III – ACÓRDÃO

Processo - TC/001782/2021
Interessada - Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social
Acompanhamento do edital do Pregão Eletrônico 01/Smads/2021 (posteriormente anulado e substituído pelo 09/Smads/2021)
Objeto - Verificar a regularidade do edital, cujo objeto é o registro de preço para fornecimento de cesta de suprimento alimentar (cesta básica) por mês, destinada à população em situação de extrema vulnerabilidade, vítima de calamidade pública, em razão da pandemia por "coronavírus", quanto aos aspectos da legalidade, formalidade e mérito

3.174ª Sessão Ordinária

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. PREGÃO. SMADS. Registro de preço. Fornecimento de cestas básicas de suprimento alimentar. 1. "Periculum in mora" invertido. O perigo na demora é inverso, eis que a suspensão do certame pode gerar maior prejuízo que a própria impropriedade apontada. STJ RESP 16.75275, STJ TP 478 e STJ ARRESP 951183. 2. Certame revogado. Edital 01/21 PREJUDICADO. Edital 09/21 REGULAR. Votação unânime.

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, pelos votos do Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, com relatório e voto, do Conselheiro Substituto ELIO ESTEVES JUNIOR – Revisor e do Conselheiro EDUARDO TUMA, consoante declaração de voto apresentada, em declarar prejudicada a análise do edital do Pregão Eletrônico 01/Smads/2021, considerando sua anulação, bem como em julgar regular o edital do Pregão Eletrônico 09/Smads/2021, relevando, excepcionalmente, as falhas remanescentes.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar à **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** desta Corte a análise da execução dos ajustes decorrentes.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, após os trâmites regimentais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto ELIO ESTEVES JUNIOR – Revisor e o Conselheiro EDUARDO TUMA.

Declarou-se impedido o Conselheiro Substituto RICARDO PANATO, nos termos do artigo 10, § 1º, do Regimento Interno desta Corte, bem como por analogia, no artigo 144, inciso I, do Código de Processo Civil.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

São Paulo, 29 de setembro de 2021.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
MAURÍCIO FARIA – Relator
EDUARDO TUMA – Conselheiro, com declaração de voto

/cv

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO MAURÍCIO FARIA – RELATOR

Processo: **TC/001782/2021**
Interessada: Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS)

Edital do Pregão Eletrônico 01/SMADS/2021. Prejudicado. Edital do Pregão Eletrônico 09/SMADS/2021. Regular.

Egrégio Plenário

Trago a julgamento o acompanhamento do Edital do Pregão Eletrônico nº 01/SMADS/2021, posteriormente anulado, e publicado, em substituição, o Edital de Pregão Eletrônico nº 09/SMADS/2021, promovido pela Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS) objetivando o registro de preço para futura aquisição de cesta de suprimento alimentar (cesta básica) destinadas à população vítima de calamidade pública e situação de vulnerabilidade, em razão da pandemia por "coronavírus" (peça 09).

Em Relatório Preliminar, após esclarecimentos iniciais da Origem (Peça 05), a Auditoria entendeu que o certame não reunia condições de prosseguimento, diante das seguintes infringências (Peças 13/14):

> 4.1. A quantidade de cestas básicas a serem adquiridas, por meio da ata de registro de preços, não está devidamente justificada no processo administrativo, em desacordo ao artigo 2º, inciso I, do DM nº 44.279/03. (subitem 3.3.3.);
> 4.2. As propostas dos fornecedores Super Brilho, J.K Cestas Alimentícias e CVS comércio de alimentos, consideradas na pesquisa de preços, apresentaram desconformidades em relação ao Termo de Referência (Peça 4), em violação ao princípio da economicidade e ao da vinculação ao instrumento convocatório. (subitem 3.3.4.a);
> 4.3. Fragilidade na pesquisa de preços realizada, eis que o preço adotado como valor estimado da contratação (Preço médio unitário de R$ 172,87, e preço anual estimado de R$ 207.444.000,00), está 51,71% maior se comparado ao preço médio unitário de R$ 113,95, cotado junto aos fornecedores, em violação ao princípio da economicidade (subitem 3.3.4.b). Demais infringência/impropriedades constatadas:
> 4.4. Não houve publicação no DOC do despacho autorizatório do certame, em infringência ao artigo 2º, inciso III, do Decreto Municipal 46.195/2005 (subitem 3.3.1.); 4.5. Não houve a publicação em jornal de grande circulação do aviso de abertura da licitação – Edital de Pregão Eletrônico nº 01/SMADS/2021, em desobediência ao artigo 21, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93 (subitem 3.3.2.).

Sobre os apontamentos acima elencados a Origem apresentou esclarecimentos na forma constante da Peça 28, mas, sem prejuízo, o referido Edital de **Pregão**

Eletrônico nº 01/SMADS/2021 veio a ser posteriormente anulado. Em substituição, foi publicado o Edital de **Pregão Eletrônico nº 09/SMADS/2021**, para o mesmo objeto (DOC de 27 de fevereiro de 2021), dando-se continuidade a sua análise nestes mesmos autos.

Diante desse histórico, o então Conselheiro Relator exarou decisão dando por PREJUDICADA a análise do Edital de Pregão Eletrônico nº 01/SMADS/2021. Ato contínuo, o processo foi encaminhado ao órgão técnico para análise do novo Edital (Peça 30).

A Auditoria exarou Relatório Conclusivo no sentido de que o Edital de Pregão Eletrônico nº 09/SMADS/2021 também não reunia condições de prosseguimento, tendo em vista as seguintes infringências/impropriedades (Peças 38/39):

> 4.1. A quantidade de cestas básicas a serem adquiridas, por meio da ata de registro de preços, não está devidamente justificada no processo administrativo, em desacordo ao artigo 2º, inciso I, do DM nº 44.279/03. (subitem 3.3.3);
> Demais infringências/impropriedades constatadas:
> 4.2. Não houve a publicação em jornal de grande circulação do aviso de abertura da licitação – Edital de Pregão Eletrônico nº 09/SMADS/2021, em desobediência ao artigo 21, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93 (subitem 3.3.2). Importa informar que os elementos trazidos pela Origem e o conteúdo do novo Edital divulgado (PE nº 09/SMADS/2021) solucionaram os apontamentos dos itens 4.2, 4.3 e 4.4 da conclusão do Relatório Preliminar à peça 13 dos autos, relacionados ao procedimento licitatório anulado (PE nº 01/SMADS/2021).

Após, o então Conselheiro Relator determinou a intimação da Origem exclusivamente para ciência do entendimento fixado pela Auditoria, razão pela qual não foram acrescidos aos autos novos elementos. De igual forma, não houve despacho no sentido de eventual suspensão do certame, em sede de juízo cautelar (Peça 40).

Nessa oportunidade, foram os autos redistribuídos a esta Relatoria (19.04.2021) diante da extinção da Relatoria Especial de Medidas de Combate e Enfrentamento ao Covid-19, pela Portaria TCMSP nº 184/2021 (peças 46/47).

Em despacho circunstanciado proferido (peça 48) a partir dos encaminhamentos anteriormente estabelecidos, constatou esta nova Relatoria que na data da formalização da redistribuição do processo já havia ocorrido o prosseguimento do certame, com homologação publicada em 23/03/2021. Seu objeto fora adjudicado na seguinte conformidade: Lote A (cota principal) à empresa CVS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E SERVIÇOS DE CARTÕES EIRELI, e Lote B (cota reservada) à empresa ALDO ATACADISTA DE ALIMENTOS EIRELI.

Diante disso, deu-se prosseguimento à instrução do processo visando o seu encerramento e julgamento.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, considerando superados os

apontamentos feitos pela Auditoria a partir da decisão consubstanciada na Peça 40, requereu que a presente análise fosse julgada prejudicada ou, subsidiariamente, fosse acolhido o Edital.

A Secretaria-Geral (peças 52/53), na esteira da manifestação da Auditoria, opinou pela irregularidade do Pregão Eletrônico nº 09/SMADS/2021 tendo presente a insuficiência de justificativa para a previsão da quantidade de cestas básicas, conforme determina o art. 2º, I, do Decreto Municipal 44.279/03, bem como a falta de publicação do aviso de abertura da licitação em jornal de grande circulação, conforme determina o art. 21, III, da Lei 8.666/93 (apontamentos 4.1 e 4.2).

É o relatório.

VOTO

Trago a julgamento o acompanhamento do Edital do Pregão Eletrônico nº 01/SMADS/2021, posteriormente anulado, e do Edital de Pregão Eletrônico nº 09/SMADS/2021, publicado em substituição pela Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS), objetivando o registro de preço para futura aquisição de cestas de suprimento alimentar (cesta básica) destinadas à população vítima de calamidade pública e situação de vulnerabilidade, em razão da pandemia por "coronavírus" (peça 09).

Conforme se verifica da instrução processual, restou pendente de regularização nos autos a devida justificativa da Origem quanto aos quantitativos licitados, considerando que no quadro estimativo de consumo constante da instrução (fl. 02 da peça 28) a demanda era inferior a 900 mil cestas/ano, enquanto que a quantidade estimada para a contratação foi de 1.200.000 cestas anuais (apontamento 4.1).

Ademais, não houve publicação do aviso de abertura da licitação em jornal de grande circulação, à luz do que determina o art. 21, III, da Lei 8.666/93 (apontamento 4.2).

Conforme instrução relatada, estes autos foram redistribuídos diante da extinção da Relatoria Especial de Medidas de Combate e Enfrentamento ao Covid-19 (peças 46/47). Anoto, nesse sentido, que os apontamentos acima consignados não foram tidos como de gravidade suficiente para impedir o prosseguimento do certame pelo Relator original do processo, entendimento esse que comungo tendo presente, em especial, a relevância do objeto licitado à luz de incertezas próprias do período de pandemia existente, bem como diante da própria natureza do sistema de registro de preços.

Nesse sentido, diante da não suspensão cautelar do certame, o procedimento licitatório transcorreu até o final dando origem às Atas de Registro de Preços nºs 07/SMADS/2021 e 08/SMADS/2021, conforme extratos publicados no DOC de 19/05/2021[1], o

---

[1] **6024.202021/0000009-2– Ata Registro de Preço 07/SMADS/2021, de acordo com o Pregão 09/SMADS/2021, lavrado com a empresa- CVS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E SERVIÇOS DE CARTÕES EIRELI, CNPJ 04.728.183/0001-17, pelo valor unitário de R$ 71,90 (setenta e um reais e noventa centavos) – Objeto: Aquisição de cestas de suprimentos alimentar(CESTAS BÁSICAS) - Vigência: 12(doze) meses contados da data de assinatura - Data da assinatura: 23 de**

que deve ser levado em conta em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Assim, considerando a excepcionalidade da situação vivenciada em decorrência da pandemia existente, relevo excepcionalmente os apontamentos remanescentes, tendo presente, inclusive, a ausência de apontamento de prejuízo concreto decorrente, o que poderá ser melhor apurado em sede de acompanhamento da execução contratual.

Frente ao exposto, **julgo prejudicada a análise do Edital do Pregão Eletrônico nº 01/SMADS/2021,** considerando sua anulação, e **regular o Edital de Pregão Eletrônico nº 09/SMADS/2021,** relevando excepcionalmente as falhas remanescentes.

Determino a análise da execução dos ajustes decorrentes.

Após os trâmites regimentais, arquivem-se os autos.

Plenário Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE, 29 de setembro de 2021.

MAURICIO FARIA
Conselheiro

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

II – DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO EDUARDO TUMA

Processo: TC/001782/2021 – Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social – Acompanhamento – Verificar a regularidade do edital do Pregão Eletrônico 01/Smads/2021, cujo objeto é o registro de preços para fornecimento mensal de cestas básicas de suprimento alimentar destinadas à população em situação de extrema vulnerabilidade, vítimas de calamidade pública em razão da pandemia por Coronavírus – Covid-19, quanto aos aspectos de legalidade, formalidade e mérito

Na análise preliminar do edital, houve, por parte da Auditoria, a indicação para a correspondente suspensão cautelar, optando este Relator por cientificar a Origem acerca da conclusão alcançada pelo Órgão Técnico.

A Cidade de São Paulo enfrenta desde fevereiro de 2020 os impactos e as consequências geradas pela Pandemia causada pelo Coronavírus.

Nesse sentido, foi declarado estado de calamidade pública por meio do Decreto nº 59.283/2020, autorizando contratações emergenciais para bens, serviços e produtos que não pudessem aguardar o trâmite normal do processo licitatório.

O objeto do certame em questão é o registro de preços para aquisição de cestas básicas destinadas à população em situação de extrema vulnerabilidade, vítimas de calamidade pública, em razão da pandemia por Coronavírus.

A situação concreta de enfrentamento à Pandemia, somada à relevância e essencialidade do objeto em questão exigiriam, por si só, maior cautela no exercício do controle externo praticado por parte deste Tribunal.

Isso porque o "perigo na demora", nesses casos, é inverso, é dizer: a suspensão do certame poderia gerar maior prejuízo que a própria impropriedade apontada pela Auditoria.

Trata-se do chamado *periculum in mora* invertido.

O edital lançado pela administração pública municipal tem por objeto a pretensão de aquisição de produto essencial, conforme a necessidade da Pasta e o juízo de oportunidade e conveniência do Poder Público, cuja boa administração, nos termos do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, é direito fundamental da população, consoante universalmente reconhecido no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Neste caso específico, suspender o edital significaria atravancar o juízo de conveniência e oportunidade da administração pública municipal.

Nestas circunstâncias, em última análise, a população, "em extrema situação de vulnerabilidade causada pela Pandemia do Coronavirus", ficaria desassistida com amparo em decisão que estaria questionando a conduta da administração pública, que a propósito se presume

válida, legítima e conforme a primazia no atendimento de acordo com o interesse público, a economicidade, a eficiência, a legalidade, a motivação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a moralidade, a impessoalidade e a publicidade, em cumprimento ao artigo 2º da Lei Municipal nº 14.141/2006.

O *periculum in mora* invertido vem sendo repetidamente admitido pela jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme os precedentes no RESP (Recurso Especial) nº 16.75275, TP (Tutela provisória) nº 478 e ARRESP (Agravo Regimental em Recurso Especial) nº 951183.

Inclusive, o realismo jurídico, na concepção teorizada por Alf Ross, percebe a vigência do Direito em termos de efetividade social das normas jurídicas, isto é, de "certa correspondência entre um conteúdo normativo ideal e os fenômenos sociais". Nesse sentido, desconsiderar a realidade fática gerada pela pandemia da Covid-19 seria incongruente, inclusive, com o princípio da razoabilidade.

Ross propõe o conceito de "direito vigente" e submete o Direito a uma verificação de ordem empírica:

"'direito vigente' significa o conjunto abstrato de ideias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias".

É possível dizer que Ross busca superar a aparente dicotomia entre a validade formal do Direito e sua própria realidade social. E a realidade pandêmica deve aqui ser considerada e ponderada nas decisões proferidas, o que pode ser feito ao utilizar interpretação sistemática do nosso sistema jurídico, mais precisamente relacionando o art. 15 da Lei Federal nº 8.666/93 e os Decretos nº 3.931/2001 e 44.279/2002 com o artigo 22 da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que é enfático ao estabelecer que "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".

E o § 1º do referido dispositivo também prevê que "em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente", premissas que devem ser (e foram) observadas em juízo preliminar.

Expostas essas premissas, quanto ao mérito do apontamento da Auditoria, é possível concluir das justificativas apresentadas pela Secretaria Municipal de Assistência Social que a quantidade estimada de cestas básicas a serem adquiridas, definida no edital, foi de até 100.000 (cem mil) unidades por mês.

À Peça 5, folha 1 dos autos, foi apresentado quadro demonstrativo informando que em 2020 foram distribuídas 857.967 (oitocentas e cinquenta e sete mil novecentas e sessenta e sete) cestas básicas, mencionando, ainda, que em novembro e dezembro/2020 houve um aumento de 82% (oitenta e dois por cento) de cestas concedidas pelas Unidades do CRAS (Centro de

Referência de Assistência Social).

Assim, trouxe a SMADS o histórico do ano anterior (2020), sobre o qual considerou o acréscimo de 82% (oitenta e dois por cento) de distribuição de cestas, via CRAS (Centro de Referência de Assistência social), nos dois últimos meses.

O total alcançado foi de aproximadamente 900 (novecentas) mil cestas no ano. Tal fato gerou o questionamento da Auditoria no sentido de "ausência de justificativa para a quantidade estimada para a contratação total de 1.200.000 (um milhão e duzentas mil) cestas anuais (100 mil/mês)".

Em outras palavras, no entendimento da Auditoria, a licitação em comento deveria ter sido suspensa porque, de 1.200.000 (um milhão e duzentas mil) cestas estimadas, não estariam justificadas 300 mil (trezentas mil) cestas básicas que a Administração pretendia registrar em ata para futuramente poder contratar e adquiri-las de acordo com sua necessidade.

Tal entendimento não poderia prosperar.

O Sistema de Registro de Preços é uma forma flexível de contratação, pois cabe ao gestor estabelecer apenas as "quantidades estimadas" para contratação dos bens e serviços, não se obrigando à contratação e execução desses quantitativos após a conclusão do certame.

Concluída a licitação, o participante vencedor é convocado a assinar a ata de registros de preços, documento pelo qual se compromete com a Administração a fornecer os itens do certame e do registro de preços, na medida em que as necessidades se apresentarem.

O mais importante é que os preços registrados são unitários, ou seja, o valor de referência não sofre interferência pelo quantitativo estimado. E, no caso presente, não houve nenhum questionamento relativo aos preços, entendendo a Auditoria que eles se encontravam justificados.

Assim, a contratação dos itens registrados em ata ocorrerá conforme a necessidade da Administração, fato que possibilita, aliás, grandes vantagens, dentre as quais se destacam a diminuição de gastos com a simplificação dos atos administrativos e a redução de estoques para pronto atendimento.

De outra parte, impende ressaltar que a pandemia dificultou a formação de dados estatísticos precisos e exatos sobre o tamanho da população em situação de extrema vulnerabilidade, vítimas da pandemia por Coronavírus – até porque tal número se encontrava oscilando de forma rápida e dinâmica –, fato que possibilitou a aferição das quantidades estimadas da necessidade da Administração, nos exatos termos do que permite o Sistema de Registro de Preços.

Nesse sentido, embora a quantidade estimada pela Administração para fins de contratação tenha sido baseada em projeções e prospecções, a norma ainda permite adição (de até 25%) aos percentuais previstos no momento da contratação.

No caso dos autos, não haveria chance de subdimensionamento. Ao contrário: a Auditoria questionou suposto superdimensionamento da estimativa, fato que indica que a Administração estaria se resguardando de eventual acréscimo na demanda por cestas básicas, evitando, com isso, o dispêndio de uma nova licitação para atender tal finalidade.

Finalmente, quanto ao apontamento referente à não comprovação da publicação em jornal de grande circulação do aviso de abertura do Pregão Eletrônico nº 01/SMADS/2021, trata-se de apontamento que não possui o condão de macular todo o edital e o procedimento licitatório, sendo certo que não houve comprovação, nos autos, da ocorrência de prejuízo à publicidade do certame, que, a propósito, teve o aviso de abertura do Pregão Eletrônico nº 01/2021 publicado em jornal de grande circulação (fl. 02 da peça 32), assim como publicado no Diário Oficial da Cidade o despacho autorizatório que o substituiu pelo Pregão nº 9/2021.

Diante de todo o exposto, com amparo no parecer da Procuradoria da Fazenda Municipal e acolhendo as justificativas apresentadas pela Secretaria Municipal de Assistência Social, JULGO REGULAR O EDITAL DO PREGÃO.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

É como voto.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de setembro de 2021.

Eduardo Tuma
Conselheiro Corregedor