EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-001.050.09-07

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que conheceu a inspeção, e fez determinação, realizada no contrato de construção e reforma das AMAS. SMS. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

2.680ª Sessão Ordinária

1º Julgado

INSPEÇÃO. SMS. Apuração de possíveis irregularidades. Contrato para construção e reforma de prédios. AMAS. Vício na formação do ajuste. Exclusividade não caracterizada. CONHECIDA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 25, I, Lei 8.666/93

2.600ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado 29.06.2013

2º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro DOMINGOS DISSEI, após vista que lhe fora concedida na 2.673ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator EURÍPEDES SALES – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos pelo Órgão Fazendário e pela Secretaria Municipal da Saúde – SMS, visto que preenchidos os requisitos de admissibilidade estatuídos no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, quanto ao mérito, em negar-lhes provimento, mantendo o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos, tendo em vista que os argumentos trazidos em sede recursal são os mesmos desenvolvidos na fase instrutória, mais especialmente no que tange às razões da SMS, cuja manifestação é idêntica à apresentada às fls. 753/760 dos autos, e, considerando, ainda, a ausência de fatos novos ou argumentação inédita, que pudessem ao menos justificar a forma da contratação.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acordão ao representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, dando-lhe ciência do decidido em sede recursal.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de junho de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento Recursos Ordinários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Municipal da Saúde – SMS, em face do v. Acórdão de fl. 824 que, à unanimidade, conheceu das conclusões alcançadas na Inspeção efetivada, no sentido da irregularidade dos procedimentos adotados pela Pasta para a construção e reforma de prédios que abrigam as AMAs (Assistência Médica Ambulatorial), bem como determinou, também à unanimidade, que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle analisasse a execução do Contrato 023/2008, que teve por objeto o fornecimento e a montagem de módulos habitacionais pré-fabricados, com o envio de cópia do decidido ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal interpôs Recurso aduzindo, em resumo, que eventuais impropriedades ocorridas na contratação não comprometeram a execução das cláusulas contratuais, com o cumprimento do ajuste a contento pela Administração.

Asseverou que o efeito devolutivo do Recurso determina a reapreciação de toda a matéria recorrida, requerendo a reforma do julgado para que os procedimentos praticados pela Secretaria Municipal da Saúde direcionados à construção e reforma dos prédios que abrigam as AMAs sejam acolhidos.

Requereu, ainda, sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais dos atos, pois as construções foram entregues e pagas, inexistindo qualquer pendência entre as partes, preservando-se, assim, a segurança jurídica do avençado. Por sua vez, a Secretaria Municipal da Saúde recorreu asseverando, como já o fizera anteriormente, que a empresa NHJ possuía equipamentos singulares com a mais avançada tecnologia do setor, que se adequavam perfeitamente às exigências sanitárias e às necessidades básicas das unidades de saúde, conforme atestado pelas áreas competentes, sendo lícito, por tais motivos, a contratação direta por inexigibilidade de licitação, fundamentada no artigo 25, inciso I, da Lei 8.666/93.

Aduziu que a contratação teve por objeto a aquisição de equipamentos modulares habitacionais que podiam ser montados e desmontados em outro espaço físico sem perderem suas características originais. Rebateu a falta de planejamento, defendendo que o "layout" foi elaborado juntamente com o Grupo de Especificações – GDRF e que o Contrato fora executado de acordo com a proposta apresentada, não havendo dano ou prejuízo ao Erário.

Pleiteou o provimento do Recurso, julgada regular a contratação.

Na sequência, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu que os Apelos interpostos não mereciam prosperar porque inexistiam fatos novos que pudessem modificar a decisão guerreada.

Por sua vez, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos Recursos e, no mérito, pelo não provimento, porque foram eles fundamentados nos mesmos argumentos desenvolvidos na fase instrutória.

Entretanto, tendo em vista a argumentação da Procuradoria da Fazenda Municipal quanto ao efeito devolutivo dos Recursos, analisou os tópicos contestados pelo Órgão Fazendário concluindo não ter restado comprovada a justificativa para a inexigibilidade de Licitação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, após ciência do acrescido, ratificou suas conclusões pelo conhecimento e provimento dos Recursos interpostos. A Secretaria Geral, por seu turno, opinou pelo conhecimento dos Apelos e, no mérito, por seu improvimento, mantendo-se a r. decisão recorrida, uma vez que não trouxeram eles elementos novos que pudessem modificar o decidido. É o relatório.

VOTO

Conheço dos Recursos interpostos pelo Órgão Fazendário e pela Secretaria Municipal da Saúde posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade estatuídos no artigo 140 do Regimento Interno.

No mérito, nego-lhes provimento, mantendo a r. decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, tendo em vista que os argumentos trazidos em sede recursal são os mesmos desenvolvidos na fase instrutória, mais especialmente no que tange às razões da Secretaria Municipal da Saúde, cuja manifestação é idêntica à apresentada às fls. 753/760, e considerando, ainda, a ausência de fatos novos ou argumentação inédita, que pudessem ao menos justificar a forma da contratação.

Determino, por fim, o envio de cópia do v. Acórdão ao representante do Ministério Público dando-lhe ciência do decidido em sede recursal **(2.673ªS.O.)**

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, à vista das manifestações dos Órgãos Técnicos desta Corte constantes dos autos, em conhecer das conclusões alcançadas pela inspeção no sentido da irregularidade dos procedimentos adotados pela Secretaria Municipal da Saúde – SMS para a construção e reforma de prédios que abrigam as AMAs (Assistência Médica Ambulatorial).

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar:

1) à Subsecretaria de Fiscalização e Controle deste Tribunal que proceda à análise da execução do Contrato 023/2008, que teve por objeto o fornecimento e montagem de módulos habitacionais pré-fabricados;

2) o envio de cópia do presente Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção ao PJPP-CAP 597/2008 – 9º PJ, para o tratamento da matéria no âmbito de suas competências institucionais.

Participaram do julgamento os Conselheiros YARA TACCONI – Revisora, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de fevereiro de 2012.

EDSON SIMÕES
Presidente.

MAURÍCIO FARIA
Relator.

RELATÓRIO

Cuida o **TC 72.001.050.09-07** de **INSPEÇÃO** determinada a partir de encaminhamento do Ministério Público do Estado de São Paulo, diante de representação formulada pelo Vereador José Ferreira dos Santos junto àquele Órgão, com o intuito de verificar a procedência dos questionamentos feitos acerca da instalação de AMA´s, pela Secretaria Municipal de Saúde, através de aquisição de módulos habitacionais (containers), em contrato firmado com a empresa NHJ - Novo Horizonte Jacarepaguá Imp. Exp. Ltda., por inexigibilidade de licitação.

Referida representação junto ao Órgão Ministerial deu início a instauração do Inquérito Civil nº 3215/2009[1], para apurar possíveis irregularidades na contratação em apreço, em especial no que tange à dispensa de licitação e à opção da Administração pela aquisição dos módulos habitacionais ao invés de construção em alvenaria.[2]

Consta da instrução dos autos que a Origem justificou a urgência da implantação dessas unidades de atendimento devido à carência de serviços de saúde nas regiões de abrangência do convênio nº 041/2007, firmado entre a PMSP e a UNIFESP/SPDM, e do convênio nº 073/2008, firmado com a Casa de Saúde Santa Marcelina.

Em relatório inicial de fls.458/470, a **Auditoria** manifestou-se sobre os questionamentos formulados nos seguintes termos:

1. Em relação à contratação por inexigibilidade de licitação, destacou que *"não há no processo qualquer evidência que indique a necessidade de utilizar módulos habitacionais com as características específicas dos fornecidos pela NHJ, ao invés de outros modelos semelhantes de fabricação nacional, descaracterizando, assim, o fundamento para adoção da inexigibilidade de licitação (item 3.2*)";

[1] Portaria de Inquérito Civil n° 597/2008
[2] Representação de José Ferreira dos Santos (Zelão), acostada às fls. 03/10

2. Em relação à opção por módulos habitacionais ao invés de alvenaria, constatou que*, "considerando os problemas encontrados nos módulos operacionais; o valor 146,13%, pelo menos, mais caro do que construções similares em alvenaria, e o fato de não haver urgência que justificasse a opção por esse tipo de material, a decisão da SMS foi equivocada e danosa para o patrimônio municipal, contrariando os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade e razoabilidade (item 3.5)";*

3. Acerca da Execução do Contrato, constatou que *"não foi observada a proposta inicial pela contratada, caracterizando o descumprimento da cláusula terceira do contrato, sem a aplicação da multa mensal de 10% sobre o valor do preço mensal, calculado em R$ 234.071,60, além das sanções previstas no capítulo IV da Lei Federal 8.666/93 (item 3.3)";*

4. Acerca do Planejamento das Unidades, consignou que *"não houve planejamento adequado dos espaços internos de acordo com as necessidades das unidades, implicando em riscos para o atendimento e em desperdício de recursos públicos (item 3.4)".*

Intimados a se manifestar sobre o processado, foram carreadas aos autos as defesas apresentadas pela empresa contratada (fls. 494/530), pela Sra. Maira Monteiro Eugênio (fls. 532/533), e pelos Srs. Antonio Nogueira Sobrinho (fls. 534/535) e Moisés Queiroz Moreira (fls. 538/634), deixando transcorrer o prazo "*in albis*" o Sr. Januário Montone, Secretário da Pasta. Posteriormente, por ocasião da manifestação da Procuradoria da Fazenda Municipal, encaminhou-se manifestação da Origem sobre o processado.

Não obstante as justificativas apresentadas, a Auditoria ratificou as conclusões anteriores de fls. 468/470, no que foi acompanhada pela **Assessoria Jurídica de Controle Externo**, a qual destacou, em apertada síntese:

a) Sobre a contratação com base na hipótese de inexigibilidade de licitação, observou que, se o objetivo do contrato é a implementação de unidades físicas visando a prestação de serviços médicos, a Administração é responsável pela eleição dos meios, à luz do disposto no art. 37 da CF/88;

b) Em assim sendo, há que se fazer a prova material da exclusividade, por parte da contratada, através de certificado atestando tal característica para o fornecimento do bem ou serviço contratado, o que foi apresentado nos autos, considerando as especificações técnicas do objeto a ser fornecido;

c) Não houve adequada justificativa para a eleição da escolha do método construtivo que, segundo constatação da Auditoria, não se mostra vantajoso frente à técnica de alvenaria, além do fato de que é notória a possibilidade de contratação de módulos similares, o que daria ensejo à necessidade de realização de certame licitatório.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, instada a se manifestar, destacou que os gestores municipais atuaram considerando um permanente estado de urgência da saúde pública municipal, a demandar a adoção de medidas rápidas e eficazes para a ampliação dos serviços públicos de saúde. Nessa medida, exarou parecer pela regularidade da solução inovadora adotada, até porque presentes os requisitos legais para a dispensa de licitação, diante da exclusividade comprovada nos autos, e por ausentes quaisquer indícios de dolo ou má-fé dos agentes responsáveis.

Encerrando a instrução processual, manifestou-se a Secretaria Geral no sentido de que o processo encontrava-se em condições de ser submetido ao Pleno, e que, após apreciado, deveria ser dado conhecimento dos relatórios constantes dos autos ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atendimento ao seu pedido inicial.

É o relatório.

V O T O

Trago ao conhecimento do Pleno as conclusões alcançadas na presente Inspeção, destacando que a qualidade técnica dos relatórios elaborados pela Auditoria, no decorrer da instrução processual, permitiram uma análise abrangente das questões suscitadas nos autos. Nesses termos, faço destaque preliminar no sentido de que o procedimento de fiscalização realizado mostrou-se suficiente para constatar o cenário geral com que os ambulatórios de pronto-atendimento foram contratados, e quais as críticas que permearam a opção administrativa pelo método construtivo de módulos habitacionais. Por esta razão, deixamos de acolher, oportunamente, sugestão de acrescer aos autos manifestação adicional específica dos técnicos de Engenharia deste Tribunal, o que poderá ser feito por ocasião da análise das despesas vinculadas à execução do contrato, a ser determinada ao final deste voto.

Passo então à apreciação da matéria.

A opção pela contratação dos equipamentos modulares, em detrimento de construção de bens imóveis em alvenaria.

A opção pela contratação de equipamento modular foi justificada pela Origem diante de sua versatilidade; por sua característica de poder ser montado e desmontado em outros espaços físicos sem perder suas propriedades originais, com melhor ocupação de espaço físico, além do fato de que possibilitam o pronto saneamento das necessidades das regiões de carência da população no atendimento dos serviços de saúde.

Das justificativas apresentadas depreende-se que a escolha da Administração está intimamente relacionada à presença de uma situação

de urgência existente, para a disponibilização dos serviços de saúde nas regiões abrangidas pelo contrato em questão.

Este Tribunal já apreciou a adoção de método construtivo semelhante, por ocasião das popularmente chamadas “Escolas de Lata”. Naquela oportunidade, a recomendação desta Corte para utilização de sistema construtivo assemelhado foi no sentido de sua autorização somente em caráter excepcional, em razão da comprovada condição emergencial existente, destacando a natureza de uma solução provisória, dentre outras questões.

No âmbito da Secretaria Municipal de Saúde, a alegada urgência no atendimento de demanda nas áreas carentes afetadas, a inviabilizar eventual construção de equipamento público de saúde de alvenaria em conformidade com os parâmetros técnicos necessários, não restou cabalmente demonstrada.

A inspeção realizada trouxe informações para melhor elucidar essa questão, trazendo dados relacionados às Organizações Sociais que assumiram algumas destas unidades implantadas, evidenciando indicadores de atendimento estimados, e o desempenho de cada uma delas, nas quais não se constatou a alegada urgência na disponibilização dos serviços de saúde, na medida em que as metas de atendimento ficaram aquém do previsto.

Desta forma, não tendo sido cabalmente evidenciada a alegada urgência, enquanto situação excepcional a demandar atendimento imediato, a substituição da construção de unidades de saúde de alvenaria pelo método construtivo modular não se mostra, de fato, uma alternativa razoável.

Afinal, o modelo desenvolvido não atende a todas as determinações contidas na Resolução de Diretoria Colegiada RDC 050/2002 da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que trata das determinações e normas que deverão obrigatoriamente ser atendidas em quaisquer instalações médico-hospitalares: citamos como exemplo as instalações elétricas, que deveriam ser embutidas e têm sido instaladas de forma aparente, bem como as instalações hidrossanitárias e os dispositivos de acionamento das torneiras, que deveriam possuir acionamento com os pés e não o têm, além de várias outras impropriedades.

Outra preocupação está relacionada com o conforto ambiental e controle de infecção hospitalar, que tem determinações específicas a serem cumpridas, e que, dos relatórios da auditoria constantes dos autos, percebe-se não terem sido atendidas, nem mesmo quanto ao dimensionamento dos ambientes, em que pese a Origem informar que, quanto ao planejamento físico das unidades, a definição do *lay out* foi elaborado respeitando o programa de necessidade básica de cada unidade de saúde, com a respectiva aprovação da Coordenadoria da Atenção Básica, e que o laudo de fiscalização, realizado pelas autoridades sanitárias competentes, cientificou a adequação das instalações.

A escolha do sistema construtivo e a dispensa de licitação.

Para validar a contratação com dispensa de licitação da empresa NHJ - Novo Horizonte Jacarepaguá Imp. Exp. Ltda., a justificativa apresentada foi no sentido de que a mesma detém equipamentos singulares, com tecnologia avançada no setor que se adéqua perfeitamente às exigências sanitárias e às necessidades básicas das unidades de saúde, por conta da espessura e do isolamento térmico diferenciado de seus módulos.

Todavia, esse diferencial alegado em relação aos equipamentos desta específica empresa não se mostrou suficiente para afastar a notória competitividade neste setor, a demandar a realização de procedimento licitatório, à semelhança do encaminhamento dado, à época, às "Escolas de Lata", regularmente licitados na ocasião pela Secretaria Municipal de Educação.

Também nesse aspecto, portanto, cabe razão ao parecer da Auditoria, na medida em que, de fato, não se evidenciou nenhuma caracterização singular de tais módulos (NHJ), indispensável ao atendimento da necessidade da Administração, em comparação a outros fornecedores nacionais e internacionais de tecnologia similar[3], adequáveis, em tese, aos mesmos objetivos. Não houve, pois, prova cabal de que as peculiaridades do produto contratado são suficientes para servir de causa impeditiva à licitação.

E, de outra banda, a pluralidade de empresas atuando no mercado, com produtos similares, restou atestada nos autos. Por esta razão, a hipótese de inviabilidade de competição deve ser afastada no caso em exame, vez que o produto almejado pela Administração não parece escapar à normalidade do mercado, posto que o interesse público não demanda maior especialidade de um produto destinado à construção modular provisória de unidades de saúde, modelo construtivo este que sequer atende às determinações contidas nas normas da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, relacionadas às condições mínimas necessárias à instalações médico-hospitalares.

Em considerações sobre a inexigibilidade de licitação, Marçal Justen Filho[4] esclarece que tal situação atende às hipóteses em que não se encontram presentes pressupostos de escolha objetiva da proposta mais vantajosa para a Administração, de forma a inviabilizar a seleção de oferta adequada à satisfação do interesse público. A existência de um representante exclusivo de determinado produto, próprio da estrutura organizacional privada, não induz à exclusividade por si só, se não restar validamente justificada a razão da escolha do produto com tais especificidades, quando existem similares no mercado.

---

[3] Vide, por exemplo, o sistema construtivo Quick House, cuja proprietária da marca e da patente é a Metalúrgica Big Farm Ltda., no mercado desde a década de 1970.

[4] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª edição. Ed. Dialética. Pg. Pg. 356/357

Em suma, a hipótese de inviabilidade de competição, no caso concreto, deve ser afastada na medida em que não houve justificativa cabal acerca da singularidade do interesse estatal a ser atendido.

Vantajosidade econômica da escolha do sistema construtivo.

A questão invocada nos autos acerca da vantajosidade econômica da opção administrativa debatida, com eventual caracterização de dano ao erário, é questão tormentosa que demanda análise, inclusive, das relações jurídicas criadas no contrato respectivo, na medida em que a caracterização de vício na formação do ajuste não leva, necessariamente, à conclusão de existência de má-fé ou de obtenção de eventual vantagem indevida pelos interessados.

Nesta senda, as lições da Professora Lucia Valle Figueiredo[5], são no sentido de que:

"Sem dúvida, embora haja valor fundamental a proteger, tal seja, o cumprimento da ordem jurídica, por outro lado, encontram-se outros valores, também albergados no ordenamento, merecedores de igual proteção como a boa-fé, a certeza jurídica, a segurança das relações estabelecidas com a Administração."

Assim, sendo, ao que nos parece, a devida apreciação desta questão deve ficar condicionada à análise da execução do contrato, a qual será determinada ao final deste voto.

À vista das manifestações dos órgãos técnicos constantes dos autos, os quais passam a fazer parte integrante de meu voto, **conheço das conclusões alcançadas no sentido da irregularidade dos procedimentos adotados pela Secretaria Municipal de Saúde para a construção e reforma de prédios que abrigam as AMA's , determinando que:**

1. **a Subsecretaria de Fiscalização e Controle proceda à análise da execução do contrato 023/2008, que teve por objeto o fornecimento e montagem de módulos habitacionais pré-fabricados;**

2. **o encaminhamento de cópia do presente julgado ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atenção ao PJPP-CAP n° 597/2008 – 9º PJ, para o tratamento da matéria no âmbito de suas competências institucionais.**

---

[5] "Eficácia das decisões dos tribunais de contas e das CPMI nos contratos administrativos e nas relações funcionais", in Revista Trimestral de Direito Público nº 46