida em 30.04.20, que corresponde também à data de retirada da primeira ordem de fornecimento, enquanto a última entrega ocorreu em 29.05.20, portanto menos de 30 dias após a emissão da referida nota.

Neste sentido, embora o objeto tenha sido entregue em parcelas, a Origem demonstra que todas foram entregues dentro de 30 dias, o que, dessa forma, configura a entrega imediata e integral dos bens, possibilitando, então, a dispensa de celebração do instrumento de termo de contrato, razão pela qual consideramos **superado** o apontamento inicial.

2.2. O Termo de Contrato não foi publicado no DOC, em infringência ao artigo 26 da LM nº 13.278/02, e não foi transmitido por meio da plataforma PUBnet (subitem 5.2).

Manifestação do Sr. José Guilherme Rocha Júnior (Peça 38, fls. 6/7)

Em relação a este apontamento, convém ressaltar que os atos constantes no processo administrativo nº 6110.2020/0007746-5 foram disponibilizados ao público em geral por meio da plataforma SEI, bem como foram efetivamente publicados no Diário Oficial da Cidade de São Paulo nas edições de 05/05/2020 à página 66 (**documento 03**) e de 09/06/2020 às páginas 50/51 (**documentos 04.1 e 04.2**).

Ademais, em se tratando a nota de empenho como instrumento hábil a substituir o termo de contrato com fulcro nos artigos 62, §4º, da Lei nº 8.666/93 em consonância com o artigo 40 da referida Lei, não se exige a obrigatoriedade de publicação dos instrumentos hábeis a substituir o termo de contrato conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU).² A mesma obrigatoriedade de publicação também não se vislumbra nos termos da Lei Municipal nº 13.278/2002.

Desse modo, em que pese a inexistência de exigência de prazo para publicação dos instrumentos hábeis a substituir o termo de contrato tanto pela Lei nº 8.666/93 quanto pela Lei Municipal nº 13.278/2002, resta demonstrada a efetiva publicidade aos mencionados atos administrativos constantes nos autos do processo administrativo 6110.2020/0007746-5 disponíveis na plataforma SEI ao público em geral, bem como publicados no DOCSP nos dias 05/05/2020, à pág. 66, e 09/06/2020, às págs. 50/51 conforme **documentos 03 e 04.1 e 04.2**.

Manifestação da Secretaria Municipal de Saúde (Peça 49, fl. 7)

Entretanto, em que pese às afirmativas do TCM/SP, denota-se que não cabem tais alegações, uma vez que o caso se trata de exceção prevista no §4º do artigo 62 c.c. §4º do artigo 40 da Lei de Licitações.

Sendo assim, a lei municipal é taxativa ao prever que: os "**termos de contratos e seus respectivos aditivos**" devem ser publicados, na íntegra ou em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20(vinte) dias contados da sua assinatura.

No caso em tela, a Administração Pública Indireta está adstrita às regras e princípios previstos no "caput" do artigo 37 da Constituição Federal, sendo que deve observar, rigorosamente, o que prevê a literalidade da norma.

Destarte, não prevendo a Lei Federal nº 8.666/93 a obrigatoriedade da publicação da Nota de Empenho, muito menos prevê a Lei Municipal quanto a tal exigência, concretizando, assim, a legalidade do ato praticado, uma vez que a não formalização do contrato administrativo no caso em tela está amparada no §4º do artigo 62 c.c. §4º do artigo 40 da Lei de Licitações.

Nesse sentido, é a orientação do Tribunal de Contas da União no caderno de Licitações e Contratos: Orientações básicas:

"(...)

Não é exigida pela Lei de Licitações publicação do extrato dos instrumentos hábeis a substituir o termo de contrato, a exemplo de carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra e ordem de execução de serviços.

(...)."

Portanto, totalmente legal os atos administrativos praticados pela Administração Pública Indireta, uma vez que não há legislação vigente que exija essa publicação quanto a Nota de Empenho que substituiu o contrato administrativo, nos termos da §4º do artigo 62 e.e. §4º do artigo 40 da Lei de Licitações.

Sendo o que havia a esclarecer e informar, reiterando o nosso posicionamento de legalidade e moralidade dos atos praticados no PA Eletrônico nº 6018.2020/0085946-3, originado do Ofício SSG 14680/202, Processo TC/010948/2020.

Análise da Coordenadoria

Conforme entendimento exposto no **subitem 2.1**, é dispensada a formalização de contrato para situações em que há entrega imediata e integral dos bens adquiridos, de acordo com art. 62, §4º da LF 8.666/93.

Pelo exposto, em decorrência da análise da documentação acrescida em relação ao subitem 2.1, **superamos** o apontamento inicial da auditoria.

2.3. Não restou demonstrado no processo SEI 6110.2020/0007224-2 como o quantitativo estipulado na contratação foi alcançado, bem como sua adequação e suficiência para o contexto vivenciado na ocasião, em dissonância com o artigo 4º-E, §1º, da LF nº 13.979/2020 (subitem 5.3).

Manifestação do Sr. José Guilherme Rocha Júnior (Peça 38, fls. 7/8)

Com esteio nos autos do processo administrativo, a Área Técnica esclareceu ter tomado por base o consumo médio mensal (CMM) das Unidades Hospitalares.

Todavia, a fiscalização do TCM-SP entendeu que o CMM não possui relação com o CMM Mensal, uma vez que o consumo mencionado era anterior à pandemia.

Ocorre que, mesmo ao ter se deparado com uma situação atípica sem precedentes que ocasionou o aumento do consumo de insumos pelos profissionais de saúde de forma vertiginosa, a Área Técnica adotou o quantitativo mais próximo da realidade como base de cálculo e, ainda, levou em conta: i) a urgência e exigüidade do prazo para contratação; ii) o quantitativo de aventais disponíveis nas Unidades Hospitalares, inclusive, próximos ao desabastecimento em decorrência do consumo desenfreado conforme mencionado acima, (iii) a ausência do material para entrega noticiada pela empresa detentora da Ata (Polar Fix Indústria e Comércio de Materiais Hospitalares Ltda.) conforme constou no pedido de cancelamento de Empenho (documento 05); iv) a pressão exercida pelos Órgãos de Controle Externo e Interno, Sindicatos, Órgãos de Classe, Mídia e Diretores das Unidades '6' - Hospitalares para aquisição dos materiais ante a eminência de desabastecimento que poderia colocar em risco todos os profissionais envolvidos no combate a Covid-19; e v) os riscos à segurança das pessoas, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, em caso de eventual desabastecimento que poderia ocasionar a contaminação dos profissionais de saúde na linha de frente do combate a doença.

Sendo assim, mesmo diante do ineditismo da situação pandêmica e da pressão exercida pelos diversos vetores pelos quais a Administração Pública se deparou à época, resta demonstrado que a AHM adotou todos os critérios disponíveis com a maior objetividade possível para a contratação de aventais no quantitativo necessário como medida de enfrentamento ao coronavírus, de modo que o desabastecimento de tais itens poderia ocasionar prejuízos muito maiores à saúde da população paulistana.

Cumprе ressaltar que todos os esforços envidados pela Administração Indireta foram concluídos com êxito diante da inoccurrence de desabastecimento dos referidos materiais, cujos prejuízos seriam capazes de colocar em risco a segurança das pessoas e dos profissionais de saúde - o que não ocorreu no caso em comento.

Manifestação da Secretaria Municipal de Saúde (Peça 49, fls. 7/9)

Conforme doc. SEI nº 037645583, segue evolução de consumo dos aventais com dados extraídos do sistema CM Cetil utilizado como base para referida contratação.

O quantitativo contratado seria suficiente para suprir por aproximadamente 02 meses.

Com o início da pandemia, o estoque de EPIs existente, que seria apto a atender meses de trabalho, foi consumido de forma intensa e em poucos dias, já se via o desabastecimento. Os profissionais da saúde, não por desordem ou por imperícia, mas por puro medo e, ainda naquele momento, falta de informação, consumiam tudo que era destinado à proteção individual.

Dada a imprevisibilidade da pandemia, não havia condição de estimar a quantidade exata que seria consumida, pois a pandemia pegou a todos de surpresa.

O consumo de EPIs foi proporcional ao stress causado pelas notícias que davam conta do alto grau de contágio e do número crescente de mortes.

O estoque existente na Prefeitura atenderia, em situação normal, 06 meses. Com a decretação do Estado de Calamidade, isolamento social, e contágio crescente, instalou-se o medo e o pânico, o estoque foi consumido em dias.

O término do estoque e a necessidade de reação foram instantâneos. Quando a pandemia chegou, a situação regular terminou. O que nunca foi comum por parte da Administração, uma vez que os fornecedores acudiam aos chamados, passou a ser a tônica, em que a Prefeitura consultava os fornecedores, mas ao invés de uma resposta positiva, as empresas simplesmente não respondiam, ou quando o faziam, pediam para cancelar os preços registrados por várias razões: ausência do produto no mercado; produção insuficiente; mão de obra reduzida; matéria prima inexistente. Em suma, a AHM/SP teve de correr atrás de quaisquer outros fornecedores.

Os fornecedores regulares (com Ata) pediram o cancelamento dos preços. Nas pesquisas, as empresas não tinham disponibilidade de quantidade.

Não se pode perder de vista o *status quo* em que se deram as aquisições sob análise.

[...]

Estas são notícias de abril/2020, mês da instauração dos processos em questão, que permitem, ainda que não completamente, aferir o desespero daquele momento. A pressão exercida pelos profissionais, sindicatos da categoria, Ministério Público do Trabalho, era intensa e obrigava a Administração a disponibilizar os EPIs de forma imediata, tendo ou não tendo o produto em estoque.

Análise da Coordenadoria

O Acórdão nº 1335/2020 proferido pelo Plenário do TCU estabelece que

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

Portanto, ainda que diante de situação de calamidade pública, em específico a pandemia causada pela COVID-19, é necessário que conste nos autos a justificativa para o quantitativo contratado.

Neste diapasão, a AHM apresentou consumo médio mensal das unidades hospitalares de 124.750 unidades. Entretanto, o quantitativo contratado foi de 300.000 unidades. Neste sentido, não se verifica relação entre o CMM e a estimativa apresentada, não sendo, portanto,

evidenciado a necessidade de contratação na quantidade fixada, conforme já pontuado pela equipe técnica. Ademais, não foi apresentada memória de cálculo justificando adequação e suficiência do quantitativo contratado para o contexto vivenciado na ocasião.

Pelo exposto, **ratificamos** a conclusão da auditoria.

2.4. A contratação por meio de dispensa de licitação encontra-se justificada nos autos do processo SEI 6110.2020/0007224-2, para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, conforme previsão do art. 4º da Lei Federal nº 13.979/2020, e do art. 2º, inciso II do DM nº 59.283/2020 (subitem 5.4).

Manifestação do Sr. José Guilherme Rocha Júnior (Peça 38, fl. 8)

Nesse ponto, convém ressaltar que a justificativa e os documentos acostados nos autos do processo administrativo são capazes de demonstrar a urgência e a necessidade da aquisição em caráter emergencial de aventais com procedimentos com barreiras destinados ao enfrentamento da situação de emergência declarada pelo Município de São Paulo.

Análise da Coordenadoria

O Sr. José Guilherme consente com o entendimento apresentado pela auditoria neste quesito, razão pela qual **ratificamos** a conclusão da auditoria.

2.5. A cotação de preços efetuada para a aquisição é insubsistente, não tendo restado justificado o preço praticado, em infringência ao art. 4º-E, §1º, VI e ao §3º do mesmo artigo da Lei Federal nº 13.979/20 (subitem 5.5).

Manifestação do Sr. José Guilherme Rocha Júnior (Peça 38, fls. 8/9)

Em que pese os apontamentos da fiscalização, ao verificar os autos do processo administrativo, é possível observar que o chamamento foi realizado ao maior número de fornecedores possível, todavia sem lograr o êxito habitual diante da recusa de envio de proposta por diversas empresas, pela falta de disponibilidade do material no mercado; e pela indisponibilidade de atendimento aos quantitativos e prazos necessários para suprir os estoques das Unidades Hospitalares - de modo que, conforme se infere dos autos, o critério adotado para a escolha da proposta vencedora se deu em razão do menor valor apresentado.

Por fim, no que toca a eventual fixação de valores superiores aqueles verificados nos períodos anteriores à pandemia, caberá à Administração Pública, se assim entender, promover eventuais medidas administrativas e judiciais cabíveis em face das contratadas e detentoras de atas de registros de preços.

Manifestação da empresa Cirúrgica Fernandes (Peça 41, fls. 4/10)

[...] a Autarquia Hospitalar Municipal transmitiu um email para dezenas de empresas fornecedoras de produtos médico-hospitalares (DOC. 2).

O objetivo, em síntese, foi a solicitação de propostas comerciais para o fornecimento, em caráter emergencial, de aventais descartáveis para o enfrentamento da pandemia [...].

Pois bem, das dezenas de empresas que receberam os e-mails, inúmeras imediatamente responderam e informaram que, diante da significativa demanda sucedida, o produto não estava mais disponível no estoque, nem poderia ser cotado, pois não havia fabricantes aptos para a produção destes aventais no mercado.

[...]

Prosseguindo-se com a explicitação, estes Subscritores constataram, na avaliação do SEI 6110.2020/000707-03, que quatro empresas responderam os e-mails da Autarquia Hospitalar Municipal, com uma cotação para o produto [...].

Nestes termos, a Autarquia Hospitalar Municipal formalizou o quadro final de cotação obtido (DOC. 9).

Sobreveio, assim, manifestação da Autarquia Hospitalar Municipal, e que de nada interessa para a empresa Requerente, mas que em síntese consignou formalmente nos autos que a empresa com a melhor proposta, Sefer Indústria e Comércio Ltda., seria a escolhida, mas não poderia entregar o produto no prazo pretendido (DOC. 10), bem como desclassificou as demais, quais sejam, Sponton & Sponton Ltda., Visan Assessoria e Produtos Hospitalares e Elevoni Comércio e Assessoria Hospitalar EIRELI, cada qual com uma fundamentação específica (DOC. 11).

Ocorreu que, diante do fato de que nenhuma empresa conseguiu satisfazer o objetivo da Autarquia Hospitalar Municipal, foi transmitido um novo e-mail, no dia 27 de abril de 2020, às 17h06 (DOC. 12), praticamente dez dias depois da transmissão dos primeiros, portanto, novamente para as dezenas de empresas fornecedoras de produtos médico-hospitalares, objetivando cotação para o produto pretendido, agora com uma pequena variação das características inicialmente discriminadas, mas mantendo-se a exigência de **gramatura mínima de 50g/m2 (DOC. 13)**.

[...]

Seis empresas, contudo, responderam e apresentaram suas cotações [...].

Nestes termos, a Autarquia Hospitalar Municipal formalizou o quadro final de cotação obtido (DOC. 20).

Faz-se necessário, aqui, pormenorizado esclarecimento, como igualmente fizemos nos autos do inquérito policial.

Como é de amplo conhecimento, em razão da triste contaminação epidêmica, a aquisição de produtos médico-hospitalares acelerou em demasia; por conta disso, a empresa Requerente passou a buscar fornecedores idôneos que pudessem abastecer o seu estoque, na medida em que não estava conseguindo atender a significativa demanda dos hospitais públicos e privados; neste contexto, a empresa Requerente criou uma verdadeira força-tarefa para adquirir produtos

para atender o mercado, e, ato contínuo, abriu novos canais de comunicação com os representantes comerciais espalhados em todos os Estados da Federação.

Neste cenário, um dos canais aludidos foi a criação de um grupo de whatsapp reunindo mais de 130 pessoas, entre as quais os próprios representantes comerciais, assim como os responsáveis pelo setor de vendas, pelo setor de tele vendas e demais profissionais que ocupam a área comercial da empresa Requerente.

O objetivo foi específico: divulgar com a máxima agilidade os produtos que a empresa Requerente estava disponibilizando no acervo comercial, entre os quais sondas de aspiração, máscaras, filtros, cateteres, termômetros infravermelho digitais, entre outros (**DOC. 21**).

E foi neste exato contexto que a empresa Requerente, assim, encontrou fornecedores idôneos e disponibilizou, em seu acervo comercial, aventais descartáveis para comercialização no mercado (**DOC. 22**).

Prova incontestável disto está retratada nas notas fiscais do produto adquirido pela empresa Requerente, emitidas pelas empresas fabricantes Plant Comercial Ltda., com o preço de R\$ 13,50 (treze reais e cinquenta centavos) a unidade (**DOC. 23**); Magma Indústria, Comércio e Importação de Têxteis Ltda., com o preço de R\$ 13,50 (treze reais e cinquenta centavos) a unidade (**DOC. 24**), estas duas pertencentes ao mesmo grupo empresarial; e Suburban Indústria e Comércio de Roupas Ltda., com o preço de R\$ 12,00 (doze reais) a unidade (**DOC. 25**), todas emitidas a partir do dia 30 de abril de 2020, e assim sucessivamente.

Ou seja, Excelentíssimo Conselheiro, por mais que quisesse responder os dois primeiros e-mails encaminhados pela Autarquia Hospitalar Municipal, nos dias 16 e 17 de abril, para aquisição emergencial de aventais, a Senhora Marisa Breguês simplesmente não teria condição de apresentar uma cotação de preço deste produto, na medida em que a empresa Requerente não tinha isso em seu acervo comercial.

As circunstâncias mudaram, contudo, assim que a empresa Requerente comunicou os representantes comerciais sobre a disponibilidade de aventais em seu acervo.

Foi somente depois disso, então, que a Senhora Marisa Breguês encaminhou a cotação, através do e-mail do dia 30 de abril de 2020, às 13h01, com o preço de R\$ 17,50 (dezessete reais e cinquenta centavos), por cada unidade de avental (**DOC. 19**).

Destaque-se, por oportuno, que não foi somente esta a cotação encaminhada pela representante comercial aludida; conforme se demonstrará em tópico distinto, adiante, nos autos de um outro SEI, a Senhora Marisa Breguês, em resposta a um outro e-mail recebido no mesmo dia 27 de abril de 2020, às 16h51, da própria Autarquia Hospitalar Municipal, encaminhou uma outra cotação, com o mesmo preço, qual seja, R\$ 17,50 (dezessete reais e cinquenta centavos) por cada unidade de avental, com uma pequena diferença das características exigidas naquele SEI.

Pois bem, prosseguindo-se com a explicitação, estes Subscritores constataram, na avaliação deste SEI 6110.2020/000707-03 específico, que, no dia 4 de maio de

2020, portanto quatro dias depois de ter cotado o produto, através do e-mail do dia 30 de abril de 2020, foi que a Senhora Marisa Breguês encaminhou um novo e-mail para a Autarquia Hospitalar Municipal, solicitando formalmente a desclassificação da empresa Requerente no procedimento de aquisição, ocasião em que laconicamente informou que não teria mais o item disponível no acervo da empresa Requerente, para comercialização (**DOC. 26**).

[...]

Ora, se a Senhora Marisa Breguês tivesse seguido adiante, o produto cotado poderia não ser fornecido para a Autarquia Hospitalar Municipal nos prazos urgentes exigidos por conta da pandemia, circunstância que inadvertidamente causaria prejuízo para o órgão público, que ficaria sem os aventais pretendidos [...].

Nestes termos, diante do fato de que inexistente, reitere-se, absolutamente inexistente qualquer indício da prática de qualquer ilícito nos fatos narrados, comprovados no bojo do SEI 6110.2020/000707-03, ao menos no que se refere à conduta da Senhora Marisa Breguês, na qualidade de representante comercial da empresa Requerente, pugnam estes Subscritores pela elaboração de relatório circunstanciado, afastando assim qualquer incerteza que possa ter permeado a consciência de Vossa Excelência na apuração promovida por este Tribunal de Contas.

Manifestação da Secretaria Municipal de Saúde (Peça 49, fls. 9/10)

A pesquisa realizada no Banco de Preços, em órgãos Públicos, para aquisição de produtos semelhantes ao presente objeto era de 2019.

A manifestação no encaminhamento SEI nº 028509707 que atendia ao objeto e solicitando continuidade da contratação, se referia ao descritivo técnico que era compatível ao objeto que se pretendia contratar.

Para base de preços foi ampliada pesquisa pelo setor Núcleo de Licitação da extinta AHM, pois a pesquisa não poderia ser considerada devido ao período ser anterior à pandemia.

A contratação foi noticiada ao maior número possível de fornecedores, conforme demonstrado em imagem abaixo

[...]

Foram chamadas, pelo menos, 21 empresas. A maior parte delas recusou-se a enviar proposta.

Mesmo com a convocação por email e, ainda, a ratificação por telefone, a maioria das empresas não acudiu ao chamamento.

Como se viu, foram chamadas várias empresas com atividade primária compatível com objeto da contratação, dentre as quais, vários são grandes fornecedores da área da saúde, tais como Medihouse, Stramedical, Provimed, Healthquality, Cremer e outros, não havendo tempo hábil para a contratante promover análises preliminares quanto à qualificação de todas as empresas consultadas para certificação se são eram ou não do ramo pertinente a contratação desejada em vigência da pandemia e do caos que estávamos vivenciando com choque de consumo nas Unidades Hospitalares.

Fora ampliada o máximo possível o chamamento ao mercado, contemplando fornecedores habituais como também empresas de fornecimento eventual.

Ainda que recusando o pedido, algumas empresas se dignaram a responder:

[...]

Quando a AMH/SP socorreu ao mercado, teve a surpresa de encontrar resistência dos habituais fornecedores que, mesmo detentores de preços registrados, negaram o fornecimento com a justificativa de falta de matéria prima e mais: requereram o cancelamento do registro.

Mesmo com uma convocação geral aos fornecedores, poucos deles compareceram. Fornecedores não tradicionais e que não atuavam habitualmente no ramo da saúde, também ofereceram propostas, garantindo a entrega e o atendimento às condições sanitárias básicas. A AMH/SP não tinha outra solução, senão a de receber as propostas e considerá-las aptas à disputa.

O critério foi o de chamamento geral, amplo e transparente. No entanto, a AMH/SP não recusou proposta alguma, especialmente quando o fornecedor se comprometia com as condições da Prefeitura.

Portanto, se comparadas às aquisições apuradas pelo Painel de Preços, e realizadas em abril/2020, os valores obtidos pela AMH/SP estariam em plena conformidade. Remanesceria em aberto a quantidade, que fora bastante inferior àquela requerida pela Prefeitura. Se a AHM/SP tivesse instaurado um compra emergencial para aquisição de pequenas quantidades de aventais, certamente o resultado seria diferente, pois o universo de competidores seria muito mais amplo.

Ante o exposto, entendemos que os preços obtidos no processo SEI 6110.2020/0007746-5 (avental com barreira) foram compatíveis com o momento, com a quantidade adquirida, com a peculiaridade da especificação e que o fornecimento realizado pela empresa que não comprometeu a economicidade e a vantajosidade para o interesse público.

Análise da Coordenadoria

O art. 4º-E, §3º da Lei Federal nº 13.979/20 possibilita a contratação pelo Poder Público por valores superiores à estimativa de preços, decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, devendo haver justificativa nos autos. Ocorre que, conforme exposto pela auditoria, a pesquisa de preços realizada pela AHM apresentou fragilidades que maculam a cotação realizada, tais como:

- Ligação societária entre duas empresas que apresentaram cotação, 18 Empreendimentos Eireli e CR Acrílicos;
- Somente uma das quatro empresas que participaram do processo desempenha atividade primária compatível com o objeto da contratação;

- Pesquisa de preço realizada com objeto que guarda semelhança com o objeto da contratação em análise, e em período compatível, que apresentou valor inferior ao praticado na contratação em tela.

Neste sentido, diante das fragilidades observadas pela equipe técnica, verifica-se que a cotação realizada não justifica o preço praticado, em infringência ao art. 4º-E, §3º da LF nº 13.979/20.

Pelo exposto, **ratificamos** a conclusão da auditoria.

2.6. Não restou comprovado no processo administrativo que o produto atendeu plenamente às especificações técnicas previstas no Termo de Referência (subitem 5.6).

Manifestação do Sr. José Guilherme Rocha Júnior (Peça 38, fl. 9)

Ao consultar os autos do processo administrativo, é possível verificar Ficha Avaliativa Técnica Qualitativa de Amostras (**documento 06**) concluindo pela aprovação da amostra apresentada pela contratada, embora seja mais oportuno à Área Técnica eventualmente se manifestar a fim de prestar maiores esclarecimentos técnicos sobre o item objeto da aquisição em comento.

Manifestação da empresa Cirúrgica Fernandes (Peça 41, fl. 12)

Pois bem, tendo apresentado a melhor cotação entre as empresas que participaram do processo de aquisição, nos termos da manifestação da Autarquia Hospitalar Municipal (**DOC. 33**), as amostras foram então apresentadas pela Senhora Marisa Breguês.

Ato contínuo, segundo igualmente narrado pela Senhora Marisa Breguês para estes Subscritores, serventuários públicos da Autarquia Hospitalar Municipal entraram novamente em contato no telefone celular da própria Senhora Marisa Breguês, informando que as amostras encaminhadas tinham sido aprovadas, e que precisavam do produto com a máxima urgência, **de preferência para aquele mesmo dia 30 de abril de 2020.**

Igualmente, Excelentíssimo Conselheiro, destaque-se que somente depois da avaliação deste SEI 6110.2020/000707-03 específico, parte dele juntado nos autos do inquérito policial, parte dele obtida por meio de acesso ao endereço eletrônico na Prefeitura do Município de São Paulo, foi que estes Subscritores, assim como a Senhora Maria Breguês e os próprios representantes da empresa Requerente tomaram conhecimento de que as amostras teriam sido inicialmente reprovadas, mas logo depois aprovadas com manifestação da própria Autarquia Hospitalar Municipal relatando que teriam se equivocado na avaliação inicial, enfim.

Manifestação da Secretaria Municipal de Saúde (Peça 49, fls. 10/12)

Nada obstante a dificuldade para abastecimento urgente do item, a AMH/SP não deixou de realizar avaliação das amostras pela CATS.

Conforme RDC 356/2020, doc. 028355566, não era exigido dos fornecedores (fabricantes ou distribuidores; tradicionais ou eventuais) o registro do produto, porém foram realizadas análises de amostras conforme documento anexo ao processo, considerando a especificação técnica e emissão de laudo de aprovação do material avaliado pela equipe técnica da CATS, não sendo de praxe anexar foto do material aprovado, deixando a amostra sob custódia do setor (CATS).

Foram considerados o tamanho (comprimento), permeabilidade, teste de hidrorrepelência a líquidos, emendas, furos, rasgos ou defeitos, bordas, gramatura, e demais especificações do objeto conforme descritivo técnico.

Quanto à barreira microbiana e virai, a RDC 356/2020, não era obrigatória a exigência de laudos comprobatórios para o avental de 30g/m² não impermeável, somente para os impermeáveis, com gramatura de 50g/m², ou seja, o laudo BFE (eficiência de filtração bacteriana).

Na vigência da entrega dos EPIs, em cada unidade hospitalar, houve avaliação pela SCIH e pelo Setor de Qualidade, não apresentando, durante o período, queixas técnicas e/ou eventos adversos do referido objeto adquirido.

Importante considerar as circunstâncias que foram instauradas o processo SEI 6110.2020/0007746-5: auge da pandemia (abril/maio/2020), não tanto pelo número de pessoas mortas ou infectadas, mas em relação ao pânico vivido por todo o povo brasileiro. O medo do contágio; a pressão do noticiário, das entidades de classe, do MPT em face da ausência de EPIs; a renúncia do mercado; a falta de matéria prima provocada pelo isolamento da mão de obra produtiva; o acréscimo dos preços em razão da relação "oferta X procura"; o aumento do dólar que encareceu a matéria prima; e vários outros elementos que tumultuaram as aquisições da área da saúde, especialmente aquelas que exigiam grandes quantidades. Todas as inúmeras dificuldades enfrentadas tanto para efetivar a contratação quanto para realizar os fornecimentos em caráter de urgência, devem ser consideradas na apuração dos fatos.

Não há como admitir qualquer tipo de comparação entre as condições atuais, com aquelas enfrentadas em abril e maio/2020.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) estabeleceu em seu artigo 22 o chamado "primado da realidade" cujo intuito acaba por resguardar o interesse público na atuação dos gestores, buscando tão somente a ponderação das dificuldades práticas tanto do gestor público quanto de terceiros, quando da fiscalização referente ao cumprimento das regras a eles impostas.

[...]

Inadmissível analisar os documentos e contratos a que se referem as aquisições de avental, somente através de planilhas e documentos descritos com a frieza própria dos relatórios sem qualquer ponderação da situação de fato, sem qualquer envolvimento com a conjuntura daquilo que, deveras, ocorreu. É a diferença de experiências entre ler e experimentar os relatos de uma crise, daquele que vivenciou, sentiu, provou e suportou os efeitos de uma crise.

Ao órgão controlador cabe, por atribuição legal, avaliar os gastos de recursos públicos. Disto não se tem dúvida, nem se questiona a importância. As situações inusitadas e imprevistas recomendam a avaliação do caso *cum grano salis*, ou seja, a obediência estrita dá lugar à interpretação relativizada, especialmente sob a luz do princípio da razoabilidade e do novel princípio da juridicidade, que deverá indicar o norte para a interpretação do preceito, adequando-se o teor do dispositivo legal ao contexto tático.

Nesse sentido, de forma sempre atual, é a frase de GEORGES RIPERT, célebre professor e reitor da Faculdade de Direito de Paris: "*Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o direito.*" [6].

Ao analisar o art. 22 da LINDB, Eduardo JORDÃO [7] mencionou a *interpretação inteligente da Lei*, trazendo a referência de Alexandre Santos Aragão [8]:

[...]

No artigo denominado "*Covid-19: um grande teste de fogo para a aplicação da LINDB*", publicado por Thiago Priess Valiati (PR) em 25/08/2020[9], o jurista aborda os problemas causados pelo Covid-19 e sua repercussão nos gastos públicos, sobretudo na responsabilização do gestor de boa-fé e na aplicação do art. 22 da LINDB: [...].

Análise da Coordenadoria

Inicialmente, a Comissão de Avaliação de Tecnologia em Saúde (CATS) emitiu laudo pela reprovação da amostra apresentada pela empresa Cirúrgica Fernandes, visto que o avental da amostra possuía comprimento de 1,07cm, enquanto, de acordo com as especificações técnicas, o produto deveria medir, no mínimo, 120 cm.

Na sequência, verifica-se aprovação do material fornecido, em que a Equipe Técnica informa ter havido equívoco quanto à avaliação da amostra. Contudo, a foto constante do processo (Peça 23, fl. 03) mostra comprimento de 1,07, não sendo trazida aos autos qualquer evidência de que o comprimento do avental apresentado atende às especificações técnicas.

Ademais, em que pese a informação da SMS de que a RDC 356/2020 não exige laudo BFE (eficiência de filtração bacteriana) para o avental de 30g/m², mas somente para os impermeáveis, com gramatura de 50g/m², o descritivo técnico previu a "barreira microbiana e viral" (peça 7) dentre as características do produto, porém não consta na referida Ficha Avaliativa se houve verificação quanto à sua existência.

Pelo exposto, **ratificamos** a conclusão da auditoria.

3. CONCLUSÃO

Da análise da documentação acrescida, consideramos:

- Ratificados os subitens 4.3, 4.4, 4.5 e 4.6 do Relatório;
- Superados os subitens 4.1 e 4.2.

À consideração e deliberação de Vossa Excelência.

Em 22.04.21

RAÍSSA BRANCO GRIZZE
Agente de Fiscalização

MARIA CLARA WATANABE TANABE
Supervisor de Equipes de Fiscalização
e Controle 8

De acordo, em

LUCY APARECIDA DANTAS MINEIRO
Coordenadora Chefe de Fiscalização e Controle IV