DECCAM-UTR-165/2024

Processo	-	TC/007648/2020
Procedência	-	Autarquia Hospitalar Municipal (atual Secretaria Municipal da Saúde)
Interessada	-	XCMG Brasil Indústria Ltda.
NE	-	Nota de Empenho 1.426/2020 R$ 2.850.000,00
Objeto	-	Aquisição, em caráter emergencial, por dispensa de licitação, de 750.000 máscaras cirúrgicas descartáveis para as unidades de saúde

56ª Sessão Ordinária Não Presencial – Primeira Câmara

ANÁLISE. NOTA DE EMPENHO. SMS. Aquisição de máscaras cirúrgicas. Dispensa de Licitação. Emergência. 1. O processo administrativo deve apresentar justificativa para a dispensa de licitação. Art. 4º, L 13.979/2020. Art. 2º, II, DM 59.283/2020. 2. Diante dos inúmeros desafios impostos aos gestores, à luz da decretação de emergência advinda da pandemia de COVID-19 impõe-se levar em conta todos os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo. Lei 13.979/2020. Art. 22, DL 4.657/1942 – LINDB. Art. 1º, I, Recomendação 92, CNJ. REGULAR. 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, acompanhando em parte as conclusões da Auditoria e dos demais Órgãos Opinantes desta Corte, somadas aos fundamentos expostos na presente decisão, julgar regular a compra efetuada por meio do Ato Determinativo da Despesa, consubstanciado na Nota de Empenho 1.426/2020.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participou do julgamento o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 17 de julho de 2024.

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

/lsr

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/08/2024 18:22:37 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 02/09/2024 10:15:22 -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 2 – 1ª Câmara

TC 7.648/2020 - Análise
Objeto: Contrato - Nota de Empenho nº 1426/2020. Dispensa de Licitação para aquisição, em caráter de emergência, de 750.000 unidades de máscaras cirúrgicas descartáveis para as unidades da AHM.
Interessados: Autarquia Hospitalar Municipal - AHM
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Câmara

RELATÓRIO

Cuida o presente TC da análise da compra efetuada por meio do Ato Determinativo de Despesa, consubstanciado na Nota de Empenho nº 1426/2020, cujo objeto é a aquisição, em caráter emergencial, por dispensa de licitação, de 750.000 unidades de máscara cirúrgica descartável para as unidades de saúde vinculadas à Autarquia Hospitalar Municipal, da empresa XCMG Brasil Indústria Ltda., no valor de **R$ 2.850.000,00** (dois milhões oitocentos e cinquenta mil reais), com vigência de 17.04.2020 a 08.5.2020.

Informa a **Secretaria de Controle Externo**, por meio de sua **Coordenadoria IV,** em seu relatório de peça 38, os dados e informações seguintes:

> *"A presente análise foi determinada na Peça 15 do presente TC em decorrência de Decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), de 26.05.20 (Processo 1023911-64.2020.8.260053 – Ação Popular de autoria do Vereador Antonio Biagio Vespoli), na qual solicita ao TCMSP informações sobre eventuais providências adotadas em procedimento fiscalizatório tendo por objeto a compra direta com dispensa de licitação de 750 mil máscaras descartáveis pela AHM da empresa XCMG (Peça 4).*
>
> *Em 22.06.20, o TJSP, em nova Decisão quanto à referida Ação Popular, desacolheu o pedido de liminar (Peça 34) considerando que:*
>
> [...] no caso da contratação questionada por meio da presente ação popular, pelo menos nesta fase cognitiva sumária, não se vislumbra o alegado superfaturamento no valor da aquisição das máscaras descartáveis.
>
> *Registre-se que a aquisição em análise foi realizada após a rescisão por desconformidade com as especificações técnicas de outra contratação por dispensa, que foi objeto de um dos pontos representados no TC nº 006696/2020, também pelo Vereador Toninho Vespoli.*
> *(...)*

> ***3. CONCLUSÃO***
>
> *Com base nas análises efetuadas, quanto aos aspectos legal, formal e de mérito, em relação ao Ato Determinativo da Despesa consubstanciado na Nota de Empenho 1426/2020, concluímos:*
>
> ***3.1.** Houve infringência ao art. 62, bem como aos artigos 54 e 55 da LF nº 8.666/93, pela não formalização do Termo de Contrato, uma vez que a contratação não se caracterizou como de entrega imediata e integral dos bens adquiridos (item 2.2);*
>
> ***3.2.** O Termo de Contrato não foi publicado no DOC, em infringência ao artigo 26 da LM nº 13.278/02, e não foi transmitido por meio da plataforma PUBnet (item 2.2);*
>
> ***3.3.** Não restou demonstrado no processo SEI 6110.2020/0007224-2 como o quantitativo estipulado na contratação foi alcançado, bem como sua adequação e suficiência para o contexto atualmente vivenciado, em dissonância com o artigo 4º-B, inciso IV, da LF nº 13.979/2020 (item 2.3);*
>
> ***3.4.** A contratação por meio de dispensa de licitação encontra-se justificada nos autos do processo SEI 6110.2020/0007224-2, para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, conforme previsão do art. 4º da Lei Federal nº 13.979/2020, e do art. 2º, inciso II do DM nº 59.283/2020 (item 2.4);*
>
> ***3.5.** O preço praticado na contratação mostra-se superior aos verificados em períodos anteriores à pandemia de COVID-19, cabendo à Origem apuração de eventuais abusos pela empresa fornecedora, com adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis (item 2.5).”*

À peça 40 foi oferecido prazo para que os interessados ali listados se manifestassem acerca das irregularidades/impropriedades apontadas nos autos.

Transcorrido o referido prazo, a **Autarquia Hospitalar Municipal** não se manifestou, já a empresa XCMG Brasil Indústria Ltda. apresentou seus esclarecimentos à peça 52, sobre os quais, se manifestou a **Auditoria** por meio de sua Coordenadoria IV, nos termos seguintes (peça 55):

> *“**2. ANÁLISE***
>
> ***2.1. Houve infringência ao art. 62, bem como aos artigos 54 e 55 da LF nº 8.666/93, pela não formalização do Termo de Contrato, uma vez que a contratação não se caracterizou como de entrega imediata e integral dos bens adquiridos (Item 3.1 da Conclusão, fl. 8/9 da Peça 38)***
>
> *Manifestação da Empresa XCMG Brasil Indústria Ltda (fl. 28 da Peça 52)*
>
> Conforme salientado allures, o artigo 62, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, não se aplica à espécie, porquanto se trata de uma aquisição realizada com base na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, da qual não estabelece a obrigação

expressa de elaboração de contrato para as aquisições de bens necessários ao enfretamento do estado de emergência e urgência de saúde pública decorrente do novo coronavírus.

Nesse sentido, considerando a urgência e emergência da contratação prevista na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, a Autarquia Hospitalar Municipal não teve tempo hábil para a confecção do termo de contrato, tampouco foi objeto de apontamento pela Procuradoria do Município, conforme extrai-se de seu parecer jurídico, razão pela qual esta não solicitou à XCMG Brasil a celebração do referido termo de contrato.

Ainda que assim não o fosse, é certo que o contrato pode ser substituído por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, nos termos do artigo 62, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o que foi cumprido pela Autarquia Municipal.
[...]

Análise da Coordenadoria

A Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfretamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, em nenhum momento afasta a aplicação da Lei Federal 8.666/93 naquilo em que a própria Lei 13.979/20 não traz texto explícito sobre os critérios específicos a serem adotados para enfretamento da emergência pública.

Ao contrário, a Lei 13.979/20 faz uso da Lei 8.666/93 para esclarecimento de determinadas medidas possíveis de adoção, como no caso do § 3º-A do art.4º (incluído pela Lei nº 14.035, de 11 de agosto de 2020), que se remete a lei geral de licitações ao estabelecer hipótese de obrigatoriedade de prestação de garantia.

Ademais a Lei 13.979/2020, não traz previsão explícita para a contratação emergencial, regulamentada por ela, por meio de Nota de Empenho, não havendo, portanto, dispensa específica nessa lei de formalização do termo de contrato.

Essa situação é visível nos respectivos incisos III e IV do § 2º do art. 4º em que se define a necessidade de publicação, em sítio eletrônico oficial na Internet, do "valor global do contrato" ou "as informações sobre eventuais aditivos contratuais", como exemplo.

A utilização de Nota de Empenho para realizar a presente aquisição, portanto, baseou-se nas prescrições já existentes da Lei 8.666/93 (como no caso do respectivo § 4º do art. 62).

E como bem explicitamos em nossa análise inicial (fl. 3 da Peça: 38):

No caso em análise, conforme exposto no item 2.1, a entrega dos produtos adquiridos não ocorreu de forma imediata e integral, restando ao fornecedor obrigações de entregas futuras. Dessa forma, houve infringência ao art. 62 da LF nº

8.666/93, bem como aos artigos 54 e 55 da mesma lei, que regram o conteúdo do instrumento contratual.

Ainda que se possa alegar que da presente adoção não restou comprovada lesão ao erário, ou ainda alegar-se a imposição de urgência e emergência na aquisição das máscaras cirúrgicas descartáveis, tal como a Empresa XCMG Brasil fez às fls. 27 e 28 da Peça 52, tratava-se de formalidade a ser observada e seguida pela Autarquia Hospitalar Municipal, uma vez que a modalidade de contrato traz o contorno adequado a forma da aquisição realizada.

Ratificamos a conclusão alcançada no relatório inicial.

2.2. O Termo de Contrato não foi publicado no DOC, em infringência ao artigo 26 da LM nº 13.278/02, e não foi transmitido por meio da plataforma PUBnet (item 3.2 da Conclusão, fl. 9 da Peça 38)

Manifestação da Empresa XCMG Brasil Indústria Ltda (fls. 29/30 da Peça 52)

A Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, estabelece que todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nela deverão ser disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), in verbis (sem grifo):

"Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfretamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coranavírus de que trata esta Lei.

(...) **§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet),** contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contrato, o número de sua inscrição na Receita Federal, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

Nesse sentido, a Autarquia Hospitalar Municipal disponibilizou a íntegra do processo nº 6110.2020/0007224-2 no " Portal de Processos Administrativos" da Prefeitura Municipal de São Paulo/SP [...].
[...]
Considerando que a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, é específica em relação a Lei Municipal, resta claro que a Autarquia Hospitalar Municipal promoveu a publicidade esperada em relação a referida contratação. (Grifos no original)

Análise da Coordenadoria

A Lei Federal 13.979/20 de fato estipulou que todas as aquisições ou contratações realizadas com base nela, serão disponibilizadas no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, contado da realização do ato, em site específico na internet (§ 2º do art. 4º).

Mas não afastou as demais normas já existentes de publicidade dos atos/contratos públicos, nem tampouco esclareceu o que seria o site específico.

Tratando-se de princípio fundamental, o Princípio da publicidade é imperioso e obriga a Administração Pública a dar publicidade de seus atos administrativos para possibilitar o controle de terceiros.

Ademais, o principal sítio eletrônico por meio do qual todos têm acesso no Município de São Paulo é o do próprio Diário Oficial do Município, no qual se presume que serão encontradas as publicações dos atos/contratos administrativos em geral, não devendo ser substituído, mas apenas complementado, pelo sítio eletrônico da PMSP, por meio do qual há a necessidade prévia de conhecimento do número do processo para se obter o acesso às informações desejadas, conforme explicado na defesa da empresa (fl. 30 da Peça 52), dificultando o processo de publicização dos atos/contratos administrativos.

No caso do Município de São Paulo, a Lei Municipal 13.278/02, art. 26, estipula a necessidade de se publicar o termo de contrato e seus aditamentos, pelo menos em extrato, no Diário Oficial do Município, dentro de 20 dias contados de sua assinatura, o que não ocorreu no presente caso.

Ratificamos a conclusão alcançada no relatório inicial.

2.3. Não restou demonstrado no processo SEI 6110.2020/0007224-2 como o quantitativo estipulado na contratação foi alcançado, bem como sua adequação e suficiência para o contexto atualmente vivenciado, em dissonância com o artigo 4º-B, inciso IV, da LF nº 13.979/2020 (item 3.3 da Conclusão, fl. 9 da Peça 38)

Manifestação da Empresa XCMG Brasil Indústria Ltda (fls. 31/32 da Peça 52)

Em que pese a alegação de que a Autarquia Hospitalar Municipal não demonstrou como o quantitativo foi alcançado ou se ele era adequado e suficiente para o contexto atualmente vivenciado, é certo que a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, ao contrário da tese sustentada pelo agente fiscalizador, não exige a apresentação do quantitativo para a aquisição de bens.

Não é por menos. A presente contratação deve ser considerada incluída na parcela necessária ao atendimento da situação de emergência tendo em vista que a Autarquia Hospitalar Municipal se encontra diante de uma situação nova, excepcional, cujas consequências ainda não são plenamente conhecidas e que, portanto, não é possível estabelecer de forma exata o quantitativo de produto.

Pondera-se: o enfretamento da situação de emergência em saúde pública decorrente do surto pelo novo coranavírus trata-se de um cenário incerto e sem precedentes, razão pela qual não se revela razoável exigir do administrador a definição exata dos quantitativos, motivo pelo qual o inciso IV, do artigo 4º B, da Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, presume que o quantitativo solicitado atende as necessidades da Administração Pública, ipsis litteris (sem grifo):

"Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de: (...)

IV – limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência".

Análise da Coordenadoria

A conclusão da Auditoria para este ponto buscou apontar que a justificativa apresentada pela AHM para os quantitativos adquiridos, consumo médio mensal (CMM) das unidades hospitalares, não guardou relação com o número de máscaras compradas na contratação analisada neste TC. Desse modo, devido a essa fragilidade, a justificativa se mostrou dissonante à previsão contida no art. 4º-B, inciso IV, da LF 13.979/2020.

Quanto à necessidade da Administração de justificar adequadamente os quantitativos adquiridos em aquisições feitas para atender demandas emergenciais e urgentes, destacamos trechos do Acórdão 1335/2020-Plenário do TCU:

[...]
45.É certo que a Lei 13.979/2020 - que dispõe sobre as medidas para enfrentamento desta emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus -, em seu art. 4° - B, inc. IV, estabelece que há a presunção de que as aquisições por dispensa com fulcro nessa lei estão limitadas à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

46.Essa presunção, entendo, busca dar ao gestor segurança jurídica para que, por exemplo, não se perca em minúcias na estimativa dos quantitativos das aquisições. Ou seja, de acordo com a urgência do momento, seriam aceitas projeções menos detalhadas, de forma que não haveria reprovabilidade na conduta do gestor ao adquirir produtos que se mostrem além do necessário para atender à situação emergencial.

47.Entretanto, embora de forma simplificada, a Lei 13.979/2020 exige a elaboração de termo de referência para a aquisição de bens, o qual deve conter (§ 1º do art. 4º - E):

"I - declaração do objeto;
II - fundamentação simplificada da contratação;
III - descrição resumida da solução apresentada;
IV - requisitos da contratação;
V - critérios de medição e pagamento;
VI - estimativas dos preços." (grifou-se) .

48.Ou seja, segundo a norma, cabe adotar procedimentos mínimos para a contratação, o que, por certo, **demanda a justificativa, mesmo que por estimativa, dos quantitativos a serem adquiridos.**

49.Assim, entendo pertinente a realização de determinação nesse sentido ao Ministério da Saúde. Acórdão:
9.1.determinar ao Ministério da Saúde que:
[...]

9.1.2. com fundamento no art. 4º - E, § 1º, da Lei 13.979/2020, instrua os processos de contratação relacionados ao enfrentamento da crise do novo coronavírus com **a devida motivação dos atos por meio da inclusão nos autos, no mínimo, de justificativas específicas da necessidade da contratação, da quantidade dos bens ou serviços a serem contratados com as respectivas memórias de cálculo** e com a destinação do objeto contratado; (grifos nossos)

Do exposto, ratificamos a conclusão alcançada pela Auditoria no relatório inicial.

2.4. A contratação por meio de dispensa de licitação encontra-se justificada nos autos do processo SEI 6110.2020/0007224-2, para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, conforme previsão do art. 4º da Lei Federal nº 13.979/2020, e do art. 2º, inciso II do DM nº 59.283/2020 (item 3.4 da Conclusão, fl. 09 da Peça 38)

Manifestação da Empresa XCMG Brasil Indústria Ltda. (fls. 28/39 da Peça 52)

Não se manifestou quanto a essa conclusão da Auditoria.

Análise da Coordenadoria

Ratificamos essa conclusão do relatório inicial, registrando não se tratar de irregularidade, mas de constatação de que houve justificativa para a dispensa de licitação na contratação analisada neste TC, nos moldes do art. 4º da Lei Federal nº 13.979/2020, e do art. 2º, inciso II do DM nº 59.283/2020, o que não se confunde com os aspectos tratados no item anterior.

2.5. O preço praticado na contratação mostra-se superior aos verificados em períodos anteriores à pandemia de COVID-19, cabendo à Origem apuração de eventuais abusos pela empresa fornecedora, com adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis (item 3.5 da Conclusão, fl. 09 da Peça 38)

Manifestação da Empresa XCMG Brasil Indústria Ltda (fls. 32/39 da Peça 52)

Exporemos a seguir alguns dos argumentos apresentados pela Empresa para deixar evidenciada qual sua tese de defesa e linha de pensamento neste tópico em particular:

[...] Sendo assim, resta patente que a intervenção do Estado no domínio econômico deve ocorrer apenas em situações legalmente autorizadas, observando-se o princípio da proporcionalidade e partindo-se da premissa de que os preços devem resultar das forças de "oferta vs. demanda" que dinamicamente flutuam no espaço público de mercado.

Subverter o mecanismo de ajuste livre de mercado previsto na Constituição da República em resposta a um incremento de demanda como o de máscaras decorrente do problema do novo coronavírus, pode trazer consequências não esperadas. Pode-se haver, por exemplo, o desabastecimento desse produto no mercado, já que os produtores não estarão dispostos a comercializar em mercados controlados (por diversas razões).

É esperado que em momentos de crises – decorrentes de guerras ou de pandemias – tenham como efeitos (i) um aumento abrupto da demanda, em função de insegurança dos consumidores acerca da continuidade do abastecimento de produtos e serviços; e (ii) uma diminuição da oferta de produtos, causada pelas paradas nas linhas produtivas. Esses efeitos somados (aumento abrupto de demanda e diminuição da oferta) terão impacto no aumento de preço de produtos considerados essenciais no momento de crise.

Aliás, seria presunçoso por parte da XCMG Brasil estabelecer aqui uma defesa do sistema capitalista – oferta vs. demanda -; longe disso, o fato é que, na atual conjuntura internacional, o poderio econômico tem reinado e prevalecido na "batalha comercial" para aquisição dos produtos essenciais no combate ao novo coronavírus.

Em termos leigos, a lógica é deveras simplória: Adquire os produtos quem estiver disposto a pagar mais caro por ele. E, em se tratando de produtos essenciais à proteção da vida, especialmente nesse momento de pandemia, muitos Países, à exemplo dos Estados Unidos, estão dispostos a pagar valores exorbitantes por esses produtos.

Com relação ao preço praticado pela Empresa XCMG Brasil e adquirido pela AHM, no presente caso, a empresa em sua defesa apresentou os seguintes argumentos:

[...] tanto que o custo unitário da máscara nacionalizada é de R$ 2,60 (dois reais e sessenta centavos).

Considerando ainda a necessidade da XCMG Brasil pagar os impostos e contribuições nas vendas realizadas, tem-se que o preço de venda da máscara pelo valor unitário de R$ 3,80 (três reais e oitenta centavos) pela XCMG Brasil é composto dos seguintes custos: (i) 67% (sessenta e cinco por cento) para importar e vender o produto (ii) 25,7% (vinte e cinco inteiros e sete décimos por cento) de tributos; e (iii) 7,3% (sete inteiros e três décimos por cento) de lucro. (sic)

Não se pode olvidar, outrossim, que a valorização de aproximadamente 30% (trinta por cento) do dólar dos Estados Unidos em relação ao Real do Brasil ('BRL) no ano de 2020, passando de R$ 4,00 (quatro reais) em 02/01/2020 para R$ 5,36 (cinco reais e trinta e seis centavos) em 01/07/2020, segundo dado obtido no website oficial do Banco Central do Brasil, o que impactou sobremaneira no custo para importação do produto (Doc. 30- Cotações e Boletins BCB – Dólar vs. Real – Período de 02/01/20020 até 01/07/2020)

Cabe salientar que o percentual atribuído pela empresa na composição dos custos para importar e vender (67%) apresenta uma divergência com a numeração escrita, de ordem não significativa.

Além da argumentação exposta, a empresa apresentou uma pesquisa de preços própria, na qual demonstra os preços praticados na aquisição de máscaras por órgão da PMSP (valores unitários entre 3,40 a 4,00, com mediana aproximada de R$ 3,55) e por órgão do Governo do Estado de São Paulo, estes em valores superiores (valor

unitário variando entre R$ 3,70 a R$ 5,20). A empresa considerou em sua pesquisa essencialmente o período pós início de quarentena: de 24.03 a 14.05.20.

Análise da Coordenadoria

Em nossa análise de fls. 05/08 da Peça 38, apresentamos quadro por meio do qual ficou patente que o preço praticado para as máscaras cirúrgicas descartáveis, em momento pouco anterior das medidas anunciadas pelo Ministério da Saúde em combate à transmissão do vírus e em atendimento às necessidades emergenciais, era muito inferior ao que passou a ser praticado.

Assim, conforme Quadro 5 (fl. 06 da Peça 38), uma aquisição de 5 mil unidades realizadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária em 07.02.20 apresentou o valor unitário de R$ 0,15 por máscara cirúrgica descartável. Se compararmos ao valor adquirido no presente caso (R$ 3,80), constatamos um acréscimo da ordem de 2.533,33%.

Ainda que a valorização da moeda dos Estados Unidos (dólar) possa ter algum impacto nos aumentos verificados no período de aquisição ora analisada, conforme a própria defesa apresentada, esta valorização foi de aproximadamente 30%, pouco representativo diante dos aumentos verificados nos preços das máscaras cirúrgicas descartáveis nesse período.

O mesmo quadro revela outros pontos que merecem destaque. Enquanto o Comando da Aeronáutica obteve um valor unitário de R$ 0,19 para aquisição das máscaras descartáveis em 19.03.20 (17.000 unidades), o Comando do Exército obteve um valor muito superior, ou seja, um valor unitário de R$ 7,80 (500 unidades), apenas alguns dias depois (em 03.04.20).

Ainda que essa exacerbação verificada nos preços das máscaras cirúrgicas descartáveis possa ser atribuída à lógica capitalista em momentos de crises (como citamos anteriormente na defesa da empresa XCMG Brasil), ou ainda que alguns países reagiram de forma pior ao enfrentamento à pandemia1 , o fato é que essa situação é contrária aos interesses coletivos e mesmo à ordem econômica instituída em nossa Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 170 apresenta como princípio "assegurar a todos existência digna".

Como os agentes de mercado podem então, em momento de pandemia e de adoecimento da população, provocar artifícios para elevar os preços a níveis exorbitantes?

A própria Secretaria Municipal da Saúde do Município de São Paulo, em 13.06.20, adquiriu um quantitativo de 1 milhão de máscara pelo preço unitário de R$ 1,37, conforme constatamos à fl. 7 da Peça 38.

No caso específico da presente contratação, a Autarquia Hospitalar Municipal elaborou pesquisa de preços obtendo preços que variavam entre R$ 2,98 e R$ 6,00, conforme Quadro apresentado à fl. 5 da Peça 38, (...)

A Gerência de Suprimentos, em sua análise (Peça 25), classificou a proposta da empresa XCMG como a de menor preço dentre as que atendiam ao disposto no Termo de Referência:

Desclassificamos a empresa **LIMP SAFE COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS EIRELI**, Motivo: **Estoque supercrítico e a empresa não tem entrega imediata, e a empresa ofertou para entregar em 23/04**.

Desclassificamos a empresa **MARCOS RIBEIRO** 328.688.868-09, Motivo: **Estoque supercrítico e a empresa não tem entrega imediata, e a empresa ofertou para entregar em 20/04.**

Desclassificamos a empresa **SPONTON & SPONTON LTDA ME**, Motivo: **Estoque supercrítico e a empresa Apresentou amostra com DUAS CAMADAS, e o solicitado em edital são TRÊS CAMADAS.**

Optamos pela empresa **XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA**, pois a empresa tem entrega imediata e atende nas 3 camadas, aceitamos pagamento após entrega do produto. (grifos no original)

Como se observa das explicações dadas pela Autarquia Hospitalar Municipal, apenas a empresa Sponton & Sponton foi desclassificada por não apresentar produto conforme especificações da cotação para aquisição do produto. As desclassificações das empresas Limp Safe Comércio de Equipamentos Eireli e Marcos Ribeiro Licitações ocorreram por não ofertarem entrega imediata e por apresentarem estoques "supercríticos".

Com relação às empresas Ecoprint e Eltech não encontramos justificativas para a não aquisição dessas, uma vez que apresentaram preços inferiores ao cotado com a empresa XCMG (R$ 3,60 daquelas contra R$ 3,80 desta) (Peça 25), embora a entrega também ocorreria alguns dias depois da data estipulada.

Interessante, entretanto, notar que aquisição das 750.000 máscaras descartáveis da Empresa XCMG Brasil também não ocorreu de pronta entrega. Apresentamos a seguir nossa constatação (fl. 02 da Peça 38):

Na nota de empenho 1426/20 está disposto que a entrega deve ser de caráter imediato para 150.000 unidades e a cada 7 dias devem ser entregues 200.000 unidades, a contar da retirada/recebimento das ordens de fornecimento (fl. 3, Peça 29). Com base nesses parâmetros de entrega, elaboramos o quadro a seguir.

Quadro 2 - Previsão de Fornecimento

Ordem de Fornecimento	Quantidade
17.04.20	150.000
24.04.20	200.000
01.05.20	200.000
08.05.20	200.000
Total	**750.000**

Diante do exposto, de acordo com a NE, a vigência da contratação foi de 17.04.20 a 08.05.20.

Diante dos fatos apresentados, cabe à AHM justificar o fato de não contratar com empresas que apresentaram preços inferiores, ainda que a entrega ocorreria alguns dias depois, uma vez que a XCMG Brasil também não realizou pronta entrega do total adquirido.

No caso específico da Limp Safe, por exemplo, o atraso seria de 5 dias, correspondendo ao prazo da segunda entrega realizada pela XCMG Brasil, porém a um preço 21,5% inferior ao contratado (R$ 2,98 contra R$ 3,80).

Uma vez que a aquisição se deu de forma direta (sem licitação), ainda que não tenham sido apresentadas justificativas aceitáveis para o volume adquirido, a compra poderia se dar de forma parcelada. Mesmo que fossem necessários os 150.000 de pronta entrega (dia 18.04.20), o restante poderia ser adquirido com as empresas que apresentaram menores preços, conforme pesquisa apresentada, mesmo que aquisição ocorresse até 06 dias posteriores ao pedido (maior prazo observado).

É importante ressaltar que, a própria empresa XCMG forneceu 3 milhões de máscaras descartáveis à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão do Estado de Minas Gerais pelo preço unitário de 2,74 (valor 27,9% inferior ao adquirido pela AHM), na mesma data que o produto foi adquirido pela Autarquia Hospitalar do Município de São Paulo (fl. 06 da Peça 38), ou seja, dia 18.04.20.

Considerando que a exorbitância de valores de aquisição de insumos básicos de saúde com recursos públicos implica a transferência de recursos, que deveriam ser destinados para atender às necessidades básicas da população das camadas mais pobres do Município, para conglomerados econômicos privados, e considerando também os pontos aqui levantados, se mostra imprescindível a apresentação de justificativas pela Autarquia Hospitalar Municipal, motivo pelo qual sugerimos que a mesma seja oficiada para apresentar os esclarecimentos devidos.

Ratificamos a conclusão alcançada no relatório inicial.

3. CONCLUSÃO

Da análise da documentação acrescida aos autos pela empresa Contratada, ratificamos integralmente as conclusões alcançadas à Peça 38.

Por oportuno, sugerimos que a AHM seja oficiada a se manifestar acerca das conclusões alcançadas pela Auditoria na presente análise, em especial quanto aos valores contratados, bem como registramos a necessidade de adoção de medidas por parte da Origem para apuração de eventuais abusos no preço praticado na contratação, tomando as medidas administrativas e judiciais cabíveis."

Devidamente intimada, a Secretaria Municipal da Saúde apresentou seus esclarecimentos à peça 99, acerca dos quais, a **Auditoria** se manifestou, concluindo ao final o que segue (peça 102):

> *"**2. ANÁLISE***
>
> ***2.1. Houve infringência ao art. 62, bem como aos artigos 54 e 55 da LF nº 8.666/93, pela não formalização do Termo de Contrato, uma vez que a contratação não se caracterizou como de entrega imediata e integral dos bens adquiridos (Item 3.1 da Conclusão, fl. 8/9 da Peça 38)***
>
> *Manifestação da SMS (fls. 39/43 da peça 99)*
>
> *A SMS apresentou manifestação em referência ao TC nº 010948/2020, que trata da dispensa de licitação, para aquisição em caráter emergencial, de 300.000 unidades de avental procedimento com barreiras.*
>
> *Não obstante, a resposta apresentada pela SMS se aplica também ao presente item.*
>
> *Em suma, a SMS alega que não houve violação aos artigos 54, 55 e 62 da LF nº 8.666/93, uma vez que o termo de contrato poderia ser dispensado no caso de compra para entrega imediata, nos termos do art. 62, § 4º da referida lei.*
>
> *Afirma que a compra foi realizada de forma imediata, conforme prevê o artigo 40, § 4º, da LF nº 8.666/93[1], pois as entregas dos materiais ocorreram no prazo de 30 dias da apresentação da proposta da vencedora.*
>
> *Análise da Coordenadoria*
>
> *Conforme se observa à fl. 01 da peça 23, a proposta da vencedora, a empresa XCMG Brasil Indústria Ltda., foi apresentada no dia 17.04.21, que corresponde à data da emissão da Nota de Empenho e da 1ª Ordem de Fornecimento.*
>
> *O cronograma de entregas das máscaras cirúrgicas disposto à fl. 03 da peça 29 previu a entrega integral dos bens adquiridos de forma parcelada, com entrega na data de emissão da ordem de fornecimento de 150.000 unidades e de 200.000 unidades a cada 7 dias, ou seja, no caso concreto, dentro do prazo de 30 dias o que caracteriza a entrega imediata segundo o artigo 40, § 4º, da LF nº 8.666/93.*
>
> *Assim, a Origem demonstra que de fato a contratação caracterizou-se como de entrega imediata e integral dos bens adquiridos, sendo dispensada, pois, a formalização do termo de contrato, nos termos do art. 62, § 4º da LF nº 8.666/93. Portanto, **retificamos** o apontado.*

[1] § 4º Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta [...]

2.2. O Termo de Contrato não foi publicado no DOC, em infringência ao artigo 26 da LM nº 13.278/02, e não foi transmitido por meio da plataforma PUBnet (item 3.2 da Conclusão, fl. 9 da Peça 38)

Manifestação da SMS (fl. 43 da peça 99)

A SMS apresentou manifestação em referência ao TC nº 010948/2020, que trata da dispensa de licitação, para aquisição em caráter emergencial, de 300.000 unidades de avental procedimento com barreiras.

Não obstante, a resposta apresentada pela SMS se aplica também ao presente item.

Afirmou que:

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

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

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

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

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

"(...) Não é exigida pela Lei de Licitações publicação do extrato dos instrumentos hábeis a substituir o termo de contrato, a exemplo de carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra e ordem de execução de serviços.
(...)."
Portanto, totalmente legal os atos administrativos praticados pela Administração Pública Indireta, uma vez que não há legislação vigente que exija essa publicação quanto a Nota de Empenho que substituiu o contrato administrativo, nos termos da §4º do artigo 62 c.c. §4º do artigo 40 da Lei de Licitações. (grifos no original)

Análise da Coordenadoria

Em que pese a retificação do apontamento anterior e o entendimento pela possibilidade de formalização da aquisição das máscaras cirúrgicas via nota de empenho, a necessidade de publicação do ato da dispensa não se altera, tanto pelo

princípio da publicidade, quanto pelo disposto no parágrafo único do art. 61 da LF nº 8.666/93.

O dispositivo, ao mencionar que a publicação resumida do "instrumento do contrato" na imprensa oficial deve ocorrer independentemente do seu valor, refere-se a contratos latu sensu, incluindo os ajustes que o substituam, como a nota de empenho.

Nesse sentido, preleciona o autor Joel de Menezes Niebuhr[2]:

[...] o entendimento segundo o qual a publicação do contrato somente é obrigatória nos casos em que se exige o instrumento de contrato acaba por contrariar a parte final do parágrafo único do art. 61 da lei nº 8.666/93, cuja dicção demanda a publicidade independentemente do valor do contrato, ainda que sem ônus. Ora, tal entendimento dispensaria da publicação os contratos que não ultrapassem os valores limites da modalidade convite. Ao fim e ao cabo, tal entendimento dispensaria da publicação contratos dependendo do respectivo valor, o que é rechaçado pelo parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/93.
[...]
O argumento esposado acima, de que a publicação é dispensada nas situações em que é dispensado o instrumento de contrato, acabaria, por via reflexa, subvertendo a regra de que todos os contratos, independentemente do valor, devem ser publicados, para que sejam submetidos ao crivo da sociedade. Assim, tal argumento acabaria por criar duas categorias de contratos: os transparentes, que são expostos ao crivo da sociedade, e os quase sigilosos, que não são expostos ao crivo da sociedade. Esse entendimento opõe-se ao princípio da publicidade, que é de alçada constitucional (caput do art. 37 da Constituição Federal). (grifo no original).

Do exposto, ***ratificamos*** *o apontamento.*

2.3. Não restou demonstrado no processo SEI 6110.2020/0007224-2 como o quantitativo estipulado na contratação foi alcançado, bem como sua adequação e suficiência para o contexto atualmente vivenciado, em dissonância com o artigo 4º-B, inciso IV, da LF nº 13.979/2020 (item 3.3 da Conclusão, fl. 9 da Peça 38)

Manifestação da SMS (fls. 03/04 da peça 99)

Conforme a demanda inesperada da pandemia, era impossível estimar exatamente o consumo para a aquisição.

As manifestações das Unidades Hospitalares, conforme e-mails SEI 048610862 (consolidado doc. 048610928), correspondem ao quantitativo de 769.020 unidades/mês, porém não havia como estimarem concretamente mediante o crescimento da demanda inesperada.

Utilizamos como base relatório de evolução mensal das baixas extraídos do sistema CM CETIL em março/2020, que fora o mês de início e pico pandêmico, onde a média de saídas mensal foi de 469.150 unidades [...]

[2] 2 NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e contrato administrativo. 4. Ed. Ver. E ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. Pg. 839.

A requisição de compra foi para abastecimento de aproximadamente 1,5 meses (750.000/469150 = 1,5) em relação ao consumido em março/2020, ou seja, 750.000 unidades.

Diante de tantas incertezas, imprevisões reais de consumo, mercado instável e altamente volatizado com grandes oscilações de preços, o planejamento das contratações eram para curtos espaços de tempo, pois a análise de baixas de estoque para estimativas de aquisições e aquisições futuras se tornaram diárias mediante o cenário pandêmico. (sem grifo).

Análise da Coordenadoria

Às fls. 03/04 da peça 99, a SMS apresentou um quadro com a evolução mensal de consumo das máscaras cirúrgicas, por unidade. Apurou-se uma projeção de consumo para março no total de 469.150 unidades do objeto e o montante foi multiplicado por 1,5, totalizando a estimativa prevista à peça 19, de 750.000 unidades.

Não obstante, não foi demonstrada suficiência do prazo considerado de aproximadamente um mês e meio de abastecimento, por meio de indicação de outras compras em andamento, por licitação ou contratação emergencial, que tivessem expectativa de conclusão dentro desse período.

Ademais, os esclarecimentos apresentados pela Origem não constam do Processo SEI nº 6110.2020/0007224-2.

Portanto, ***ratificamos*** *o apontamento.*

2.4. O preço praticado na contratação mostra-se superior aos verificados em períodos anteriores à pandemia de COVID-19, cabendo à Origem apuração de eventuais abusos pela empresa fornecedora, com adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis (item 3.5 da Conclusão, fl. 09 da Peça 38)

Manifestação da SMS

Não se manifestou sobre esse item.

Análise da Coordenadoria

Não houve contestação específica a esse item. ***Ratificamos*** *o apontamento.*

3. CONCLUSÃO

Da análise da documentação acrescida aos autos, concluímos em relação às conclusões iniciais da Auditoria às peças 37 e 38:

• ***Ratificados*** *os itens 3.2, 3.3, 3.4 e 3.5;*

• ***Retificado*** *o apontamento do item 3.1."*

A **Assessoria Jurídica**, em manifestação de peça 106, assim concluiu:

> *"Considerando que a análise da Auditoria e as suas respectivas conclusões se encontram consonantes com a legislação atinente à matéria aqui discutida, como devidamente demonstrado, acompanhamos integralmente o resultado alcançado por aquela Especializada, opinando pela retificação do apontamento correspondente ao item 3.1 e pela ratificação dos apontamentos relativos aos itens 3.2, 3.3, 3.4 e 3.5."*

A **Procuradoria da Fazenda Municipal** se manifestou à peça 110, nos seguintes termos:

> *"Embora esse E. Nobre Conselheiro Relator já tenha zelosamente determinado a intimação da Origem, verifica-se que esta (SMS) ainda não trouxe aos presentes autos os esclarecimentos necessários acerca dos preços praticados na contratação em análise.*
>
> *Nesse sentido, conforme destacado pela AJCE (peça 106), "...Ao manter-se silente com relação a este importante apontamento da Auditoria, a Origem perdeu a oportunidade de esclarecer os critérios utilizados na obtenção dos preços."*
>
> *Como se sabe, esta Procuradoria da Fazenda exerce a capacidade postulatória da Administração perante essa C. Corte de Contas. Inexistente, entretanto, a manifestação da Origem sobre tal questão, para os fins acima referidos, fica este órgão fazendário impedido de exercer seu mister legal.*
>
> *Não se insere, pois, na competência legal da Fazenda – sendo-lhe, portanto, vedado – assumir posicionamento oficial em nome da Administração.*
>
> *Assim, à luz do princípio do contraditório e da ampla defesa, requer seja excepcionalmente determinada nova intimação da SMS para derradeira manifestação, com vistas ao esclarecimento dos critérios utilizados para a obtenção dos preços de referência na presente contratação."*

A Secretaria Geral emitiu seu parecer à peça 112 com a conclusão seguinte:

> ***"**O processo foi devidamente instruído, com manifestação dos órgãos técnicos deste Tribunal, da Origem e dos interessados.*
>
> *O conteúdo destes autos, notadamente das análises realizadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, bem como pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, me levam a acompanhar as conclusões a que chegaram os demais órgãos internos desta C. Corte no sentido da **irregularidade** da Nota de Empenho nº 1426/2020.*
>
> *De fato, é possível verificar dos minuciosos relatórios elaborados por AUD e pela AJCE, a existência de apontamentos que **comprometem** e **impedem** o acolhimento da NE em análise, e que nem mesmo após a apresentação das defesas juntadas a estes autos tais apontamentos puderam ser afastados.*

(...)
*Portanto, conforme as razões acima expostas, tendo em vista que os **itens 3.2, 3.3, 3.4 e 3.5**, impedem o acolhimento do instrumento em exame, e que nem mesmo após a apresentação das defesas juntadas a estes autos tais apontamentos puderam ser afastados, opino, na esteira dos órgãos técnicos desta C. Corte de Contas, pela **IRREGULARIDADE** da Nota de Empenho nº 1426/2020, sem prejuízo das determinações que o Nobre Conselheiro Relator entender pertinentes."*

É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, trata o presente TC da análise da compra efetuada por meio do Ato Determinativo de Despesa, consubstanciado na Nota de Empenho nº 1426/2020, cujo objeto é a aquisição, em caráter emergencial, por dispensa de licitação, de 750.000 unidades de máscara cirúrgica descartável para as unidades de saúde vinculadas à Autarquia Hospitalar Municipal, da empresa XCMG Brasil Indústria Ltda., no valor de **R$ 2.850.000,00** (dois milhões oitocentos e cinquenta mil reais), com vigência de 17.04.2020 a 08.5.2020.

A **Secretaria de Controle Externo**, por meio de sua Coordenadoria IV, emitiu seu relatório de análise técnica, no qual formulou cinco constatações / apontamentos (peça 38)[3].

Após manifestações da Origem a da Contratada, a Auditoria considerou **solucionada a irregularidade detectada no item 3.1**, ao constatar que o cronograma de entrega das máscaras cirúrgicas, disposto na peça 29, previu a entrega integral dos bens adquiridos de forma parcelada, na data de emissão da ordem de fornecimento de 150.000 unidades e de 200.000 unidades a cada 07 (sete) dias, ou seja, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, o que caracteriza a entrega imediata segundo o artigo 40, § 4º, da LF nº 8.666/93, dispensando a formalização do termo de contrato nos ditames do artigo 62, § 4º, da LF 8.666/93.

[3]
3.1. Houve infringência ao art. 62, bem como aos artigos 54 e 55 da LF nº 8.666/93, pela não formalização do Termo de Contrato, uma vez que a contratação não se caracterizou como de entrega imediata e integral dos bens adquiridos.
3.2. O Termo de Contrato não foi publicado no DOC, em infringência ao artigo 26 da LM nº 13.278/02, e não foi transmitido por meio da plataforma PUBnet.
3.3. Não restou demonstrado no processo SEI 6110.2020/0007224-2 como o quantitativo estipulado na contratação foi alcançado, bem como sua adequação e suficiência para o contexto atualmente vivenciado, em dissonância com o artigo 4º-B, inciso IV, da LF nº 13.979/2020.
3.4. A contratação por meio de dispensa de licitação encontra-se justificada nos autos do processo SEI 6110.2020/0007224-2, para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, conforme previsão do art. 4º da Lei Federal nº 13.979/2020, e do art. 2º, inciso II do DM nº 59.283/2020.
3.5. O preço praticado na contratação mostra-se superior aos verificados em períodos anteriores à pandemia de COVID-19, cabendo à Origem apuração de eventuais abusos pela empresa fornecedora, com adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis (item 2.5)."

Ademais, **em relação ao item 3.4**, trata-se de constatação e não de irregularidade, tendo o Órgão Técnico atestado que houve justificativa para a dispensa de licitação na contratação analisada neste TC, nos moldes do art. 4º da Lei Federal nº 13.979/2020 e do art. 2º, inciso II do DM nº 59.283/2020. Os demais apontamentos foram mantidos pela SCE, no que foi acompanhada pela Assessoria Jurídica e pela Secretaria Geral.

Pois bem. De plano, na esteira das manifestações unânimes constantes nos autos, considero superado o apontamento 3.1 do relatório e corroboro a constatação exarada no item 3.4 do relatório da Auditoria.

Passo agora a me manifestar sobre os três apontamentos remanescentes (itens 3.2, 3.3 e 3.5 do relatório inicial), à luz do contexto em que se deu a contratação em análise, 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.

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 aquisição de 750.000 unidades de máscara cirúrgica descartável para as unidades de saúde vinculadas à época a Autarquia Hospitalar Municipal, item de extrema relevância no contexto da pandemia.

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, a qual inclusive serviu de base para a aquisição ora examinada.

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.

Neste sentido, trago 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, em relação aos três apontamentos remanescentes.

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").

Os próprios prazos, todos exíguos, se revelam como motivo suficiente e razoável para reconhecer que o gestor tinha inúmeras dificuldades para efetivar a política pública de

saúde visando os atendimentos àqueles acometidos pela COVID-19, dada a urgência nas providências a serem adotadas.

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[4], 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, que recomendou aos magistrados que,

[4] 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.

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:

> *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 três achados mantidos pela auditoria no caso em tela.

De qualquer forma, em que pese os fundamentos expostos sejam suficientes e aptos a afastar tais apontamentos, algumas considerações adicionais merecem ser destacadas.

Em relação à impropriedade relativa à não publicação da contratação no DOC e não transmissão pela plataforma PUBnet, a empresa contratada afirmou que a Autarquia Hospitalar Municipal disponibilizou a íntegra do processo nº 6110.2020/0007224-2 no Portal de Processos Administrativos da Prefeitura Municipal de São Paulo/SP, atendendo aos termos da Lei nº 13.979/20, em seu artigo 4º, § 2º[5], já que a AHM promoveu a publicidade esperada em relação a referida contratação.

[5] A Lei nº 13.979/2020, estabelece que todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nela deverão ser disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), in verbis (sem grifo):
"Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfretamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coranavírus de que trata esta Lei.
(...)

Em resposta, a **Auditoria** afirmou que, embora a referida lei assim estipule, não afastou a incidência das demais normas já existentes de publicidade dos atos/contratos públicos, nem tampouco esclareceu o que seria o site específico.

Com efeito, trata-se de impropriedade que pode ser relevada, considerando a previsão da Lei 13.979/20 e o fato de que o objetivo maior (publicidade dos atos administrativos) foi atendido. Ademais, a jurisprudência deste Tribunal tem se direcionado no sentido de se relevar infringências relativas à publicação dos ajustes quando a essência da norma (dar conhecimento sobre as contratações) tiver sido atendida:

> **ANÁLISE. TERMO DE COPATROCÍNIO. SMC. Produção de longa metragem. 1. Relevada a publicação extemporânea do extrato do ajuste. 2. Inexigível a comprovação de regularidade com a Fazenda Estadual. Art. 29, II, Lei 8.666/93. ACOLHIDO. Votação unânime. MULTA. Votação por maioria. TCM/SP. TC 3.975/2016 - 10ª Sessão Ordinária Não Presencial. 22.02.2020**

Após a Contratada argumentar que a Lei nº 13.979/20 não exige a apresentação do quantitativo para a aquisição de bens, a Auditoria manteve o apontamento ao acentuar a necessidade da Administração justificar adequadamente os quantitativos adquiridos em aquisições feitas para atender demandas emergenciais e urgentes. Inobstante o entendimento do Órgão Técnico, o compulsar dos autos me permite concluir que a quantidade adquirida não se mostrou desarrazoada ou desproporcional, mas adequada e suficiente para o contexto vivenciado.

Ademais, a quantidade pode ser considerada incluída na parcela necessária ao atendimento da situação de emergência, tendo em vista que a Autarquia Hospitalar Municipal se encontrava diante de uma situação excepcional, cujas consequências não eram plenamente conhecidas, o que corrobora a possibilidade de superação de tal infringência.

Já quanto ao preço praticado, no caso específico da presente contratação, a Autarquia Hospitalar Municipal elaborou pesquisa de preços obtendo preços que variavam entre R$ 2,98 e R$ 6,00, conforme Quadro apresentado à fl. 5 da Peça 38, o que denota que a entidade adotou as medidas pertinentes no contexto dos fatos a fim de adquirir o produto pelo melhor preço dentre os praticados. Ainda sobre o tema, é de conhecimento notório a ampla variação de tipos de máscaras e a constante alteração dos valores no contexto da pandemia, realidade que não pode ser atribuída à Origem, mas sim às regras ditadas pelo mercado em situações como a ocorrida em 2020.

---

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contrato, o número de sua inscrição na Receita Federal, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição

Ante todo o exposto, acompanhando em parte as conclusões da Auditoria desta Corte e dos demais Órgãos Opinantes deste Tribunal, somadas aos fundamentos expostos na presente decisão, **JULGO REGULAR** a compra efetuada por meio do Ato Determinativo de Despesa, consubstanciado na Nota de Empenho nº 1426/2020, tendo por objeto a aquisição, em caráter emergencial, por dispensa de licitação, de 750.000 unidades de máscara cirúrgica descartável para as unidades de saúde vinculadas à Autarquia Hospitalar Municipal.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

Assinado digitalmente
por EDUARDO TUMA
Data: 07/08/2024
11:44:23 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo