DECCAM-UTR-144/2024

Processo	-	TC/005917/2020
Procedência	-	Secretaria Municipal da Saúde
Interessada	-	Superbrands Comércio de Produtos de Uso Pessoal Eireli
NE	-	38.259/2020 R$ 5.500.000,00
Objeto	-	Aquisição de 1.000.000 de máscaras cirúrgicas, com filtro, com elástico e descartável

53ª Sessão Ordinária Não Presencial – Primeira Câmara

ANÁLISE. NOTA DE EMPENHO. SMS. Aquisição de máscaras cirúrgicas. 1. A motivação das decisões administrativas é necessária para avaliação dos motivos ensejadores da discricionariedade, para que não ocorra uma confusão entre ato discricionário e ato arbitrário. ACOLHIDA. Votação unânime.

D E C I S Ã O

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

DECIDEM os Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, acolher a compra efetuada por meio da Nota de Empenho 38.259/2020, decorrente da Dispensa de Licitação 260/2020-SMS.G, para a compra de 1.000.000 (um milhão) de unidades de máscaras cirúrgicas, com filtro, com elástico e descartável, perfazendo o valor total de R$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais), por não haver afronta a disposições de lei aplicadas à espécie.

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

Participou do julgamento o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 17 de abril de 2024.

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

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 23/07/2024 10:18:11 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 29/07/2024 10:36:10 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

53ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Item 01- Câmara

TC nº 5.917/2020 - Análise
Objeto: Contrato - Dispensa de Licitação para fornecimento de 1.000.000 unidades de máscara cirúrgica, com filtro, com elástico, descartável.
Interessados: Secretaria Municipal da Saúde
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Câmara

RELATÓRIO

Cuida o TC 5.917/2020 da análise da compra efetuada por meio da Nota de Empenho nº 38.259/2020, decorrente da Dispensa de Licitação nº 260/2020-SMS.G, para a compra de 1.000.000 (um milhão) de unidades de máscaras cirúrgicas, com filtro, com elástico e descartável, perfazendo o valor total de **R$ 5.500.000,00** (cinco milhões e quinhentos mil reais) conforme despacho publicado no DOC de 17.04.2020.

A **Subsecretaria de Controle Externo – SCE**, em seu relatório de análise técnica, às peças 17/18, concluiu o quanto segue:

> *"**3. CONCLUSÃO***
> *Com base nas análises efetuadas, quanto aos aspectos legal, formal e de mérito em relação à Dispensa de Licitação nº 260/2016-SMS.G (Nota de Empenho nº 38.259), concluímos:*
>
> ***3.1.** Encontra-se justificada nos autos do processo administrativo a aquisição, por meio da Dispensa de Licitação nº 260/2020 SMS.G, de máscaras cirúrgicas, com filtro, com elástico e descartável, código supri 11.065.005.002.1651-1, para enfrentamento à 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 (item 2.1);*
>
> ***3.2.** Não restou demonstrada no processo administrativo a suficiência da quantidade requisitada para atender às necessidades da SMS sem risco de desabastecimento de equipamentos de proteção individual para os profissionais de saúde durante o período de pandemia de COVID 19 (item 2.1);*
>
> ***3.3.** Considerando o cenário existente de situação de emergência e calamidade pública no Município de São Paulo para enfrentamento da pandemia de COVID 19 (DMs nº 59.283/20 e 59.291/20) e os preços observados no painel de preços do sistema comprasnet, não foram identificadas evidências de irregularidades no que diz respeito ao valor pago na Dispensa de Licitação nº 260/2020 SMS.G (item 2.2).*

> *Ademais, registramos que, conforme determinado em despacho do Secretário Municipal, a SMS deverá proceder à penalização das contratadas e detentoras de atas de RP em inexecução, bem como apurar potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedores de EPI's, com adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis (item 2.2).*
>
> *E, recomenda-se que a SMS, em contratações futuras, avalie todas as alternativas existentes em termos de dimensionamento das aquisições, mapeamento de fornecedores, adoção de disposições contratuais mais restritivas, dentre outras, com vistas a mitigar ao máximo o risco de desabastecimento por descumprimento por parte dos fornecedores (item 2.3)."*

Após oficiada, a **Secretaria Municipal de Saúde - SMS** se declarou ciente das recomendações e do conteúdo do Relatório da Auditoria (peça 26).

Com o fim de fortalecer a instrução processual do presente TC, foi procedida a juntada do expediente eTCM nº 006855/2020, originado do Memo GAB-MF nº 38/2020, que tratou de estudos comparativos de preços praticados no Município de São Paulo e no mercado nacional nas contratações emergenciais (peças 30/39).

Sobre a manifestação da Origem (peça 26), a **Auditoria** emitiu seu entendimento a respeito, ratificando sua conclusão inicial (peça 40).

Após novamente oficiada, a **SMS** informou à peça 57:

> (i) os procedimentos de penalização às contratadas detentoras de Ata de Registro de Preço em inexecução estavam em andamento em seus respectivos processos de contratação;
>
> (ii) o procedimento de apuração de potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedoras de EPI's também estava em andamento.

Já a Contratada deixou de se manifestar no prazo que lhe foi concedido (peça 58).

A **Auditoria** ratificou sua conclusão inicial e destacou o quanto segue (peça 61):

> *"**2. ANÁLISE***
> *Manifestação da Origem (Peça 57, fl. 68)*
>
> *1 - Os procedimentos de penalização às contratadas detentoras de Ata de Registro de Preço em inexecução estão sendo adotados em seus respectivos processos de contratação;*
>
> *2- O procedimento de apuração de potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedoras de EPI's está sendo adotado e se encontra em andamento. Análise da Coordenadoria A Origem informa que estão sendo adotadas ações visando a penalização das empresas que descumpriram a Ata de Registro de Preço e a apuração de potenciais abusos das empresas fornecedoras de EPI. Considerando*

que, segundo informado, tais ações encontram-se em curso, ratificamos integralmente as conclusões do relatório inicial de auditoria às peças 17/19 e reiteramos a necessidade de efetivação dos procedimentos adotados para penalização das contratadas e detentoras de atas de RP em inexecução, bem como da apuração de potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedores de EPI's, com adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis.

3. CONCLUSÃO
Da análise da documentação acrescida, ratificamos as conclusões iniciais de auditoria constantes às Peças 17/19.

Considerando que, embora a Origem noticie adoção de providências em relação ao descumprimento da Ata de Registro de Preço e o possível abuso na fixação de preços pelas empresas fornecedoras de EPIs, ainda não foram apresentados os resultados dos procedimentos adotados, reiteramos a necessidade de cumprimento por parte da SMS do quanto determinado no despacho do Secretário Municipal, a respeito da penalização das contratadas e detentoras de atas de RP em inexecução, bem como da apuração de potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedores de EPI's, com adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis."

Determinada a intimação da SMS para manifestação quanto à última conclusão da SFC (Peça 62), a Pasta apresentou as providências adotadas para a penalização das contratadas que descumpriram a ARP (peça 74).

Acerca de tal manifestação, a **Auditoria** ratificou sua conclusão inicial anotando o seguinte (peça 80):

*"**2. ANÁLISE***
Inicialmente, registramos que a resposta acrescida não trata das conclusões alcançadas nos itens 3.1 a 3.3 do relatório inicial de auditoria, às Peças 17/19, que ficam ratificadas.

Manifestação da Origem (Peça 74)

À fl. 13 da Peça 74, a Divisão Técnica de Licitações, Compras e Serviços da SMS resumiu as providências adotadas pela Pasta:

Em atenção ao requisitado pela Coordenadoria Jurídica desta Pasta (040405231) em razão do ofício do Tribunal de Contas no documento SEI nº 040375502, temos a informar que: 1- A empresa DE PAULI COMERCIO REPRESENTACAO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA detentora da Ata de Registro de Preços nº 377/2018- SMS-G, no processo SEI nº 6018.2020/0009203-0 foi apenada nos termos do Despacho sancionatório SEI nº 041542247, com publicação no DOC SEI nº 041542350.

Na continuidade do processual a detentora DE PAULI COMERCIO REPRESENTACAO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA, no processo SEI nº 6018.2020/0009203-0 foi descontada no momento da liquidação e pagamento no importe de R$ 3.782,00 (três mil, setecentos e oitenta e dois reais), conforme documento no SEI nº 041542434;

2- A empresa MEDICAL CHIZZOLINI LTDA. contratada emergencialmente conforme Termo de Contrato n° 043/2020/SMS-1/CONTRATOS SEI nº 028066470, no processo

SEI nº 6018.2020/0012838-8 foi apenada nos termos do Despacho sancionatório SEI nº 041544017, com publicação no DOC SEI nº 041544229. Na continuidade dos trâmites processuais a contrata MEDICAL CHIZZOLINI LTDA. apresentou recurso administrativo, cuja decisão da autoridade competente consta no SEI nº 041544410, com manutenção da decisão sancionatória no SEI nº 041544513.

A contratada já foi notificada para o devido recolhimento da multa imposta no importe de de R$ 1.751.500,00 - correspondente a 20% (vinte por cento) da parcela dos materiais não entregue sobre o valor do Contratro nº 043/2020/SMS-1 - Dispensa de Licitação nº 211/2020 e da Nota de Empenho nº 34.353/20, conforme SEI nº 041544742. O recolhimento do pagamento da multa ainda se encontra sob análise, em razão do proposta da apenada de dação em pagamento.

Para efeito de comprovação das providências supracitadas, a Origem anexou documentação, a qual listamos a seguir.

Em relação à aplicação de penalidade à empresa De Pauli Comércio Representação Importação e Exportação Ltda, constam: o despacho interno que aplicou a penalidade de multa por inexecução parcial (Peça 74, fl. 3); a publicação do despacho sancionatório (Peça 74, fl. 5); a nota de liquidação e pagamento com o desconto da respectiva penalidade pecuniária (Peça 74, fl. 6)

Em relação à empresa Medical Chizzolini Ltda, constam: o despacho interno que aplicou a penalidade de multa por inexecução parcial (Peça 74, fl. 7); a publicação do despacho sancionatório (Peça 74, fl. 8); a negativa de provimento ao recurso administrativo oferecido pela empresa (Peça 74, fls. 9/10); a notificação para recolhimento da multa imposta no valor de R$ 1.751.500,00 (Peça 74, fl. 11);

<u>Análise da Coordenadoria</u>

Em atenção ao observado pela Coordenadoria à fl. 8 da Peça 18 e às fls. 2/3 da Peça 61, a Origem informou as providências que adotou com vistas a penalizar as empresas que descumpriram a Ata de Registro de Preço e a apuração de potenciais abusos das empresas fornecedoras de EPI.

As evidências acostadas aos autos demonstram estar em andamento providências quanto à penalização das contratadas e detentoras de atas de ARP em inexecução, sem entrar no mérito da correção da penalidade aplicada, restando pendente, quanto a esse aspecto, a comprovação de recolhimento da penalidade aplicada à empresa Medical Chizzolini Ltda.

Observa-se, porém, não foram relatadas providências quanto à apuração de potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedoras de EPI's, razão pela qual reiteramos o posicionado à fl. 8 da Peça 18 e às fls. 2/3 da Peça 61.

3. CONCLUSÃO

Da análise da documentação acrescida, ratificamos integralmente as conclusões dos itens 3.1 a 3.3 do relatório inicial de auditoria às Peças 17/19.

Quanto ao posicionamento da Auditoria no relatório inicial, à fl. 8 da Peça 18, e às fls. 2/3 da Peça 61, verifica-se demonstrada pela Origem a adoção de providências para penalizar o descumprimento dos contratos anteriores, restando pendente a

comprovação de recolhimento da penalidade aplicada à empresa Medical Chizzolini Ltda.; porém não foram relatadas providências quanto à apuração de potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedoras de EPI's, razão pela qual reiteramos o posicionado nesse aspecto."

Determinada a intimação da SMS e da Contratada para manifestação quanto à última conclusão da SFC, a Origem apresentou os esclarecimentos constantes das peças 94 e 95. A Contratada deixou de se manifestar no prazo assinalado.

A **Auditoria**, em novo parecer, ratificou sua conclusão inicial (itens 3.1 a 3.3) e considerou o que segue (peça 99):

*"**2. ANÁLISE***

2.1. Encontra-se justificada nos autos do processo administrativo a aquisição, por meio da Dispensa de Licitação nº 260/2020 SMS.G, de máscaras cirúrgicas, com filtro, com elástico e descartável, código supri 11.065.005.002.1651-1, para enfrentamento à 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 (item 3.1, peça 18 fls. 7/8)

Manifestação da Origem (Peça 95, fl. 5)

"Considerando que a Corte de Contas acolheu a justificativa da contratação constante dos autos, reconhecendo a necessidade e emergência do ato, nada temos a acrescentar".

Análise da Coordenadoria

A Auditoria concluiu como suficiente a justificativa para a contratação direta do objeto, considerando a situação emergencial da pandemia. Não há apontamento de irregularidade nesse item.

2.2. Não restou demonstrada no processo administrativo a suficiência da quantidade requisitada para atender às necessidades da SMS sem risco de desabastecimento de equipamentos de proteção individual para os profissionais de saúde durante o período de pandemia de COVID 19 (item 3.2, peça 18, fl. 8)

Manifestação da Origem (Peça 95, fl. 5)

A fim de demonstrar a razoabilidade da aquisição de 2.910.000 unidades de máscaras, juntamos em SEI nº 050403819 planilha com a distribuição do material pelo CDMEC entre abril a agosto/2020, levando-se em consideração a data da assinatura do contrato nos autos nº 6018.2020/0012838-8 (SEI nº 028066470) e a previsão de abastecimento das unidades por um período de 04 (quatro) meses (SEI nº 026537421).

Análise da Coordenadoria

A Origem realizou dispensa de licitação para aquisição de 1.000.000 de unidades de máscaras cirúrgicas, com filtro, com elástico e descartável (código supri 11.065.005.002.1651-1), perfazendo o total de R$ 5.500.000,00.

Ocorre que não há no processo administrativo qualquer justificativa para a quantidade informada, tendo sido desconsiderado que, na tentativa de contratação anterior, o quantitativo era de 2.910.000 unidades de máscaras cirúrgicas e só foram efetivamente entregues 85.000 unidades (Processo Sei nº 6018.2020/0012838-8).

Ressalvamos que a autorização para a contratação por dispensa ocorreu em abril de 2020, início do pico de internações no município, e, considerando a situação sem precedentes da pandemia, não era tarefa simples projetar a quantidade de insumos que seriam necessários, pois não havia previsão da proporção que a doença poderia tomar, naquele momento.

No entanto, o quantitativo de 1.000.000 de unidades partiu de alguma análise e, toda compra, ainda que em estado de emergência, precisa ter uma justificativa mínima que embase o quantitativo.

Nesse sentido, destacamos o enunciado do Acórdão nº 1335/2020 – TCU – Plenário2:

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).

A Origem apresentou planilha de consumo do item a partir do mês de compra (Peça 95 fl. 4), na qual consta a entrega em abril de 1.085.000 unidades e em maio de mais 2.500.000 unidades, que foram dispensadas no período de abril a agosto de 2020.

A planilha ora apresentada mostra a situação da dispensação dos itens, informando que todas as máscaras foram devidamente dispensadas para as unidades de saúde. No entanto, tal fato não soluciona o apontamento, que trata da necessidade de justificativa do quantitativo ainda na fase anterior a contratação, de forma a não incorrer no risco de desabastecimento.

Face ao exposto ratificamos o apontamento.

2.3. Ademais, registramos que, conforme determinado em despacho do Secretário Municipal, a SMS deverá proceder à penalização das contratadas e detentoras de atas de RP em inexecução (Peça 18, fl. 8)

Manifestação da Origem (Peça 95, fl. 10)

Em atenção ao solicitado nº SEI nº 052050425, esclarecemos que a multa referente à DE PAULI COMÉRCIO, REPRESENTAÇÃO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA já foi comprovada conforme SEI nº 041542434.

No que toca à multa da MEDICAL CHIZZOLINI LTDA, informamos que consta no processo 6018.2020/0012838-8 pedido de reapreciação da penalidade conforme parecer anexo ao SEI nº 039001130.

Análise da Coordenadoria

Quanto a aplicação de penalidade à DE PAULI COMÉRCIO, REPRESENTAÇÃO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, a auditoria verificou a documentação juntada aos autos (Peça 74) e concluiu que as evidências demonstram providências quanto à penalização da contratada (peça 80).

Em relação a MEDICAL CHIZZOLINI LTDA a Origem informa que existe um pedido de reapreciação da penalidade. Em consulta ao SEI nº 6018.2020/0012838-8, verificamos que o processo ainda tramita sem uma decisão final sobre a penalidade aplicada, considerando o pedido de reconsideração apresentado pela empresa.

Dessa forma, mantemos a conclusão.

2.4. [...] apurar potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedores de EPI's, com adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis (Peça 18, fl. 8)

Manifestação da Origem (Peça 95, fls. 6 e 12)

A Origem informa que

No que tange ao apontamento de "(...) providências quanto à apuração de potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedoras de EPI'S", esclarecemos que o próprio TCM não identificou evidências de irregularidades nos valores contratados (Peça 95, fl.06).

Posteriormente, a assessoria jurídica alegou:

Retornamos o presente informando que, após análise dos autos, restam consignados neste processo os fatos que originaram a aquisição do caso em tela, não havendo indícios de irregularidades.

Outrossim, insta consignar que já fora realizada fiscalização atinente à referida contratação devidamente demonstrada por meio do exímio Relatório de Análise de Contratação do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Ademais, considerando que "a apuração preliminar é o ***procedimento disciplinar*** *de preparação e investigação determinado pela autoridade que tiver* ***ciência de irregularidades*** *no serviço público" (grifo nosso) conclui-se não haver indícios de eventual ação ou omissão de servidor que possa ensejar abertura de procedimento de apuração preliminar em relação aos supostos "abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedoras de EPI'S", que competem à variação de mercado em virtude da Pandemia (Peça 95, fl. 12).*

Adicionou ainda que

Considerando que a fixação de preços não compete ao município nem aos servidores públicos, não há como atribuir responsabilidade a eles por um ato que não é de sua alçada. E esse é o entendimento da Comissão de Averiguação Preliminar conforme doc. 052992208 (peça 95, fl.13).

Análise da Coordenadoria

A Origem, em sua defesa, não vê indicio de irregularidade no processo de compras e, por consequente, não abriu procedimento de apuração preliminar em relação aos abusos na fixação de preços pelos fornecedores.

O objetivo da apuração seria verificar se a empresa agiu de má fé, aumentando excessivamente seu lucro durante estado emergencial, infringindo o art. 39, X do CDC e o art. 36, III, da Lei n° 12.529/2011, o que configuraria infração à ordem econômica.

As legislações criadas durante o estado de emergência para ampliar a dispensa de licitação vieram para acelerar as contratações, considerando inclusive os valores acima do mercado em face da alta demanda decorrente da pandemia, mas não exime a Origem da necessidade de averiguação dos preços contratados.

Dessa forma, conforme orientação da Assessoria Jurídica da pasta, cabe a SMS realizar estudo sobre as aquisições realizadas tanto por outros órgãos, como outros entes federativos e também no mercado privado, para verificar se o valor de R$5,50 por unidade de máscara cirúrgica estava compatível com os valores praticados no mercado à época.

3. CONCLUSÃO

Da análise da documentação acrescida, ***ratificamos*** *as conclusões dos itens 3.1, 3.2 e 3.3 do relatório inicial de auditoria às Peças 17/19.*

Quanto ao posicionamento da Auditoria no relatório inicial, à fl. 8 da Peça 18, e às fls. 2/3 da Peça 61, conforme exposto na manifestação anterior desta Coordenadoria (fl. 5, Peça 80), verifica-se demonstrada pela Origem a adoção de providências para penalizar o descumprimento dos contratos anteriores, restando pendente a comprovação de recolhimento da penalidade aplicada à empresa Medical Chizzolini Ltda."

Uma vez oficiada, a **SMS** apresentou os esclarecimentos integrantes da peça 107 enquanto que a Contratada, embora intimada, deixou de se manifestar (peça 108).

Em apreciação aos esclarecimentos da Origem, a **SCE** apresentou sua análise com o teor seguinte (peça 111):

*"**2. ANÁLISE***
2.1. Conclusões da Auditoria

2.1.1. Encontra-se justificada nos autos do processo administrativo a aquisição, por meio da Dispensa de Licitação nº 260/2020 SMS.G, de máscaras cirúrgicas, com filtro, com elástico e descartável, código supri 11.065.005.002.1651-1, para enfrentamento à 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 (item 3.1, Peça 18, fls. 7/8)

Manifestação da Origem (Peça 107, fl. 7)

Informa que ratifica "a manifestação desta Divisão de Suprimentos em SEI nº 050403985, haja vista que houve o acolhimento da justificativa para a aquisição das máscaras cirúrgicas".

Análise da Coordenadoria

A Origem assente com a Auditoria, razão pela qual ratificamos esta conclusão. Importante registrar que neste item não há apontamento de irregularidade.

2.1.2. Não restou demonstrada no processo administrativo a suficiência da quantidade requisitada para atender às necessidades da SMS sem risco de desabastecimento de equipamentos de proteção individual para os profissionais de saúde durante o período de pandemia de COVID 19 (item 3.2, peça 18, fl. 8)

Manifestação da Origem (Peça 107, fl. 7)

Primeiramente, importante lembrar que à época da compra, o surto do COVID.19 havia sido recentemente declarado como emergência de saúde pública de importância internacional por intermédio da Lei Federal nº 13.979/2020, de modo que não se detinha conhecimento real e efetivo de sua dimensão, exigindo-se, todavia, de forma contundente e imediata, providências para o seu enfrentamento.

Exatamente isso fora realizado no processo em análise visando-se o combate do coronavírus que assolava e ainda assola todo o território. Inclusive, aquele próprio diploma previu a possibilidade de um termo de referência simplificado para tais aquisições, levando-se em consideração todos os fatores que permeavam tais procedimentos, como por exemplo, urgência, falta de itens e de matéria-prima no mercado, oferta menor que a procura etc.

E mesmo diante dessas vicissitudes, o quantitativo previsto na contratação mostrou-se compatível com aquele distribuído pelo CDMEC, conforme se observa da planilha já apresentada em SEI nº 050403819.

Análise da Coordenadoria

Ressaltamos que no processo administrativo não há qualquer justificativa para a quantidade adquirida e, diferentemente do alegado pela SMS, referindo-se à planilha apresentada anteriormente, em SEI nº 050403819 (Peça 95, fl.4), de que o quantitativo previsto na contratação mostrou-se compatível com aquele distribuído pelo CDMEC, verifica-se que os quantitativos adquiridos no processo em tela não seriam suficientes para atender à demanda das unidades de saúde do município, pois na referida planilha foram distribuídas 3.585.000 unidades de máscaras enquanto a presente aquisição foi de 1.000.000 de unidades.

Portanto, a economia de escala nas aquisições, caso o quantitativo adquirido fosse maior, não foi obtida pela Administração.

Face ao exposto, ratificamos o apontamento.

2.2. Demais aspectos tratados na conclusão

2.2.1. A SMS deverá proceder à penalização das contratadas e detentoras de atas de RP em inexecução (Peça 18, fl. 8)

Manifestação da Origem (Peça 107, fl. 8)

Por fim, no que tange à "(...) adoção de providências para penalizar o descumprimento dos contratos anteriores, restando pendente a comprovação de recolhimento da penalidade aplicada à empresa Medical Chizzolini Ltda", informamos que os autos que tratam da matéria (6018.2020/0012838-8) encontram-se em SMS/COJUR para análise.

Análise da Coordenadoria

Em relação a MEDICAL CHIZZOLINI LTDA, a Origem informa que os autos que tratam da matéria (6018.2020/0012838-8) encontram-se em SMS/COJUR para análise.

Dessa forma, mantemos a conclusão.

2.2.2. A SMS deverá apurar potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedores de EPI's, com adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis (Peça 18, fl. 8)

Manifestação da Origem (Peça 107, fl. 8)

A Divisão Técnica de Licitações, Compras e Serviços informa no Encaminhamento SMS/SMS-3/DIRETORIA Nº 058022186, que

Corroboramos os termos do encaminhamento de SEI nº 050403985 sobre a necessidade de manifestação da Coordenadoria Jurídica sobre o item, posto que a eventual apuração de abuso de preços foi sinalizada em parecer jurídico daquela SMS/COJUR.

Análise da Coordenadoria

Conforme orientação da Assessoria Jurídica da pasta, cabe à SMS realizar apuração de eventual abuso de preços, por parte da fornecedora, em relação aos valores praticados no mercado à época.

Dessa forma, mantemos a conclusão.

3. CONCLUSÃO

Da análise da documentação acrescida, ratificamos todas as conclusões do relatório inicial de auditoria às Peças 17/19.

Quanto ao posicionamento da Auditoria no relatório inicial, à fl. 8 da Peça 18, e às fls. 2/3 da Peça 61, embora tenha sido demonstrada pela Origem a adoção de providências para penalizar o descumprimento dos contratos anteriores, permanece pendente a comprovação de recolhimento da penalidade aplicada à empresa Medical Chizzolini Ltda."

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE** acompanhou a conclusão da Auditoria empregando os argumentos seguintes (peças 113/114):

"Os processos de fiscalização estão previstos no artigo 44 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas[1]*.*

Após analisar a documentação juntada aos autos, constatamos, em síntese, que as conclusões alcançadas pela Auditoria no relatório juntado nas peças 18/19 foram ratificadas em todas as demais manifestações: peças 40, 61, 80, 99 e 111, a saber:

- *Encontra-se justificada nos autos do processo administrativo a aquisição, por meio da Dispensa de Licitação nº 260/2020 SMS.G, de máscaras cirúrgicas, com filtro, com elástico e descartável, código supri 11.065.005.002.1651-1, para enfrentamento à 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;*

- *Não restou demonstrada no processo administrativo a suficiência da quantidade requisitada para atender às necessidades da SMS sem risco de desabastecimento de equipamentos de proteção individual para os profissionais de saúde durante o período de pandemia de COVID 19;*

- *Considerando o cenário existente de situação de emergência e calamidade pública no Município de São Paulo para enfrentamento da pandemia de COVID 19 (DMs nº 59.283/20 e 59.291/20) e os preços observados no painel de preços do sistema comprasnet, não foram identificadas evidências de irregularidades no que diz respeito ao valor pago na Dispensa de Licitação nº 260/2020 SMS.G.*

No mais, a Auditoria entendeu que, embora a Origem tenha demonstrado a adoção de providências para penalizar o descumprimento dos contratos anteriores, resta pendente a comprovação de recolhimento da penalidade aplicada à empresa Medical Chizzolini Ltda.

---

[1] **RITCMSP**
Art. 44 - Os procedimentos de fiscalização têm a finalidade de assegurar a eficácia do controle, subsidiar o julgamento de contas, atos e contratos e propor recomendações e alternativas para a melhoria da gestão de seus jurisdicionados, sob as óticas da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, compreendendo as seguintes modalidades:
I - acompanhamentos;
II - inspeções;
III - auditorias;
IV – análises;
V – auditorias operacionais.
VI – auditorias transversais.
VII – análises de função de governo

Assim, diante do exposto, entendemos que o procedimento de Fiscalização adotado atingiu os objetivos almejados e que o resultado do trabalho reúne condições de ser submetido ao Nobre Conselheiro Relator, para conhecimento e deliberação.

Nessa linha, acompanhamos integralmente o entendimento da Auditoria, conforme Relatório Conclusivo integrante da peça 111."

A **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM** requereu o acolhimento do ajuste e, subsidiariamente, a aceitação dos seus efeitos financeiros ante as seguintes razões (peça 117):

"(...)
4. Em primeiro lugar, nota-se que os apontamentos 3.1 e 3.3 não têm conteúdo de irregularidade.

5. Ao contrário, tais apontamentos indicam, respectivamente, que (i) a aquisição foi devidamente justificada no processo administrativo; e (ii) não há evidências de irregularidade no que diz respeito aos valores pagos pela Administração.

6. Como se vê, há uma concordância entre a Origem e a D. Auditoria no tocante à justificativa da contratação e dos preços pagos.

7. No que concerne à aplicação de penalidades, a própria Auditoria reconhece que restou "demonstrada pela Origem a adoção de providências para penalizar o descumprimento dos contratos anteriores".

8. Ressalte-se, portanto, que a penalidade já foi devidamente aplicada pela Origem, sendo certo que a alegada ausência de comprovação do recolhimento da multa não justifica a manutenção do apontamento.

9. Com relação ao apontamento 3.2 (suposta não comprovação da suficiência das máscaras), merecem ser integralmente acolhidas as justificativas técnicas trazidas pela Origem na peça 107 (grifos nossos):

"Primeiramente, importante lembrar que à época da compra, o surto do COVID.19 havia sido recentemente declarado como emergência de saúde pública de importância internacional por intermédio da Lei Federal nº 13.979/2020, de modo que não se detinha conhecimento real e efetivo de sua dimensão, exigindo-se, todavia, de forma contundente e imediata, providências para o seu enfrentamento.

Exatamente isso fora realizado no processo em análise visando-se o combate do coronavírus que assolava e ainda assola todo o território. Inclusive, aquele próprio diploma previu a possibilidade de um termo de referência simplificado para tais aquisições, levando-se em consideração todos os fatores que permeavam tais procedimentos, como por exemplo, urgência, falta de itens e de matéria-prima no mercado, oferta menor que a procura etc.

E mesmo diante dessas vicissitudes, o quantitativo previsto na contratação mostrou-se compatível com aquele distribuído pelo CDMEC, conforme se observa da planilha já apresentada em SEI nº 050403819"

9. Como se vê, as justificativas da Origem são mais do que razoáveis, ao passo que as críticas da D. Auditoria revestem-se, com o devido respeito, de caráter meramente hipotético, pois não indicam, quais seriam, no seu entender, os quantitativos idealmente adequados e tampouco demonstram o valor dessa suposta "economia de escala nas aquisições, caso o quantitativo fosse maior".

10. Com se sabe, entretanto, "ao órgão de controle, compete verificar se, no caso concreto, a solução de aplicação escolhida pelo agente administrativo foi razoável ou desarrazoada. Se razoável, o ato praticado foi legal. Se desarrazoada, o ato foi ilegal, devendo ser sancionado com a anulação. Não lhe compete emitir juízo sobre a solução que lhe pareça ser "a mais razoável". Se o fizer, estará extrapolando os limites da função que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico. Não lhe cabe administrar, e sim julgar. (CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Teoria do Ato Administrativo, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 116).

11. Em suma, os achados da Auditoria, como acima mencionado, não têm relação com desvio de recursos públicos, inexecução do objeto contratual, prejuízo ao erário, dolo ou má-fé de servidores.

12. Devem ser diferenciadas duas hipóteses de gravidade distinta: de um lado, a não entrega do objeto contratado, uma falta grave (a efetiva inexecução, que aqui indiscutivelmente não se verificou), e, de outro, a ausência de registros formais/documentais impecáveis sobre o ajuste, falhas secundárias de menor potencial ofensivo ao ordenamento jurídico.

13. Nunca é demais relembrar que o prejuízo não se presume; ele deve ser demonstrado concretamente, o que não se pode verificar nos presentes autos.

14. Há que estar presente a ponderação de valores e a razoabilidade na interpretação das exigências legais diante da circunstância concreta, de tal modo que nem toda falha constatada enseja necessariamente a declaração de irregularidade.

15. Nesse sentido, pede-se licença para citar a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (grifamos):

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (....)

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

16. Caso, no entanto, esse E. TCM considere a contratação irregular, o que se admite apenas por hipótese, devem ser aceitos os seus efeitos financeiros.

17. Vale a pena, sobre este ponto, aqui trazer à colação julgados desse E. TCM:

TC nº 72-003.685.06-97

ANÁLISE. CONTRATO. SDTE. Serviços técnicos especializados para qualificação profissional. Projeto Capacita Sampa. Acessoriedade. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. Votação unânime.
(....)
ACORDAM, todavia, à unanimidade, considerando o tempo decorrido e a ausência de comprovação de prejuízo ao erário, em aceitar, excepcionalmente, os efeitos financeiros produzidos pela avença.

TC Nº 72.001.068.96-86

Conselheiro Relator João Antonio Assunto: Análise dos recursos ordinários apresentados pela D. Procuradoria da Fazenda Municipal e pela ordenadora da despesa, Secretária do Verde e do Meio Ambiente à época da lavratura dos termos aditivos, em face do v. Acórdão. A decisão recorrida julgou irregulares os Termos Aditivos 02/SVMA/01 e 06/SVMA/01, tendo em vista que o termo de aditamento anterior, de 30/00, que também tratava da prorrogação de prazo contratual, não foi acolhido por este E. Tribunal, inviabilizando, assim, o acolhimento de qualquer termo de aditamento relacionado à prorrogação de prazo. Além disso, o v. Acórdão não reconheceu os efeitos financeiros produzidos pelos mencionados aditamentos, bem como deixou de acolher o Termo de Recebimento Provisório de 25/4/2001 e aplicou ao ordenador da despesa a multa de R$ 361,00, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

Síntese da Decisão: Por unanimidade de votos e em conformidade com o relatório e voto do Relator, conhecer dos apelos interpostos, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade, quanto ao mérito, considerando que não restou demonstrado nos autos a existência de dano ou de prejuízo ao erário, bem como diante da inexistência de dolo ou má-fé dos agentes públicos responsáveis, em dar provimento parcial aos recursos examinados, para aceitar os efeitos financeiros produzidos pelos Termos Aditivos 02/SVMA/01 e 06/SVMA/01, acolher o Termo de Recebimento Provisório de 25/04/2001 e **afastar a multa aplicada ao ordenador da despesa**, mantendo-se no mais o V. Acórdão recorrido, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

18. E por fim, destaque-se o recente julgado de 28 de julho de 2021:

TC 513/2004

ANÁLISE. CONTRATO. SVMA. Serviços de manutenção, reparação e complementação da Praça Pública denominada Praça Cataguarino. São Mateus. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime. 345ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA. DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar irregular o Contrato 027/SVMADepave/2003, no valor de R$ 869.712,56 (oitocentos e sessenta e nove mil, setecentos e doze reais e

cinquenta e seis centavos), firmado entre a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente e a empresa Construtora Simioni Viesti Ltda., em razão das irregularidades apontadas. DECIDEM, à unanimidade, acolher os efeitos financeiros no período e valores analisados, tendo em vista que os serviços foram efetivamente prestados, tratando-se de situação já consolidada desde o ano de 2004 e inexistindo nos autos indicativos de prejuízos ao erário, dolo ou má-fé dos responsáveis. Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

19. Diante do exposto, requer seja o ajuste acolhido.

20. Caso assim não se entenda, requer a Fazenda, subsidiariamente, a aceitação dos efeitos financeiros da contratação."

A **Secretaria Geral – SG**, após repisar as distintas manifestações nos autos, opinou nos termos seguintes (peça 119):

"De minha parte, tenho as seguintes considerações:

• Com relação à falta de justificativa para a quantidade requisitada pela SMS:

Acompanho o entendimento da SFC e da AJCE no sentido da manuntenção do apontamento (Peças 111 e 113/114), valendo destacar as seguintes observações: (i) os quantitativos adquiridos no processo em tela não seriam suficientes para atender à demanda das unidades de saúde do município, pois na referida planilha foram distribuídas 3.585.000 unidades de máscaras enquanto a presente aquisição foi de 1.000.000 de unidades (Peça 111); (ii) considerando a situação sem precedentes da pandemia, não era tarefa simples projetar a quantidade de insumos que seriam necessários, pois não havia previsão da proporção que a doença poderia tomar, naquele momento (Peça 99).

• Com relação à falta de comprovação de recolhimento da penalidade aplicada à empresa Medical Chizzolini Ltda.:

A Origem informou, em sua última manifestação nos presentes autos (datada de 31/01/2022), que processo 6019/2020/012838-8 se encontrava em SMS/CONJUR para análise (Peça 107). Sendo assim, remanesce o apontamento feito pela SFC (Peças 111 e 113/114).

Conforme consulta realizada em 11.07.2022 no Sistema eTCM (Id Licitação 1405430), o pedido de revisão do processo sancionatório feito pela Medical Chizzolini Ltda. ainda não foi julgado.

• Com relação à falta de apuração de eventuais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedoras de EPI's:

Acompanho o entendimento da SFC e da AJCE no sentido de que remanesce o apontamento (Peças 111 e 113/114), uma vez que a Origem confirmou que tal questão permanecia pendente em sua última manifestação nos autos, datada de 31/01/2022 (Peça 107):

> Corroboramos os termos do encaminhamento de SEI nº 050403985 sobre a necessidade de manifestação da Coordenadoria Jurídica sobre o item, posto que a eventual apuração de abuso de preços foi sinalizada em parecer jurídico daquela SMS/COJUR.
>
> ***CONCLUSÃO***
>
> *Do exposto, restaram pendentes os seguintes pontos abordados pela SFC em seu relatório inicial (Peças 17/19 e 111): (a) a justificativa da quantidade requisitada para atender às necessidades da SMS (questão identificada como item 3.2); (b) a questão da penalidade aplicada à empresa Medical Chizzolini Ltda.; (c) a apuração de potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedoras de EPI's."*

É o relatório.

VOTO

Cuida o TC 5.917/2020 da análise da compra efetuada por meio da Nota de Empenho nº 38.259/2020, decorrente da Dispensa de Licitação nº 260/2020-SMS.G, para a compra de 1.000.000 (um milhão) de unidades de máscaras cirúrgicas, com filtro, com elástico e descartável, perfazendo o valor total de R$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais) conforme despacho publicado no DOC de 17.04.2020.

Ab initio, identifico que o período em análise neste TC 5.917/2020 está contextualizado no início da pandemia do coranavírus, sendo, inclusive, a contratação sob análise coincidente ao período de *lockdown* (quarentena) decretada pelo Estado de São Paulo à época conforme o Decretos Estaduais nº 64.881, de 22 de março 2020 e nº 64.946, de 17 de abril de 2020.

> **Decreto Estadual nº 64.881/2020. Artigo 1º** - Fica decretada medida de quarentena no Estado de São Paulo, consistente em restrição de atividades de maneira a evitar a possível contaminação ou propagação do coronavírus, nos termos deste decreto.
> **Parágrafo único** - A medida a que alude o "caput" deste artigo vigorará de 24 de março a 7 de abril de 2020.
>
> **Decreto Estadual nº 64.946/2020. Artigo 1º** - Observado o disposto neste decreto, fica estendido, até 10 de maio de 2020, o período de quarentena de que trata o parágrafo único do artigo 1º do Decreto nº 64.881, de 22 de março de 2020, como medida necessária ao enfrentamento da pandemia da COVID-19 (Novo Coronavírus), no Estado de São Paulo.

A situação emergencial decorrente da pandemia do COVID-19 alterou significativamente a dinâmica do interesse público, tendo impactos diretamente em temas licitatórios, como alterações nas normas, nas contratações e, inclusive, nas questões que envolvem risco e materialidade.

Houve aumento exponencial da demanda por insumos médicos, descompassada com o incremento da oferta. O ineditismo do vírus e o aumento das mortes em curto período de tempo levaram alguns setores, como os serviços de Saúde e Funerário, à beira do colapso sem qualquer previsão de volta à normalidade.

Há tempos que a antiquada postura recomendada pelo Direito Francês de ser o julgador um simples "*bouche de la loi*", mero pragmático, passou por transformações exigindo um novo padrão comportamental do julgador: como o desbravador da norma a ser aplicada, marcado pelo propósito de garimpar o que melhor se adequa ao caso concreto, enquadrando-se na noção italiana de *proceso giusto* e atuando para resguardo da dignidade humana[2].

Nesta linha de desenvolvimento e aprimoramento da função de julgar, ressalto importantes contribuições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB – para o panorama jurídico brasileiro:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão**. (....)
>
> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, **serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor** e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
>
> Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em **caso de dolo ou erro grosseiro.***(grifamos)*

Cabe, portanto, ao julgador, sobretudo no contexto do enfrentamento da COVID-19, considerar todos os aspectos envolvidos e não apenas os meramente formalistas, haja vista, embora deva ser cumprido e seguido os ditames legais, por vezes, se mostra **inviável** aguardar o curso natural do processo administrativo e/ou licitatório sob o risco de ter o próprio resultado útil da contratação esvaziado; e aqui alerto que no caso do setor da Saúde, a demora na resposta das medidas de enfretamento seriam esvaziadas com a contaminação e morte da população.

Após longa instrução, os órgãos pré-opinantes, em especial a Auditoria, quando da apresentação dos relatórios nas peças 19, 40, 80, 99 e 111, fixaram os pontos objeto de questionamento por esta Corte de Contas; pontos estes que, apesar de superados por alguns setores internos do Tribunal, passo a analisar detidamente.

1. Apresentar justificativa para a aquisição das máscaras cirúrgicas por meio da Dispensa de Licitação nº 260/2020 SMS.

Conforme descrito, a situação de pandemia do COVID-19 mostrou o aumento arbitrário de lucros em certos setores, em especial o de equipamentos e insumos médico-hospitalares, desencadeado pela avassaladora demanda, pela urgência e importância na aquisição dos produtos relacionados à pandemia.

[2] https://s3.meusitejuridico.com.br/2019/12/219b757e-5-artigo-papel-do-julgador.pdf - Acesso em 27 de março de 2024.

Poder-se-ia, inclusive, a ausência de concorrência à época, devido a abrupta escassez dos insumos. Consequência óbvia era a prática de preços elevados, dificuldade de manutenção de fornecimento, interrupção de fornecimentos contratados e dificuldade de encontrar novos fornecedores.

Para que a atuação administrativa deve ser exercida dentro dos limites previamente traçados pela lei, para que não ocorra uma confusão de ato discricionário com ato arbitrário. Este não tem vínculo com a realidade, advém da mera vontade pessoal da autoridade. Por isso é necessária a motivação das decisões administrativas, para conseguir avaliar se os motivos indicados realmente existiram e justificam o ato[3] .

Em face ao esclarecido, entendo por justificada, nos autos do processo administrativo, a aquisição por meio da Dispensa de Licitação nº 260/2020 SMS.G, de máscaras cirúrgicas, com filtro, com elástico e descartável, código supri 11.065.005.002.1651-1, para enfrentamento à 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 (item 2.1).

2. Demonstrar, no processo administrativo, a suficiência da quantidade requisitada para atender às necessidades da SMS sem risco de desabastecimento de equipamentos de proteção individual para os profissionais de saúde durante o período de pandemia de COVID 19 (item 2.1).

Noto que a autorização para a contratação por dispensa ocorreu em abril de 2020, início do pico de internações no município, e, considerando a situação sem precedentes da pandemia, não era tarefa simples projetar a quantidade de insumos que seriam necessários, pois não havia previsão da proporção que a doença poderia tomar, naquele momento, muito menos ter-se-ia ideia da duração da fase.

A fim de demonstrar a razoabilidade da aquisição das unidades de máscaras, a Origem juntou planilha com a distribuição do material pelo CDMEC entre abril a agosto/2020, levando-se em consideração a data da assinatura do contrato nos autos nº 6018.2020/0012838-8 (SEI nº 028066470) e a previsão de abastecimento das unidades por um período de 04 (quatro) meses (SEI nº 026537421).

Por esta mesma planilha fica óbvia a conclusão de que a compra serviu para o uso imediato, afirmando que todas as unidades foram utilizadas sem novas compras, e não para a formação de estoque, como se pretendeu em contratações anteriores. Reforça a inteligência da compra de 1.000.000 de unidades de máscaras cirúrgicas, ao invés das 2.910.000 unidades almejadas nas contratações anteriores porque todas as pretéritas foram **inexecutadas** e, quando muito, só foram efetivamente entregues 85.000 unidades (Processo Sei nº 6018.2020/0012838-8).

No caso concreto, por cautela, é de se reconhecer, diante dos fatos mencionados, que o maior risco à população e aos profissionais de saúde, naquele momento, estava na demora da aquisição e no potencial risco de inexecução de nova contratação; a SMS carecia de um quantitativo maior de entrega de máscaras que não as 85.000 já entregues, certo de

[3] TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida . **Discricionariedade administrativa: ação de improbidade & controle principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 35.

que o numerário acima da casa dos dois milhões de máscaras geraria, mais uma vez, inexecução e padecimento dos profissionais da saúde e população.

3. Evidências de irregularidades no que diz respeito ao valor pago na Dispensa de Licitação nº 260/2020 SMS.G.

Considerando o emergencial e calamitoso cenário existente à época, no Município de São Paulo, para enfrentamento da pandemia de COVID-19 (DMs nº 59.283/20 e 59.291/20) e os preços observados no painel de preços do sistema *comprasnet*, não foram identificadas evidências de irregularidades no que diz respeito ao valor pago na Dispensa de Licitação nº 260/2020 SMS.G (item 2.2).

4. Apurar potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedores de EPI's, com adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis (Peça 18, fl. 8).

O objetivo da apuração seria verificar se a empresa agiu de má fé, aumentando excessivamente seu lucro durante estado emergencial, infringindo o artigo 39, X do CDC e o artigo 36, III, da Lei n° 12.529/2011, o que configuraria infração à ordem econômica.

As legislações criadas durante o estado de emergência para ampliar a dispensa de licitação vieram para acelerar as contratações, considerando, inclusive, os valores acima do mercado em face da alta demanda decorrente da pandemia. Ilustro com a Lei Federal 13.979/2020, que autoriza a contratação emergencial excepcional em razão da emergência relativa à pandemia de coronavírus e possibilita a contratação mesmo em valores superiores aos obtidos pelos mecanismos tradicionais de pesquisa de preços, caso estes decorram de "oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipóteses em que deverá haver justificativa nos autos" (art. 4º E, §3º).

> **Lei Federal nº 13.979/2020. Artigo 4º, E, § 3º.** Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do § 1º deste artigo não impedem a contratação pelo poder público por **valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços** (...).*(grifamos)*

Contudo, o momentâneo aumento do rol de dispensa de licitação não exime a Origem da necessidade de averiguação dos preços contratados.

Coube, portanto, à Secretaria Municipal de Saúde realizar estudo sobre as aquisições realizadas tanto por outros órgãos, como outros entes federativos e no mercado privado, com espoco de averiguar a compatibilidade na cobrança do valor de R$5,50 por unidade de máscara cirúrgica aos demais fornecedores do mesmo item.

No que concerne à aplicação de penalidades, a própria Auditoria reconheceu que restou "demonstrada pela Origem a adoção de providências para penalizar o descumprimento dos contratos anteriores". Ressalto, portanto, que a penalidade já foi devidamente aplicada pela Origem, sendo certo que a alegada ausência de comprovação do recolhimento da multa não justificaria a manutenção do apontamento, como fizeram os órgãos pré-opinantes dos quais, data vênia, ouso discordar.

Conforme consulta realizada em 27.03.2024 no Sistema eTCM SEI nº 6018.2020/0012838-8, o pedido, feito pela Medical Chizzolini Ltda., de revisão da sanção

aplicada no curso do processo sancionatório foi julgado procedente e houve a conversão da pena de multa em pena de advertência, nos seguintes termos:

> A vista dos elementos constantes deste processo, em especial a manifestação da Coordenadoria de Administração e Suprimentos desta Secretaria, que acolho como razão de decidir, nos termos do artigo 87, I da Lei Federal nº 8.666/93, **RECEBO** o Pedido de Revisão promovido pela pessoa jurídica de direito privado MEDICAL CHIZZOLINI Ltda., inscrita no CNPJ/ME sob o nº 25.067.657/0001-05, o qual **ACOLHO** e **CONVERTO** a penalidade de multa em **advertência**, pelo inadimplemento contratual decorrente do Contrato n° 043/2020/SMS-1/CONTRATOS.*(grifos no original)*

Do narrado, concluo que além da SMS ter efetivamente apurado potenciais abusos na fixação dos preços pelas empresas fornecedores de EPI's, efetivamente adotou medidas corretivas em face das empresas De Pauli Comércio Representação Importação e Exportação Ltda. (nota de liquidação e pagamento com o desconto da respectiva penalidade pecuniária - peça 74, fl. 06) e MEDICAL CHIZZOLINI Ltda. (SEI nº 6018.2020/0012838-8).

Ao desfecho desta apreciação do tema com a lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral[4]:

> Ao órgão de controle compete verificar se, no caso concreto, a solução de aplicação escolhida pelo agente administrativo foi razoável ou desarrazoada. Se razoável, o ato praticado foi legal. Se desarrazoada, o ato foi ilegal, devendo ser sancionado com a anulação. Não lhe compete emitir juízo sobre a solução que lhe pareça ser "a mais razoável". Se o fizer, estará extrapolando os limites da função que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico. Não lhe cabe administrar, e sim julgar.

Por derradeiro, para que não surjam vozes destoantes à este julgado, relembro a premissa clássica do Direito pátrio de que o prejuízo não se presume; ele deve ser demonstrado concretamente, o que não se pode verificar nos presentes autos.

Ex positis, **ACOLHO como REGULAR** a compra efetuada por meio da Nota de Empenho nº 38.259/2020, decorrente da Dispensa de Licitação nº 260/2020-SMS.G, para a compra de 1.000.000 (um milhão) de unidades de máscaras cirúrgicas, com filtro, com elástico e descartável, perfazendo o valor total de R$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais) por não haver afronta a disposições de lei aplicadas à espécie.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

[4] CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. **Teoria do Ato Administrativo.** Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 116

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 24/04/2024 13:35:53 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo