ACO-UTR-1138/2024

Processo	-	TC/006423/2021
Contratante	-	Secretaria Municipal da Saúde – SMS
Contratada	-	Valmig Comércio e Assessoria Técnica de Equipamentos Ltda.
Contrato Emergencial	-	55/2021/SMS-1/Contratos R$ 9.536.720,00
Objeto	-	Aquisição de 19 Usinas Geradoras de Oxigênio, com instalação e em caráter emergencial, visando atender às necessidades das unidades de saúde na Cidade de São Paulo

56ª Sessão Ordinária Não Presencial

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SMS. Aquisição de Usinas Geradoras de Oxigênio, com instalação. 1. As peculiaridades fáticas devem ser consideradas para que se possa avaliar a suficiência ou não da justificativa, bem como o afastamento legal da obrigação de estudos preliminares para contratação de bens e serviços comuns ligados ao enfrentamento da pandemia. Art. 4º - C. L 13.979/2020. 2. A oferta de oxigênio que se buscava garantir com a contratação não era passível de sofrer qualquer solução de continuidade, sob pena de graves e irreparáveis danos da população. REGULAR excepcionalmente. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

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

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, tendo em vista que as manifestações da Origem cuidaram de explicar e justificar os apontamentos da auditoria, acompanhando as conclusões do parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, em julgar excepcionalmente regular o Termo de Contrato 55/2021/SMS-1/Contratos – formalizado em 08/4/2021, entre a Secretaria Municipal da Saúde (peça 20) e a empresa Valmig Comércio e Assessoria Técnica de Equipamentos Ltda., para aquisição com instalação, em caráter emergencial, de Usina Geradora de Oxigênio, visando atender às necessidades das Unidades de Saúde da Cidade de São Paulo, mediante Dispensa de Licitação 280/2021/SMS (peça 20), com fundamento no inciso IV do art. 24 da Lei Federal 8.666/93 e do Decreto 60.158, de 31 de março de 2021.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar a expedição de cópia deste Acórdão ao Secretário Municipal da Saúde, arquivando-se os autos após o cumprimento das formalidades legais.

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

São Paulo, 17 de julho 2024.

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

/smv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/08/2024 18:22:06 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 02/09/2024 10:15:09 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

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

Item 38-Pleno

TC 6.423/2021- **Análise**
Objeto: Contrato - Análise do Termo de Contrato Emergencial nº 055/2021/SMS-1/CONTRATOS - Aquisição com instalação, em caráter emergencial, de Usina Geradora de Oxigênio, visando atender às necessidades das Unidades de Saúde da Cidade de São Paulo.
Interessados: Secretaria Municipal da Saúde- SMS
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente de análise do **Termo de Contrato Nº 055/2021/SMS-1/Contratos** – formalizado em 08/04/2021, entre a **Secretaria Municipal de Saúde** (peça 20) e a empresa **Valmig Comércio e Assessoria Técnica de Equipamentos Ltda**., para aquisição com instalação, em caráter emergencial, de Usina Geradora de Oxigênio, visando atender às necessidades das Unidades de Saúde da Cidade de São Paulo, mediante Dispensa de Licitação Nº 280/2021/SMS (peça 20), com fundamento no inciso IV do art. 24, da Lei Federal nº 8.666/93 e do Decreto nº 60.158, de 31 de março de 2021.

O valor total do ajuste é de **R$ 9.536.720,00** (nove milhões quinhentos e trinta e seis mil setecentos e vinte reais), compreendendo a parcela de **R$ 9.432.220,00** aos equipamentos geradores de oxigênio e montante de **R$ 104.500,00** (cento e quatro mil e quinhentos reais) refere-se ao serviço de instalação dos equipamentos.

A **Subsecretaria de Controle Externo** – SCE analisou o ajuste em tela, com subsídio no respectivo processo SEI de modo a verificar sua conformidade com os ditames das Lei Federal nº 13.979/2020, Lei Federal nº 8.666/1993, Lei Municipal nº 17.335/2020 e do Decreto Municipal nº 59.283/2020, resultando na elaboração do "*Relatório de Análise da Contratação Emergencial no Estado de Emergência e Calamidade Pública*" (peça 25).

Ao final da análise do instrumento concluiu:

> *"Quanto aos exames documentais realizados, concluímos que o Termo de Contrato nº 055/2021/SMS-1/Contratos, firmado entre a Secretaria Municipal de Saúde (SMS) e a empresa Valmig Comércio e Assessoria Técnica de Equipamentos Ltda, por dispensa de licitação, enquadra-se nas previsões do art. 4º da Lei Federal nº 13.979/2020 e do art. 2º, inciso II do DM nº 59.283/2020, os quais admitem a dispensa de licitação para contratação de bens e serviços destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública considerando a pandemia decorrente do Coronavírus, e, diante da análise efetuada, apresenta as seguintes irregularidades:*

5.1. Fragilidade na justificativa apresentada pela SMS para a contratação, visto que não foi demonstrada a análise prévia da Origem, na qual se tenha verificado a necessidade de contratação do objeto na forma adotada, bem como não foi apresentado estudo atestando a vantajosidade na contratação de empresa de usinas geradoras de oxigênio em detrimento de outras alternativas (subitem 3.2.1);
5.2. Não foi demonstrada nos autos a indisponibilidade de usinas geradoras de oxigênio para locação, mencionada pela Origem como um dos motivos para escolha do objeto (subitem 3.2.1);
5.3. Não foram justificados os quantitativos contratados e as unidades selecionadas para compor o objeto, por não constar do processo administrativo a capacidade de fornecimento de oxigênio vigente à época da contratação, bem como a demanda emergencial e futura de oxigênio estimada para a rede de saúde municipal. A falta dessas informações no processo constitui infringência ao Art. 4º-E, §1º da LF 13.979/20 (subitem 3.2.3);
5.4. Não está justificado o valor da contratação, tendo em vista a falta de justificativa e embasamento técnico quanto às capacidades mínimas de produção exigidas para as usinas, em relação ao perfil de leitos instalados em cada unidade (subitem 3.2.4);
5.5. As notas de empenho processadas para atendimento do contrato emergencial não fizeram constar, no campo "Histórico", a indicação de que se referem ao enfrentamento da pandemia decorrente do coronavírus, em desatendimento ao Art. 2º, incisos I e II da Portaria SF/SUTEM nº 4/2020 (subitem 3.2.5)."

Oficiada a manifestar-se sobre o relatório técnico, a Secretaria Municipal de Saúde encaminhou a resposta (peças 40/41) com as justificativas sob o enfoque do recrudescimento dos casos da COVID-19, provocado pela nova cepa P1(conhecida como a de Manaus), quando *"o país vive no mês de março/2021, ocupação máxima de leitos e recordes diários no número de novas mortes, ultrapassando mais de 300 mil pessoas*" e a necessidade de haver serviços e materiais disponíveis para realização de atendimento, sem os expõem os pacientes a iminente risco de morte.

A **SCE, por sua Coordenaria IV** (peça 45) após analisar os argumentos expostos pela Origem em relação às irregularidades verificadas na contratação, assim manifestou-se:
Da análise da documentação acrescida, concluímos em relação aos apontamentos iniciais da auditoria (Peça 25, fls. 17/18):
Ratificados os subitens 5.1, 5.2, 5.3 e 5.4.
Solucionado o subitem 5.5.

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peças 47/48) acompanhou as conclusões alcançadas pela Equipe de Fiscalização, posto que *"as justificativas fornecidas pela Origem não são aptas a elidir as irregularidades apontadas nos subitens 5.1, 5.2, 5.3 e 5.4 do relatório de análise da Contratação Emergencial no Estado de Emergência e Calamidade Pública (peças 25/26)",* motivos pelos quais opinou pela irregularidade do Termo de Contrato nº 055/2021/SMS.

Em acréscimo, o Assessor Subchefe sugeriu a intimação dos responsáveis indicados nas peças 24 e 25 (item 3.3) e da empresa contratada para ciência e manifestação sobre o processado, visando ao exercício do contraditório e da ampla defesa, intimações essas realizadas por determinação do Relator, juntamente com a expedição de ofício à Origem para pronunciar-se acerca dos relatórios dos órgãos técnicos.

A Secretaria Municipal de Saúde e os agentes responsáveis indicados pela Auditoria (Edson Aparecido dos Santos, Secretário Municipal de Saúde, e Cindy de Farias Lacerda Ribeiro, Coordenadora Substituta da SMS/CFO), deixaram transcorrer "*in albis*" o prazo para manifestação (peça 63), ao passo que a empresa Valmig Comércio e Assessoria Técnica de Equipamentos Ltda., apresentou defesa (peça 60/62), pautada na conformidade da contratação ante às proporções do quadro pandêmico vigente à época no País e os respectivos efeitos no Sistema Público de Saúde de São Paulo com situações emergenciais de dimensões imprevisíveis, especialmente no tocante à demanda por oxigênio e apresentou "print" de conversas trocadas entre as partes sobre adequação de fornecimento às necessidades observadas à época .

A **SCE - Coordenadoria IV** (peça 66) analisou a documentação apresentada pela empresa Contratada, inclusive o "print" que não obteve êxito em esclarecer todos os apontamentos contidos no item 5.3, e manteve seu entendimento anterior, em razão da insuficiência dos elementos que pudessem afastar as irregularidades descritas nos itens 5.1 a 5.4, que restaram ratificadas.

Novamente, a Secretaria Municipal de Saúde foi instada a manifestar-se, fazendo-o ao apresentar as justificativas contidas na peça 79, contendo extensa reprodução de notícias veiculadas em março/2021 acerca dos 3 óbitos ocorridos na UPA Ermelino Matarazzo associados à crise no fornecimento de oxigênio, além de outros elementos já trazidos aos autos.

Ao examinar a documentação acrescida, a **Auditoria** (peça 83) registrou "que a SMS não respondeu, individualmente, a respeito de cada conclusão do Relatório de Auditoria, e optou por anexar documentos extraídos do processo SEI 6018.2021/0023066-4", já analisados previamente à elaboração do Relatório Inicial (Peça 25), motivo pelo qual assim concluiu sua manifestação:

> *"Da análise da defesa da SMS à Peça 79, identificamos conteúdos idênticos aos que já constavam dos autos.*
> *Concluímos em relação aos apontamentos iniciais da auditoria (Peça 25, fls. 17/18):*
> *- Ratificados os subitens 5.1, 5.2, 5.3 e 5.4.*
> *- Solucionado o subitem 5.5, pelas razões expostas na manifestação de Peça 45."*

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo** (peça 85), manifestando-se sobre a documentação superveniente, ressaltou que a presente contratação direta, enquadra-se nas hipótese previstas "no artigo 4º da Lei Federal nº 13.979/2020 e do art. 2º, inciso II do Decreto Municipal nº 59.283/2020, os quais admitem a dispensa de licitação para contratação de bens e serviços destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública considerando a pandemia decorrente do Coronavírus."

No entanto, entendeu que as irregularidades constatadas pelo Órgão Auditor (itens 5.1 a 5.4), impedem o acolhimento do ajuste, ratificando o posicionamento anterior (peças 47/48), pela irregularidade do Termo de Contrato nº 055/2021/SMS-1, com as considerações acima destacadas, e sem prejuízo das determinações que o Nobre Conselheiro entender cabíveis.

A seu turno, o **Assessor Subchefe da AJCE** (peça 86), sem prejuízo das manifestações e pareceres técnicos exarados neste processado, reputou importante abordar o contexto fático à época da contratação e ponderar os *"desafios ligados ao adequado enfrentamento da pandemia de COVID, com especial destaque ao Poder Público, responsável pelo oferecimento de atenção sanitária à população"*, permitindo-se examinar e interpretar as fragilidades constatadas pela SCE, à luz do disposto no art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Ressaltou por fim, a possibilidade de verificar-se o atingimento dos objetivos alegados pela Origem, no âmbito da execução contratual cujo acompanhamento processa-se no TC 6429/2021.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** (peça 89) transcreveu e endossou as justificativas apresentadas pela Contratada e também destacou o quadro de crise sanitária devastadora, para concluir escusáveis as falhas de caráter eminente formal da maioria dos apontamentos, considerando-se ainda o elevado nível de interesse público envolvido nos atos examinados, motivos pelos quais requer o acolhimento do ajuste ou o reconhecimento dos efeitos econômicos por ele produzidos.

A **Secretaria Geral** (peça 91), analisando toda a matéria, ressaltou o *"contexto histórico e sem precedentes no qual a contratação em análise foi pactuada"*, acrescentando não haver, ainda, *"vasto arcabouço de julgados neste E. Tribunal acerca da temática."*

Diante de uma situação excepcional de tal magnitude, reportando-se à doutrina, entendeu aplicável o "art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB"), com o fito de considerar os desafios impostos aos gestores públicos, em específico relacionados a gestão da saúde pública em um contexto pandêmico."

Mencionou como paradigma o voto vencedor prolatado em sede do TC 9353/2020 (Cons. Eduardo Tuma), em que acolhidos excepcionalmente os ajustes celebrados para atender necessidade alimentar da "população em situação de extrema vulnerabilidade residente no Município de São Paulo, em razão da pandemia causada pelo Coronavírus SARS-COV-2 (Covid-19)", posto que notórias as dificuldades do gestor público nesse cenário e a alta importância da contratação.

Ao final opinou, "excepcionalmente, pela REGULARIDADE do Contrato nº 055/2021/SMS-1/Contratos", sem prejuízo de eventuais determinações consideradas pertinentes.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se da análise formal do **Termo de Contrato Nº 055/2021/SMS-1/Contratos** – formalizado em 08/04/2021, entre a **Secretaria Municipal de Saúde** e a empresa **Valmig Comércio e Assessoria Técnica de Equipamentos Ltda**., para aquisição com instalação de Usinas Geradoras de Oxigênio, visando atender às necessidades das Unidades de Saúde da Cidade de São Paulo, em caráter emergencial.

A Subsecretaria de Controle Externo identificou 5 (cinco) irregularidades nessa contratação, uma delas sanada no decorrer da instrução processual, devido à providência da Origem de incluir nas respectivas notas de empenho o código "Covid19", em cumprimento ao disposto na Portaria SF/SUTEN nº 4/2020 (item 5.5 do Relatório de Análise).

Após as justificativas da origem e contratada, entendeu pela manutenção dos itens 5.1, 5.2, 5.3 e 5.4, dando por superado o item 5.5.

A todos os apontamentos feitos pela Auditoria, entendo possível de serem relevados por este colegiado, especialmente em razão da decretação de emergência por conta da pandemia de COVID-19 e considerando o disposto na Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro – LINDB.

Trago a manifestação da Assessoria Jurídica (peça 86) que, ao final, entendeu, em seu parecer, a possibilidade da excepcional relevação dos apontamentos da auditoria:

> *"Quanto ao primeiro apontamento, que diz respeito à justificativa prévia para a contratação, entendo, com a devida vênia, que ela se faz presente.*
> *Para fazer tal afirmação, considero os elementos contidos nas peças 6, 7 e 11 dos autos.*

Apesar de a peça 6 aparentar ser composta de meras notícias veiculadas pela imprensa nacional, a verdade é que através delas é possível compreender o intento da Origem de demonstrar o drama decorrente da escassez de oxigênio para enfrentamento da pandemia de COVID, incluindo-se informações sobre óbitos potencialmente ligados a essa mesma escassez.

Apesar de a Origem não ter expressamente se manifestado sobre as matérias jornalísticas que juntou aos autos, a simples leitura do material permite notar a atuação do Ministério Público Estadual, no sentido de apurar justamente a ausência de disponibilidade de oxigênio na Cidade de São Paulo.

Além disso, é possível observar que o responsável pela Pasta à época dos fatos manifestou-se publicamente no sentido de que a aquisição das usinas se dava exatamente para suprir a escassez apontada pela mídia e apurada pelo MPSP.

De igual modo, constata-se que a situação do Município naquele momento era bastante difícil, na medida em que entidades da sociedade civil se mobilizavam para tentar manter o abastecimento da cidade com cilindros de oxigênio.

Na peça 7 encontramos manifestação do então Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Saúde, dirigida à Assessoria Jurídica da Pasta, na qual são listadas diversas razões voltadas a justificar a contratação em caráter emergencial, muitas das quais de natureza fática e consubstanciadas nos fatos que integraram as notícias jornalísticas apresentadas pela Origem.

Na peça 11 é possível observar apresentação da Secretaria Municipal de Saúde através da qual se pode compreender a razão da aquisição, a forma pretendida de utilização das usinas, o número de leitos potencialmente atendidos, a alegação de economia mensal e a expectativa de prazo para retorno do capital investido.

Não se pode deixar de observar que, para considerar plenamente suficiente - uma vez reconhecida sua efetiva existência - a justificativa de contratação, a Origem poderia ter utilizado elementos mais técnicos e objetivos. Aliás, essa é a conduta desejável e que pode, a juízo do Exmo. Conselheiro Relator, consubstanciar-se em recomendação à Origem.

Contudo, as peculiaridades fáticas devem ser consideradas para que se possa avaliar a suficiência ou não da justificativa, bem como deve ser lembrado o afastamento legal da obrigação de estudos preliminares para contratação de bens e serviços comuns ligados ao enfrentamento da pandemia, conforme art. 4º-C da LF 13.979/20.

Penso que diante da situação de emergência instalada a questão deva ser devidamente sopesada com o contexto por todos vivenciado, inclusive quando cotejada com o art. 4º-K da Lei Federal 13.979/2020, admitindo-se os elementos citados como justificativa para a contratação.

O segundo apontamento diz respeito à falta de comprovação da inexistência de usinas de oxigênio disponíveis para locação, como alternativa à aquisição.

De fato, apesar da afirmação ter constado da manifestação do Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Saúde, não integram os autos elementos que atestem a citada indisponibilidade.

Todavia, nos esclarecimentos que integram a peça 41, a Origem aduz que a opção pela aquisição, diante dos frequentes desafios enfrentados pelas ondas de COVID, viabilizaria o suporte contínuo do serviço de atendimento às necessidades da população.

Destarte, ao invés de propriamente comprovar a alegada indisponibilidade de usinas para locação, a Origem apresentou razões que a fizeram optar pela aquisição do material, podendo ser consideradas nesta oportunidade.

A Contratada, por sua vez, na peça 60 (fls. 6/7), traz à baila argumentos que permitem compreender minimamente a evolução e o cenário das ondas de COVID, esclarecendo que, no momento da contratação, não contava com usinas disponíveis para locação, mencionando alta probabilidade de que seus concorrentes se encontrassem na mesma situação, tendo em vista o cenário global de enfrentamento da pandemia.

Quanto ao terceiro apontamento, consubstanciado na ausência de justificativa acerca dos quantitativos contratados e das unidades selecionadas para compor o objeto, além da demanda emergencial e futura de oxigênio estimada para a rede pública municipal, parece-me que nos documentos que integram as peças 11 e 12 dos autos restam presentes os quantitativos estimados e por unidade de saúde escolhida, considerando a quantidade de leitos de enfermaria e de UTI disponíveis em cada uma delas.

Além disso, há informações sobre os perfis das unidades de saúde selecionadas (com quantitativo e tipo de leito) e suas respectivas demandas (peça 11), além da quantidade de m3 necessária a algumas delas, tomando-se por base o dia 18/03/21 (peça 12).

Por fim, quanto ao quarto apontamento, entendeu a Auditoria que a justificativa do valor depende da "informação a respeito do embasamento técnico que orientou a aquisição das usinas nas capacidades contratadas de 20m3 e 29m3".

Parece-me que esse apontamento está diretamente relacionado com o tópico anterior, não se tratando propriamente de crítica ao valor da contratação, que parece ter sido justificado pelas notas fiscais apresentadas pela Contratada, correspondentes a vendas realizadas a outras unidades de saúde (peças 22/23), mas sim à justificativa para a escolha da capacidade de cada tipo de usina contratada.

Oportuno afirmar, conforme peça 25, fl. 11, parte final, que a própria SCE reconhece, quanto ao preço em si das usinas, a prática de valores unitários inferiores àqueles praticados em contratações anteriores.

Dessa forma, o que se poderia cogitar para tentar esclarecer integralmente os apontamentos da SCE, apesar da inegável excepcionalidade dos fatos presentes nestes autos, seria a intimação da Origem visando a apresentação de justificativa técnica acerca da capacidade mínima de produção de cada uma das usinas em relação ao perfil de leitos instalados em cada unidade ao tempo da contratação.

Reitere-se, contudo, até mesmo para avaliação de outras eventuais providências, que os acréscimos trazidos nesta manifestação tendem a permitir análise e interpretação contextualizadas dos fatos, inclusive para, a juízo de Vossa Excelência, oportunizar a aplicação do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, compreendendo-se, no contexto da pandemia, os desafios impostos aos gestores públicos, em especial àqueles responsáveis por providências diretamente ligadas à saúde pública.

Por fim, relembre-se que estes autos tratam da análise formal do contrato, destinando-se o TC 6429/2021 ao acompanhamento da execução contratual, sendo certo que em tal expediente se poderá constatar com a devida acuidade o atingimento ou não dos objetivos alegadamente almejados pela Origem com a contratação."

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM em sua manifestação apontou a questão que tratamos neste momento do enfrentamento da pandemia da COVID-19 e dos desafios do gestor diante de uma emergiria de saúde (peça 89).

> *"Com efeito, tratou-se de ajuste que buscou lidar com problema bastante peculiar na vida dos paulistanos durante este triste período que vivemos e do qual parece estarmos saindo.*
> *Como é notório, todo o peso do enfrentamento da pandemia, sobretudo no período do ajuste em exame, recaiu sobre os entes economicamente mais frágeis da Federação. O Distrito Federal, os Estados membros e os Munícipios da Federação Brasileira tiveram a dura tarefa de enfrentar a pandemia, maior tragédia social de nossa história, praticamente sem a participação da União, muito melhor aparelhada para situações da espécie.*
> *Com efeito, basta examinar os fatos da época para se perceber que a única estrutura aparentemente "federal" que atuou em igualdade com o Distrito Federal, Estados e Municípios no período pandêmico foi aquela do Sistema Único de Saúde – SUS.*
> *No entanto, o SUS não é federal e, sim, nacional, eis tratarse de sistema que cuida da gestão das ações e dos serviços de saúde, buscando a universalização da saúde. Para tanto, sua estrutura deve ser solidária e participativa entre os três entes da Federação: a União, os Estados e os Municípios.*
> *Ora, o Sistema Único de Saúde trabalhou no seu limite e só não colapsou (muito embora tenha chegado perto disso, muitas vezes) por conta de sua estruturação já consolidada e da energia desmedida dos servidores públicos dos distintos níveis que o integram.*
> *Foi neste contexto que surgiu o ajuste supramencionado, aqui em exame. Portanto, não se tratou de algo simples.*
> *Mais do que isso, o momento de sua celebração exigia cautela sanitária pessoal, inclusive dos técnicos que participaram da sua instrumentalização contratual. Bem por isso, as falhas formais registradas são absolutamente excusáveis e de fácil a compreensão quando a motivação de sua ocorrência.*
> *De fato, consoante se anotou, as falhas registradas, em sua imensa maioria, são de cunho nitidamente formal. E, para a sua análise é impossível não considerarmos as dificuldades do momento da celebração do ajuste e de sua execução.*
> *As pessoas infectadas com o vírus aumentavam em escala exponencial e os hospitais da Cidade estavam absolutamente abarrotados de doentes. Era comum, durante o período do ajuste, os noticiários veicularem a informação dando conta que ocupação hospitalar era superior a 95% das disponibilidades da Cidade de São Paulo.*
> *Portanto, o contrato em tela buscou dar sobrevida aos doentes, cuja a maior reclamação e angustia era a efetivamente a da ausência de oxigênio.*
> *Bem por isso, é relevante ressaltar, ainda uma vez, o caráter eminentemente formal da imensa maioria das falhas anotadas, as quais, data maxima venia, não justificam a severidade da consequência que se lhes pretende imputar, mormente se considerado o elevado nível de interesse público que os atos examinados encerram.*
> *Bem em razão disso, o Douto Assessor Subchefe do Controle Externo ponderou, em peça nº 86, a excepcionalidade do momento o que deve conduzir a aceitação do contrato analisado.*

> *Ademais, de tudo que já se viu até aqui, a Administração, por seus gestores, não desbordou das normas e parâmetros que disciplinam excepdiconalmente a espécie, tendo agido em absoluto respeito e consonância ao permitido pela legislação aplicada ao momento do ajuste.*
> *Portanto, se afigura possível afirmar que os atos administrativos examinados, relativos ao ajuste em questão e sua execução foram praticados com boa fé, razão pela qual certamente serão tidos por válidos e eficazes para todos os fins de direito, a lhes conferir certeza e segurança jurídica.*
> *Mais do que isso, é imperioso lembrar que a oferta de oxigênio que se buscava garantir com a indigitada contratação não era passível de sofrer qualquer solução de continuidade, sob pena de graves e irreparáveis danos da população usuária, vale dizer, a vida dos munícipes que contraíram os vírus nesta Capital.*
> *Assim, salvo melhor juízo, não ocorreu impropriedade de natureza grave, que, de algum modo, tenham tisnado os atos praticados pela Administração, donde ser de todo razoável seu acolhimento até porque, digase, já geraram todos os seus efeitos perante as partes e eventuais terceiros. Ou, ao menos, que se reconheça os efeitos econômicos produzidos."*

Em seu turno, a Secretaria Geral – SG posicionou-se no mesmo sentido observado pelos demais órgãos da casa, observando a realidade fática da contratação (peça 91):

> *"Considerando que o Decreto Municipal nº 59.283/2020 declarou situação de emergência para enfrentamento da pandemia decorrente do coronavírus e considerando que o art. 2º, inciso II do mesmo normativo e o art. 4º da Lei Federal nº 13.979/2020 (alterada pela Lei Federal nº 14.035/2020), estabeleceram hipótese excepcional de dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços ou insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública, entendo, em sintonia com os órgãos preopinantes, que o contrato sub examine poderia ser realizado por meio de dispensa de licitação, vez que demonstrada a necessidade de aquisição imediata, sob risco de prejuízo a segurança pública e interesse coletivo, além da destinação dos mesmos ao combate da situação decorrente do Covid-19.*
> *Nesta linha de intelecção, a Advocacia-Geral da União/ConsultoriaGeral da União/ Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, através do seu Parecer Referencial nº 00011/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU, assinalou o exposto:*
> *"DISPENSA CORONAVÍRUS - ART. 4º DA LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020 (...)*
> *46. Assim, deve ser evidenciado o nexo causal entre a contratação direta e a eliminação do risco de dano com a efetiva demonstração da relação entre a necessidade a ser atendida e a solução concreta adequada.*
> *47. Comprovando que a contratação emergencial é a via adequada e efetiva para a eliminação do risco, a Administração Pública somente poderá contratar nos limites estabelecidos na lei: "dispensa de licitação é temporária", "aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus", não sendo possível ultrapassar tais limites.*
> *48. Assim, para a configuração da contratação direta emergencial por dispensa de licitação, devem ser preenchidos os seguintes pressupostos: a) Demonstração concreta e efetiva de que a aquisição de bens e insumos de saúde serão*

destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus; b) Demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco."

Nessa vereda, resta claro que a hipótese de dispensa convencionada no normativo supramencionado se encontra vinculada as contratações destinadas à aquisição de bens, serviços e insumos primordiais ao combate da Covid-19.

Antes de adentrar a análise das irregularidades remanescentes, impende pontuar, com relação ao apontamento 5.5, que tratou da ausência de indicação nas notas de empenho que se referem ao enfrentamento da pandemia, acompanho os órgãos preopinantes no sentido de sua superação, diante da apresentação pela SMS das notas de empenho nºs 31260 e 31262 (peça 33), com a devida inclusão do código "Covid19i" no campo Histórico.

No que tange ao apontamento 5.1 que discorre acerca da fragilidade na justificativa apresentada pela SMS para a contratação, visto que não TERIA foi demonstrada a análise prévia da Origem na qual se tenha verificado a necessidade de contratação do objeto na forma adotada, bem como não foi apresentado estudo atestando a vantajosidade na contratação de empresa de usinas geradoras de oxigênio em detrimento de outras alternativas, pondero que, s.m.j., se encontram acostadas aos autos documentações às peças 6, 7 e 11 aptas a justificar a contratação emergencial.

Primeiramente, destaque-se que não houve por parte da Auditoria a indicação da existência de outras formas de contratação que seriam mais vantajosas (como, locação, por exemplo), de forma que se pudesse aventar e quantificar eventual prejuízo ao erário oriundo da opção feita pela Administração.

Com efeito, colacionou a Origem à peça 6 inúmeras notícias veiculadas à época relatando a crise vivenciada no sistema de saúde municipal pela falta de oxigênio, inclusive com a instauração de inquérito pelo Ministério Público para apuração de óbitos de pacientes com Covid-19 em possível decorrência de falha no abastecimento de oxigênio. Embora a SMS não tenha se manifestado acerca das matérias jornalísticas juntadas, depreende-se como intuito da Pasta retratar a caótica situação municipal naquele momento e a necessidade de ação por parte da mesma para garantir o abastecimento de oxigênio na cidade.

De igual modo, na peça 7 restam elencadas diversas constatações fáticas retratando o cenário pandêmico até aquele momento, elaboradas pelo então Chefe de Gabinete da SMS e dirigida a Assessoria Jurídica da Pasta, que justificavam a necessidade da contratação emergencial, além da exposição dos dispositivos legais que amparavam a contratação por dispensa de licitação, tais como o Decreto Municipal nº 59.283/2020 e a Lei Federal nº 13.979/20.

Ainda à peça 11 se tem o projeto de implantação de usina geradora de oxigênio nas unidades de saúde, no qual se encontra prevista a quantidade de leitos de enfermaria e UTIs que seriam atendidos, além da previsão máxima de produção de oxigênio, de economia financeira e de retorno do capital investido.

A par disso, exponho que de acordo com o previsto na Lei Federal nº 13.979/20, em específico seu art. 4º-E, §1º, II, o termo de referência deveria conter fundamentação simplificada, ao passo que o art. 4º-C estabeleceu a não exigência de elaboração de estudos preliminares para a aquisição de insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública quando se tratar de bens e de serviços comuns.

Nessa senda, me parece que o princípio da motivação foi atendido pela Administração, em que pese pudesse ter se válido de elementos mais substanciosos e técnicos para ampararem sua decisão administrativa.

Quanto à falta de comprovação da indisponibilidade para locação de usinas geradoras de oxigênio (apontamento 5.2) como alternativa à aquisição, assunto intrínseco à justificativa da contratação, afirmou a Origem à peça 7 que os equipamentos de usina geradora de oxigênio não estavam disponíveis para locação.

Corroborando com o alegado, posicionou-se a contratada Valmig (peça 60) ao exarar que após um ano de pandemia já não possuía usinas de oxigênio livres e desimpedidas para locação, pois todas já estavam alugadas ou estavam em fase de construção, situação esta que possivelmente se estendia às outras empresas especializadas do mercado.

Essas informações não foram consideradas nos relatórios da Auditoria, mas o foram nos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

De outra parte, a despeito da Origem não ter acostado elementos comprobatórios aptos a atestar a indisponibilidade da locação, prestou esclarecimentos embasando a sua escolha pela aquisição dos equipamentos, que além de trazer uma economicidade futura, viabilizaria um suporte contínuo do serviço à população, os quais podem ser considerados, à critério superior, como suficientes para validar a escolha adotada pela Administração, até porque, frise-se, não há nos autos, apontamento ou informação trazida pela Auditoria que conteste as justificativas para as escolhas feitas pela Administração.

Ademais, necessário observar que conforme a pesquisa de preço realizada dentre os fornecedores dos equipamentos disponíveis no mercado, de acordo com as cotações anexadas nos documentos SEI 041512747, 041512898 e 041513010, a Administração não se omitiu em buscar o menor dispêndio possível de recurso, sem deixar de assegurar a qualidade da prestação de serviço.

A fortiori, em que pesem os judiciosos argumentos trazidos pela Especializada, entendo, s.m.j., que deve ser sopesado o fato de que, naquele dado momento não, a contratação em questão tinha como objetivo não apenas a aferição das vantagens extraídas da contratação, mas também, e especialmente, a urgência em atender hospitais que necessitavam de usinas de oxigênio em decorrência do aumento desproporcional de pacientes internados em pleno pico da crise pandêmica ocasionada pelo Covid-19, sendo a prioridade o acesso ao oxigênio medicinal com o fito de resguardar o direito inviolável à vida, garantido pelo art. 5º da Constituição Federal.

O apontamento 5.3 discorreu acerca da ausência de justificativa dos quantitativos contratados, bem como das unidades selecionadas para compor o objeto, por não constar do processo administrativo a capacidade de fornecimento de oxigênio vigente à época da contratação, bem como a demanda emergencial e futura de oxigênio estimada para a rede de saúde municipal, em infringência ao art. 4º-E, §1º da LF nº 13.979/20.

A contrario sensu entendo que deve ser considerado o conteúdo trazido pela Origem nas peças 11 e 12, pois compreendem os quantitativos estimados e por unidade de saúde escolhida, considerando a quantidade de leitos de enfermaria e UTIs disponíveis em cada um dos hospitais, UPAs e HDs selecionados. Inobstante, foi relacionado o consumo de oxigênio de cada uma das unidades em m³, com amparo na verificação realizada em 18.03.2021.

Em remate, quanto ao apontamento 5.4 que dispõe não estar justificado o valor da contratação tendo em vista a falta de justificativa e embasamento técnico quanto às capacidades mínimas de produção exigidas para as usinas em relação ao perfil de leitos instalados em cada unidade, acompanho a AJCE no sentido de que o apontamento em verdade não está relacionado ao valor da contratação, posto que a própria Auditoria confirmou que os valores unitários da aquisição são inferiores aos praticados em contratos recentes com capacidade compatível (peça 25), mas, sim, a justificativa para adoção de capacidade de geração de oxigênio com vazão mínima de 20m³/h e 29m³/h, vez que as vazões mínimas de 04 e 06m³/h apresentaram valores unitários inferiores.

Nesse diapasão, oportuno mencionar que na justificativa apresentada para a contratação à peça 7, a Origem esclarece que nas cotações realizadas com as empresas especializadas, a AR Brasil Compressores possuía apenas 01 usina de 06 m³/h disponível, quantidade aquém da necessidade municipal, enquanto a empresa Contratada Valmig não detinha nenhuma usina com a referida capacidade para aquisição conforme a tabela anexada à fl. 4.

Portanto, infere-se que a justificativa para a escolha das capacidades mínimas se fundou na disponibilidade do mercado naquele momento combinada com a quantidade necessária para o atendimento dos leitos.

Imperioso destacar que na análise da contratação em questão deve ser sopesada a contextualidade fática em que a mesma ocorreu, reportando-me ao escólio de Alexandre Belmonte, Luciano Martinez e Ney Maranhão, que se faz perfeitamente pertinente ao caso em tela, de que "em tempos excepcionais, a interpretação é de exceção".

Desta sorte, cumpre invocar a aplicação do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB"), com o fito de considerar os desafios impostos aos gestores públicos, em específico relacionados a gestão da saúde pública em um contexto pandêmico.

Dispõe o referido artigo o seguinte:

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

• § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

• § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

• § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato."

No caso, além da justificativas de mérito dos questionamentos, temse que o contrato questionado, firmado no auge da pandemia por Corona vírus que assolou o mundo inteiro, teve por objetivo garantir que não faltasse oxigênio para as vítimas do vírus.

Na data da contratação espalhavam-se notícias de pessoas que chegavam a óbito por asfixia, ou seja, falta de oxigênio nos hospitais.

De acordo com os maiores jornais e veículos de imprensa, em abril e maio de 2021 a Cidade de São Paulo registrava 977 novos óbitos em 24 horas, totalizando 90.627 (noventa mil, seiscentos e vinte e sete mortos) desde o início da Pandemia

no dia 21 de abril de 2021, sendo considerado o mês de maio número de óbitos em São Paulo, superando o mesmo período do ano anterior (abri e maio de 2020). É de se imaginar que, com essa quantidade diária de mortes, todo o sistema da rede pública hospitalar do Município de São Paulo poderia ter colapsado, colocando em risco maior a vida de toda a população- em especial aqueles que faziam uso do oxigênio para se manterem viso.

No meu modo de ver, a Secretaria de Saúde da Cidade de São Paulo, por meio de seus gestores e contando com a parceria de empresas da área privada, fez o que precisava ser feito para impedir o colapso total do sistema de saúde pública e, sem dúvida, a contratação em questão: das usinas de oxigênio foi uma delas.

A despeito da execução estar sendo objeto de acompanhamento em processo próprio, é fato notório que não se tem notícia nos autos, nem fora dele, de que os hospitais da Cidade de São Paulo tenham ficado sem oxigênio em algum momento.

Ademais, importa enfatizar que, a despeito do caput do artigo 22 se referir à tarefa interpretativa das normas sobre gestão pública, para este Tribunal de Contas, a sua maior relevância está no § 1º, segundo o qual, cabe ao julgador, ao observar e avaliar os atos de gestão, considerar as dificuldades reais do gestor, as exigências das políticas públicas, sem descurar dos direitos dos administrados. Em outras palavras e ainda de acordo com a Lei, esta Corte de Contas, no exercício constitucional de analisar, fiscalizar e julgar a regularidade a validade de atos/contratos de gestão, não pode ignorar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes envolvidos na questão, bem como as dificuldades do local onde ela foi desenvolvida, com suas peculiaridades e variações.

Os efeitos na economia, na vida normal, nos setores da saúde, educação e serviço funerário foram os mais afetados, sendo que todos estes integram o rol de serviços indispensáveis e que não podem sofrer solução de continuidade sob pena de colocar em cheque a missão constitucional e o dever da administração pública em garantir o mínimo, com dignidade para a pessoa humana, por todos os meios disponíveis, e o bem maior que é o direito à vida.

À luz do contexto histórico e sem precedentes no qual a contratação em análise foi pactuada, ainda não há vasto arcabouço de julgados neste E. Tribunal acerca da temática. No entanto, mister se faz ressaltar Voto em separado do Nobre Conselheiro Eduardo Tuma no âmbito do TC n º 9353/2020, que ora transcrevo:

"Neste caso, não obstante os apontamentos de nossos ilustres Órgãos Técnicos, deve se ponderar excepcionalmente a importância do serviço licitado e as dificuldades do gestor público durante a pandemia do vírus Covid-19.

Conforme aponta a procuradoria da Fazenda Municipal é ponto incontroverso nos autos que o serviço contratado revestia-se da mais alta importância, uma vez que restou comprovada "a urgência e necessidade imediata ação do poder público, em cooperação com a sociedade civil, para promover de forma célere ajuda humanitária emergencial a pessoas com alto grau de vulnerabilidade, agravada pela situação de emergência e pelo estado de calamidade pública decretado no país".

Nesse contexto, imperioso observar o disposto no art. 22, caput e § 1º da LINDB, a saber:

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

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente."

Crucial observar que este foi o caminho adotado pelos Tribunais Estaduais durante a pandemia:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINAR - INOVAÇÃO RECURSAL - LIMINAR - VACINAÇÃO - GRUPO PRIORITÁRIO - ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO E DESRESPEITO AO PLANO NACIONAL DE IMUNIZAÇÃO - COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES DOS ENTES POLÍTICOS - ANTIJURIDICIDADE NÃO DEMONSTRADA - CONTROLE JUDICIAL - IMPOSSIBILIDADE 1. A inovação recursal caracteriza-se pelo ineditismo da tese, apresentada, pela primeira vez, na instância revisora. 2. Os critérios priorizados pela administração no combate à pandemia provocada pelo coronavírus devem contemplar os obstáculos e as dificuldades reais impostas ao gestor público. 3. O controle judicial do ato administrativo discricionário, sobretudo no contexto singular trazido pela pandemia, exige do julgador uma postura de autocontenção." (TJ-MG - AI: 10000210768768001 MG, Relator: Carlos Henrique Perpétuo Braga, Data de Julgamento: 05/08/2021, Câmaras Cíveis / 19ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/08/2021, grifos nossos)

Além do mais, no contexto de pandemia, o Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução nº 66/2020, recomendou em seu art. 5º "a todos os juízos com competência sobre o direito à saúde que seja observado o efeito prático da decisão no contexto de calamidade, com vistas ao cumprimento do interesse público e da segurança do sistema sanitário, bem como a efetividade judicial e a celeridade no cumprimento da decisão."

Diante do todo o exposto, reconhecendo à luz do art. 22 da LINDB a dificuldade do gestor público em tempos de pandemia e com amparo em parte nos pareceres da Auditoria, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria-Geral, em destaque para a afirmação da Procuradoria da Fazenda Municipal de que "nenhum prejuízo foi acarretado ao Erário ou ao interesse público" e "tampouco foi comprovado dolo ou má-fé dos agentes públicos responsáveis" ACOLHO EXCEPCIONALMENTE o Contrato nº 09/2020/SMDU e o Termo Aditivo nº 08/2020/SMDU."

Ex positis, entendo que as defesas encartadas na instrução destes autos merecem ser efetivamente consideradas e enfrentadas com a finalidade de assegurar o efetivo contraditório, com amparo no disposto no art. 7º do Código de Processo Civil que assim determina:

"É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório."

Outrossim consigna o disposto no art. 489 do mesmo diploma legal, a saber:

"Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (grifos e destaques não originais).”
Sobre o tema, de acordo com Pontes de Miranda, o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar — é uma pretensão à tutela jurídica.
Fredie Didier Jr. Sinaliza que não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo, não sendo suficiente para que se efetive o contraditório. Conclui afirmando que: “É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional”.
Por sua vez, Leonardo Carneiro da Cunha ensina que:
Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para a aplicação das normas jurídicas.
O Supremo Tribunal Federal, também já se debruçou sobre a matéria, oportunidade em que o Plenário acompanhou o voto proferido pelo relator ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Mandado de Segurança de nº 24.268, fixando orientação que à prestação à tutela jurídica justa e efetiva envolveria não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito das partes verem seus argumentos contemplados pelos órgão jurisdicional. 5 Em seu voto, destacou o Relator:
Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisanhmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungpflicht).
Assim sendo, a garantia da efetividade da tutela jurisdicional e do processo (civil ou administrativo) como um todo está intrinsicamente ligada à garantia constitucional do contraditório em seu aspecto substancial, de maneira que devem ser efetivamente analisados e enfrentadas as justificativas apresentadas pela Administração no âmbito da instrução processual deste Tribunal a fim de que sejam posteriormente submetidas à deliberação superior.
À guisa o exposto, opino, excepcionalmente, pela REGULARIDADE do Contrato nº 055/2021/SMS-1/Contratos, sem prejuízo de eventuais determinações que Vossa Excelência entender pertinentes.”

A pandemia de COVID-19 trouxe uma realidade aos gestores públicos onde demandava-se decisões sensíveis em curto espaço de tempo, com diversos exemplos neste momento que se enquadrariam na situação.

No caso dos presentes autos, trata-se da contratação para aquisição com instalação de Usinas Geradoras de Oxigênio, visando atender às necessidades das Unidades de Saúde da Cidade de São Paulo, em caráter emergencial.

Diante do cenário pandêmico, foi editada a lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre medidas como a dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da crise do coronavírus.

Além da citada lei, destaco que ao gestor seria prudente e necessário, nestes momentos, dotá-lo de instrumentos que lhe assegurassem uma proteção reforçada em tempos de crise, mediante a eliminação ou, quando menos, a mitigação do risco de externalidades negativas que pudessem resultar da ação de órgãos de controle externo.

Trago neste momento, a análise do artigo 22 do Decreto-Lei nº 4.657/42, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.655/2018:

> *"Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública,* ***serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo,*** *sem prejuízo dos direitos dos administrados.*
> *§ 1º.* ***Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.***
> *§ 2º. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.*
> *§ 3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato."(grifei)*

Não há como deixar de admitir que diante dos inúmeros desafios impostos aos gestores na tomada de decisão, impõe-se, neste momento, ao julgar o objeto destes autos, levar em conta todos os "os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo".

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro é uma norma jurídica que visa regulamentar outras normas, composta por 30 artigos nos quais aborda a vigência da lei, a aplicação da norma jurídica no tempo e no espaço e as fontes do direito, tendo como objetivo orientar a aplicação do código civil, entre outras. Dentre as principais finalidades da LINDB encontram-se critérios hermenêuticos/critérios de integração do ordenamento jurídico.

O artigo 22 da LINDB visou dar uma direção à interpretação de normas sobre gestão pública, considerando-se os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo.

O intuito do dispositivo legal é evitar que seja ao gestor impostas ações de difícil cumprimento, devendo-se levar em conta na decisão a situação do gestor e considerar a realidade, não sendo suficiente a alegação imprecisa que a ele cabe dar efetividade a políticas públicas.

Em outros termos, a situação de emergência decretada no Município de São Paulo no Decreto nº 59.283, de 16 de março de 2020 e a LINDB devem guiar o entendimento do Colegiado neste momento.

O gestor durante a pandemia da COVID-19 enfrentava vários dilemas, obstáculos e situações que demandaram a tomada de decisões em pouco tempo, sendo certo que tais decisões foram tomadas no sentido de preservar vidas. É o caso dos autos.

O citado artigo da LINDB previu que a conduta eivada de erro grosseiro ou dolo é que poderá ser responsabilizada, com a finalidade de evitar a chamada paralisia decisória na Administração Pública (o fenômeno também costuma ser denominado de "apagão das canetas".

Vejo que os procedimentos adotados pela SMS no presente caso atenderam aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência já que lidavam com situação absolutamente imprevisível e de difícil mensuração prática.

Tudo isso demonstra pertinência e adequação ao caput do artigo 24 da LINDB, que guia este voto, que assim prevê:

> *"Artigo 24 - A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado* ***levará em conta as orientações gerais da época****, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas".*

Levando-se em conta as "orientações gerais" vigentes durante o período de pandemia e crise sanitária, como as regras da Lei n.º 13.979/2020, o julgamento neste momento merece especial atenção quanto aos atos dos gestores praticados durante contexto.

Destaco que a Lei n.º 13.655/2018 foi elaborada, sobretudo, com o objetivo de trazer um impacto cultural para as relações de direito público, influenciando os parâmetros interpretativos cada vez mais a sua aplicação pelos órgãos de controle.

A corroborar o entendimento, destaco trecho do artigo de Fernando B. Meneguin e Amanda Flávio de Oliveira[1], ao discorrer o tema:

> *"O controle externo, ao emitir mandamentos para a administração pública, afeta a atuação do Estado e interfere no impacto das intervenções públicas. Cabe assim, por parte dos Tribunais de Contas, o dever de se preocupar com as consequências de suas decisões e não simplesmente com a conformidade legal.*
> *(...)*
> *Nesse aspecto, há que se comentar alvissareira mudança acontecida no ordenamento jurídico. Em 26 de abril de 2018, foi publicada a Lei nº 13.655, que inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, tendo por escopo conferir mais transparência para todos os envolvidos em processos nas esferas administrativa e judicial, bem como aprimorar a segurança jurídica na aplicação das normas.*
> *As mudanças trazidas pela Lei nº 13.655/2018 sinalizam um aprimoramento dos órgãos de controle no sentido de se favorecer uma maior eficiência na administração pública e, por conseguinte, na sociedade. O que se enxerga nos seus dispositivos é a mensagem de proteção à segurança jurídica, transparência e diálogo entre quem decide e os interessados.*
> *Toda sistemática inaugurada pela mencionada legislação caminha no sentido de criar um ambiente que não cause tanto prejuízo ao fluxo das atividades administrativas, evitando-se, o quanto possível, a interferência das decisões na rotina da Administração Pública, de modo também a não frear iniciativas inovadoras dos gestores públicos. Trata-se, assim, de um ajuste pragmático da matriz institucional com o objetivo de agregar eficiência à administração pública, mudando o foco de uma análise formalista para uma análise com ênfase nos resultados."*

Outro documento que trago como parâmetro para a decisão trata-se da Recomendação nº 92 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que recomendou aos magistrados que, à luz da independência funcional que lhes é assegurada, atuassem na pandemia da Covid-19 de forma a fortalecer o sistema brasileiro de saúde e a preservar a vida com observância da isonomia e dos preceitos veiculados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Seu inciso I do artigo 1º trouxe expressamente a recomendação em aplicar a LINDB:

[1] MENEGUIN, F. B.; OLIVEIRA, A. F. de. Intervenções públicas em um cenário de PANDEMIA e suas consequências: cautela e canja de galinha não fazem mal a ninguém. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, Setembro 2021 (Texto para Discussão nº 3201). Disponível em www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 20 mar.2024.

> *Art. 1o Recomendar aos magistrados com atuação nas demandas envolvendo o direito à saúde no contexto pandêmico que, à luz da independência funcional que lhes é assegurada, observem as seguintes diretrizes:*
> *I – que as decisões judiciais proferidas atentem às consequências práticas que ensejarão, nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto- Lei no 4.657/1942);*

Vê-se que o instrumento citado, recomendava aos magistrados que diante da pandemia de COVID-19 levassem em consideração as consequências práticas de suas decisões.

Isto porque era essencial naquele momento de crise sanitária evitar-se a desorganização do Sistema de Saúde e uma ineficiência alocativa em uma conjuntura que já é de carência de recursos diversos, bem como decisões que acabariam, por vezes, impondo obrigações às autoridades de saúde de impossível cumprimento em curto prazo, em virtude da escassez de recursos humanos, de instalações, de equipamentos e de insumos para o enfrentamento à pandemia da Covid-19.

Penso que não seriam diferentes as razões que me levam ao entendimento, neste momento, de relevar os achados da auditoria no caso em tela.

Ante todo o exposto, tendo em vista que as manifestações da Origem cuidaram de explicar e justificar os apontamentos da auditoria, acompanho as conclusões do parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE , que adoto como razões de decidir e fundamentos expostos, **JULGO EXCEPCIONALMENTE REGULAR** o **Termo de Contrato Nº 055/2021/SMS-1/Contratos** – formalizado em 08/04/2021, entre a **Secretaria Municipal de Saúde** (peça 20) e a empresa **Valmig Comércio e Assessoria Técnica de Equipamentos Ltda**., para aquisição com instalação, em caráter emergencial, de Usina Geradora de Oxigênio, visando atender às necessidades das Unidades de Saúde da Cidade de São Paulo, mediante Dispensa de Licitação Nº 280/2021/SMS (peça 20), com fundamento no inciso IV do art. 24, da Lei Federal nº 8.666/93 e do Decreto nº 60.158, de 31 de março de 2021.

Expeça-se ofício, dirigido à Secretaria Municipal de Saúde – SMS, na pessoa de seu Secretário Municipal, informando do teor da presente decisão.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 01/08/2024 09:38:22 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo