II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-530/2022

Processo	-	TC/009065/2020
Representante	-	Associação dos Guardas e Servidores do Estado de São Paulo – Ages-SP
Representadas	-	Secretaria Municipal de Segurança Urbana e Flourish Lourish Boutique e Acessórios Ltda.
Objeto	-	Representação interposta em face da denúncia recebida pela ouvidoria deste Tribunal informando supostas irregularidades – SEI 6029.2020/0008981-1 – Contratação direta para a aquisição de 60.000 EPIs do tipo máscaras em tecido lavável, visando atender às necessidades da Secretaria e de unidades afetas Comdec, JSM e GCM após a decretação do estado de emergência no Município de São Paulo causado pela pandemia do Coronavírus SARS-COV-2 (Covid-19) – Demanda Ouvidoria 20200134E

3.239ª Sessão Ordinária

REPRESENTAÇÃO. DENÚNCIA. SMSU. Contratação direta. Aquisição de EPIs do tipo máscaras em tecido lavável. 1. A aquisição de máscaras de tecido, apesar de não serem EPIs, justifica-se devido à obrigatoriedade do seu uso para o combate da Covid-19. Dec. Est. 64.959/20. Lei 13.979/20. 2. Na falta de padronização ou de especificações técnicas pormenorizadas de determinado material, como é o caso de máscaras artesanais, revela-se coerente proceder à análise das amostras. Art. 43, IV, Lei 8.666/93. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. DETERMINAÇÃO. 1. Observe a necessidade de comprovação da regularidade fiscal das empresas contratadas. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos 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, em conhecer da representação, e, no mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Segurança Urbana que, em futuras contratações, observe a necessidade de comprovação da regularidade fiscal das empresas contratadas.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar que se dê ciência deste Acórdão ao representante e à Origem, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, arquivando-se os autos, após o cumprimento das formalidades legais.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e o Conselheiro Substituto ELIO ESTEVES JUNIOR.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de outubro de 2022.

JOÃO ANTONIO – Presidente
EDUARDO TUMA – Relator

/cv

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO EDUARDO TUMA – RELATOR

Processo:	**TC/009065/2020**
Interessada:	Secretaria Municipal de Segurança Urbana e Flourish Boutique e Acessórios Ltda.
Objeto:	Denúncia (recebida e autuada como Representação) recebida pela ouvidoria deste Tribunal relativa à supostas irregularidades no processo SEI 6029.2020/0008981-1, cujo objeto é a contratação direta da empresa, para a aquisição de 60.000 EPIs do tipo máscaras em tecido lavável, visando a atender às necessidades da Secretaria e de unidades afetas (Comdec/JSM/GCM) após a decretação do estado de emergência no Município de São Paulo pela pandemia do Coronavírus - Covid 19
Valor estimado:	R$ 174.000,00 (cento e setenta e quatro mil reais)

RELATÓRIO

1. Cuida o presente de Representação decorrente de Denúncia inaugurada pelo Memorando Ouvidoria nº 081/2020, remetida a esta Corte pela Associação dos Guardas e Servidores do Estado de São Paulo (AGES-SP), em face da contratação direta pela Secretaria Municipal de Segurança Urbana da empresa Flourish Lourish Boutique e Acessórios Ltda., para a aquisição de 60.000 (sessenta mil) EPI's do tipo máscaras em tecido lavável, visando a atender às necessidades da SMSU e unidades afetas (COMDEC/JSM/GCM) após a decretação do estado de emergência no Município de São Paulo devido ao Coronavírus (COVID 19).

2. As máscaras destinavam-se também a outros setores da SMSU e não apenas à Guarda Civil Metropolitana (GCM).

3. Em síntese, denunciou a AGES-SP que a SMSU adquiriu 60.000 (sessenta mil) unidades de máscara de tecido, tratando as mesmas equivocadamente como EPIs, o que contraria a Norma Técnica da ANVISA, porque máscara de tecido não é EPI. Acrescenta que um dos possíveis fornecedores foi prejudicado no quesito "análise da amostra" pela Unidade que avaliou com base na opinião pessoal dos responsáveis, e que o processo SEI 6029.2020/0008981-1 necessita de consulta diretamente no sistema SEI.

4. Em seu Relatório Preliminar, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle[1] indicou a existência de duas irregularidades na contratação direta realizada pela SMSU, mais precisamente (i) a não apresentação pela Origem da estimativa de preços prevista no artigo 4º-E, § 1º, inciso VI, da Lei Federal nº 13.979/2020 (Foi apenas realizada, no próprio procedimento, a pesquisa de preços com os potenciais fornecedores, e não foram realizadas pesquisas a bancos de preços, conforme dispõe o art. 4º do Decreto Municipal nº 44.279/03), e (ii) a não apresentação pela

1 - Peça 14.

empresa contratada da Certidão Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União. Assim concluiu a Especializada:

> 3. CONCLUSÃO
> Quanto às observações contidas no Memorando Ouvidoria nº 081/2020, referentes à aquisição de máscaras de tecido pela SMSU, realizada no processo SEI 6029.202080008981-1, concluímos que:
> - O processo SEI 6029.2020/0008981-1 encontra-se disponível no Portal da PMSP na internet – Pesquisa de Processos, e pode ser consultado na íntegra por qualquer pessoa;
> - Máscaras de tecido não são equipamentos de proteção individual (EPI);
> - É justificada a aquisição de máscaras de tecido para a finalidade de dar cumprimento à obrigatoriedade do uso de máscaras. Entretanto, o fornecimento de máscaras de tecido aos integrantes da GCM não altera a necessidade de ser fornecido o adequado EPI – N95 para utilização nas ocasiões em que seu uso seja necessário;
> - Entendemos que, para um material sem especificações técnicas precisas, é válida a reprovação de amostras por inadequação e desconforto causado pelo elástico, que estavam em desconformidade com o TR;
> - A Origem não apresentou, no TR, a estimativa de preços prevista no art. 4º-E, § 1º, inciso VI, da Lei Federal nº 13.979/20. Foi apenas realizada, no próprio procedimento, a pesquisa de preços com os potenciais fornecedores, e não foram realizadas pesquisas a bancos de preços, conforme dispõe o art. 4º do Decreto Municipal nº 44.279/03;
> - A empresa contratada, Flourish Boutique e Acessórios Ltda, não apresentou Certidão Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, portanto não restou comprovada a regularidade fiscal.

5. A Origem manifestou-se[2] quanto às questões suscitadas e, em síntese, alegou que desde o início da pandemia segue as recomendações do Ministério da Saúde. Informou que o processo SEI que trata da contratação encontra-se disponível para consulta por qualquer pessoa e que os requisitos considerados na desclassificação de uma amostra são válidos.

6. Alegou ainda que, no início da pandemia, adquiriu máscaras do tipo N95 que, posteriormente, tiveram seu uso recomendado especificamente para procedimentos específicos de produção de aerossóis. Considerando a nova orientação e a falta de máscaras N95 no mercado, foram adquiridas as máscaras de tecido, visando assegurar a proteção dos servidores da SMSU e de suas unidades.

7. Entende que a não apresentação da Certidão Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União está de acordo com a dispensa prevista no art. 4º-f da Lei Federal nº 13.979/20. Acrescentou que, no momento em que buscava adquirir as máscaras de tecido, não estava disponível o quantitativo necessário no mercado, além de ter ocorrido grande majoração de preços.

8. Em nova manifestação[3] a SFC manteve as infringências apontadas em seu relatório inicial, nos seguintes termos:

> 3. CONCLUSÃO

---

2 - Peça 20.
3 - Peça 24.

> Quanto ao procedimento referente à aquisição de máscaras de tecido pela SMSU, realizado no processo SEI 6029.202080008981-1, e considerando os esclarecimentos da Origem, mantemos os seguintes apontamentos de irregularidades:
> - A Origem não apresentou, no TR, a estimativa de preços prevista no art. 4º-E, § 1º, inciso VI, da Lei Federal nº 13.979/2. Foi apenas realizada, no próprio procedimento, a pesquisa de preços com os potenciais fornecedores, e não foram realizadas pesquisas a bancos de preços, conforme dispõe o art. 4º do Decreto Municipal nº 44.279/03;
> - A empresa contratada, Flourish Boutique e Acessórios Ltda, não apresentou Certidão Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, portanto, não restou comprovada a regularidade fiscal. Observamos que não há restrição de fornecedores, portanto, não se aplica a dispensa de cumprimento da regularidade fiscal alegada pela Origem, como prevista no art. 4º-F da Lei Federal nº 13.979/20.
> Instada a manifestar-se, a AJCE[4] assim concluiu:
> Por todo o exposto, opinamos:
> (i) realmente, as máscaras de pano não são caraterizadas como EPI, segundo critérios da ANVISA. A aquisição das máscaras está adequadamente justificada nos autos;
> (ii) a Origem não cometeu ilegalidade ao realizar o teste prático das máscaras;
> (iii) a Origem não tomou as medidas prévias de definição dos parâmetros de preços, assim como não justificou a sua ausência;
> (iv) o artigo 4º-F da Lei Federal nº 13.979/2020 não se aplica ao caso em comento uma vez não haver restrição de fornecedores.

9. A d. Procuradoria da Fazenda Municipal[5] entendeu serem os apontamentos indicados pelas áreas técnicas deste E. Tribunal sanáveis, face a seus aspectos meramente formais:

> Em face do exposto, requer a Fazenda o acolhimento do Contrato em exame, eis que não se tem notícia da ocorrência de dolo, má-fé, ou prejuízo ao Erário, relevando-se as falhas remanescentes, dado seus aspectos meramente formais.

10. Dado o relevante interesse público da matéria tratada, foi determinado (peça 31) que o presente fosse registrado e autuado como Representação.

11. Em seu parecer, a Secretaria-Geral, na esteira do entendimento esposado pela SFC e pela AJCE, opinou pelo conhecimento da Representação e pela sua procedência parcial[6].

> Por todo o exposto, opino, s.m.j., pelo conhecimento da Representação e pela sua procedência parcial, por ter sido comprovada a existência de irregularidades, quanto a falta de estimativa de preços no Termo de Referência e a não comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada.
>
> **É o relatório.**

VOTO

1. Conforme relatado, tratam os autos de Representação decorrente de Denúncia inaugurada pelo Memorando Ouvidoria nº 081/2020, remetida a esta Corte pela Associação dos Guardas e Servidores do Estado de São Paulo (AGES-SP), em face da contratação direta pela

4 - Peças 26 e 27.
5 - Peça 30.
6 - Peças 33 e 34.

Secretaria Municipal de Segurança Urbana da empresa Flourish Lourish Boutique e Acessórios Ltda., para a aquisição de 60.000 (sessenta mil) EPI's do tipo máscaras em tecido lavável, visando a atender às necessidades da SMSU e unidades afetas, após a decretação do estado de emergência no Município de São Paulo devido ao Coronavírus (COVID 19).

2. Preliminarmente, quanto à admissibilidade, trata-se de denúncia autuada e recebida como Representação (Peça 31), dado o relevante interesse público da matéria tratada.

3. No mérito, a Representação traz os seguintes pontos: (i) Não caracterização das máscaras de pano como EPI (Equipamento de Proteção Individual) e justificativa para a sua aquisição; (ii) Forma de análise das amostras das máscaras; (iii) Falta de estimativa de preços no Termo de Referência; e, (iv) Não comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada.

4. No que tange ao fato de as máscaras de tecido não serem EPIs (i), justifica-se a aquisição devido à obrigatoriedade do seu uso para o combate da Covid 19, prevista no Decreto Estadual nº 64.959, de 04 de maio de 2020, bem como pela Lei Federal 13.979/2020, com alterações da Lei Federal 14.019/2020, de 02 de julho de 2020. Como informado pela Origem, a aquisição não visou substituir o EPI (Equipamento de Proteção Individual), já que sua utilização se daria justamente quando não fosse necessário o EPI.

5. Ressalto ainda, que quanto a esta questão o Decreto Municipal nº 59.283, de 16 de março de 2020 ao declarar situação de emergência no Município de São Paulo no começo da pandemia, determinou em seu artigo 5º que caberá ao gestor municipal adotar todas as providências legais ao seu alcance visando evitar ou reduzir a exposição dos agentes públicos e frequentadores das repartições públicas aos riscos de contágio pelo coronavírus, em especial, no período da emergência, as medidas transitórias previstas neste decreto.

6. Restou, portanto, justificada a aquisição de máscaras de tecido para a finalidade de dar cumprimento à obrigatoriedade do uso de máscaras nos espaços e logradouros públicos.

7. Em relação ao item (ii), também assiste razão a Origem.

8. Em que pese a Lei Federal nº 8.666/93 e a legislação correspondente ao pregão (Lei Federal nº 10.520/02 e Decreto Federal nº 3.555/20) não tratem explicitamente da avaliação de amostras durante o processo licitatório, se o gestor público, em nome do interesse público, entender fundamental a aprovação de amostras, pode socorrer-se da parte inicial do texto do inciso IV, do artigo 43, da Lei Federal nº 8.666/1993[7], aplicada subsidiariamente nos pregões, de acordo com o artigo 9º da Lei Federal nº 10.520/02.

9. Mesmo que o Termo de Referência juntado na peça 12 estabeleça a descrição da máscara pretendida, tal fato não impede a Administração de cercar-se de mais cuidados para certificar-se de estar adquirindo o produto conforme especificado.

10. A Administração Pública tem de garantir a aquisição do produto nas condições especificadas na fase interna da licitação e em muitas situações a aprovação de amostra é a forma de constatação dessa garantia. Quando há falta de padronização ou de especificações técnicas pormenorizadas de determinado material, como é o caso de máscaras artesanais, revela-se coerente

---

7 - Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; (...)

proceder à análise dos produtos. No caso em tela, as amostras foram reprovadas por inadequação do elástico e desconforto causado pelo elástico ou por não terem a cor preta exigida, o que é factível, não sendo a representação procedente também nesse ponto, como concluído de forma unânime pelos Órgãos Técnicos.

11. O terceiro item, que aponta a falta de estimativa de preços no Termo de Referência, foi apontado pelas áreas técnicas do Tribunal como em desacordo com o previsto na Lei Federal nº 13.979/20, haja vista que esta estabelece, no § 1º, do artigo 4º-E, o conteúdo obrigatório que deve abranger o termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado. E o inciso VI do referido dispositivo legal trata especificamente da estimativa de preços que deverá acompanhar o mencionado termo de referência e elenca os parâmetros que poderão ser utilizados, sendo que a Origem não tomou as medidas prévias de definição dos parâmetros de preços, assim como não justificou a sua ausência.

12. No que concerne ao apontamento acima, o artigo 4º-E foi acrescido à Lei Federal nº 13.979/20 por alteração efetuada pela Lei Federal 14.019/2020, de 02 de julho de 2020. Tendo em vista que o procedimento em análise foi instaurado em 17.06.2020, portanto em data anterior à existência do artigo em tela, em homenagem ao princípio da irretroatividade das leis, o previsto no artigo 4º-E da lei mencionada não deve ser aplicado ao caso concreto.

13. Tendo em vista que o princípio da irretroatividade *"é a exteriorização elementar do sobreprincípio da segurança jurídica"* (BECHO, Renato Lopes. Lições de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 367), aplica-se, portanto, o previsto no artigo 4º da referida Lei, em sua redação original:

> Art. 4º Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

14. Por se tratar de contratação direta, por dispensa de licitação, em conformidade com a Lei Federal nº 13.979/20, foi realizada, no próprio procedimento, a pesquisa de preços com os potenciais fornecedores. Frise-se que tal fato não isenta a Origem de realizar pesquisas a bancos de preços, conforme dispõe o artigo 4º do Decreto Municipal nº 44.279/03.

15. No âmbito do Município de São Paulo, a pesquisa de preços é tratada também no artigo 58 da Lei Municipal nº 17.273, de 15 de janeiro de 2020:

> Art. 58. A pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos parâmetros pertinentes dentre os seguintes:
>
> I - banco de preços de referência mantido pela Prefeitura;
>
> II - bancos de preços de referência no âmbito da Administração Pública;
>
> III - contratações e atas de registro de preços similares, no âmbito da Prefeitura ou de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 dias anteriores à data da pesquisa de preços;
>
> IV - pesquisa publicada em mídia especializada, listas de instituições privadas renomadas na formação de preços, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso; e

V - de múltiplas consultas diretas ao mercado.

16. Com efeito, os dispositivos legais municipais mencionados impõem ao contratante demonstrar objetiva e previamente como alcançou o valor que servirá de parâmetro para a aquisição. A unidade contratante deve demonstrar a escolha da opção mais vantajosa e a impossibilidade de consulta deverá estar justificada, o que não ocorreu.

17. Inobstante este regramento, a defesa apresentada pela Origem evidencia que a Administração, diante da situação emergencial vivenciada, apropriou-se dos elementos técnicos e demais subsídios existentes, possibilitando a contratação considerada a mais vantajosa para um momento de extrema gravidade, em um contexto de pandemia mundial. Tal circunstância é suficiente para se relevar, no caso em exame, o apontamento em questão.

18. No que concerne ao item (iv), que trata da não comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada, por mais que seja um aspecto formal que não alterou a execução do contrato, deveria ter sido observado.

19. Portanto, tendo em vista que a autorização para a contratação direta da empresa Flourish Boutique e Acessórios Ltda. foi publicada no DOC no dia 24 de julho de 2020, não há como ser aplicada a dispensa de cumprimento da regularidade fiscal prevista no artigo 4º-F, da Lei Federal nº 13.979/2020 (artigo inserido pela Lei Federal 14.019/2020, de 02 de julho de 2020), diferentemente do entendimento apresentado pela Origem em sua manifestação.

20. Ademais, em nenhum outro momento foi apresentada certidão que provasse a regularidade fiscal da empresa contratada. Entretanto, pelas razões acima expostas e considerando o cenário que norteou a contratação, tal infringência pode ser excepcionalmente relevada e convertida em determinação à Pasta, medida que se mostra mais adequada e eficiente, coerente com o disposto no artigo 22 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

21. Ante o exposto, com amparo, em parte, nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria-Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir e passam a integrar o presente voto, **CONHEÇO DA REPRESENTAÇÃO E, NO MÉRITO, JULGO-A IMPROCEDENTE**, nos termos da fundamentação.

22. DETERMINO à Secretaria Municipal de Segurança Urbana que, em futuras contratações, observe à necessidade de comprovação da regularidade fiscal das empresas contratadas.

Intime-se a Origem e os Representantes da presente decisão.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 05 de outubro de 2.022.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator