

III – DECISÃO

Processo	- TC/009353/2020
Contratante	- Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano (atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento)
Contratada	- Empório Andaluzia Ltda.
Contrato	- 09/2020/SMDU R\$ 3.341.250,00
TA	- 08/2020/SMDU R\$ 1.670.625,00 (acréscimo de 27.500 cestas)
Objeto	- Aquisição de 55.000 cestas de suprimento alimentar destinadas à população em situação de extrema vulnerabilidade residente no Município de São Paulo, em razão da pandemia causada pelo Coronavírus SARS-COV-2 (Covid-19)

345ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

ANÁLISE. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SMUL. Aquisição de cestas de suprimento alimentar destinadas à população em situação de extrema vulnerabilidade residente no Município. 1. Reconhecida a dificuldade do gestor público em tempos de pandemia. Art. 22, LINDB. ACOLHIDOS excepcionalmente. Votação por maioria.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o voto em separado proferido pelo Conselheiro EDUARDO TUMA, votando o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, acolher, excepcionalmente, o Contrato 09/2020/SMDU e o Termo Aditivo 08/2020/SMDU.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, que, nos termos de seu relatório e voto, julgou irregulares o contrato e o aditamento.

Participou do julgamento o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM –
Relator.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA
BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 31 de agosto de 2022.

JOÃO ANTONIO – Presidente, com voto
ROBERTO BRAGUIM – Relator, com relatório e voto
EDUARDO TUMA – Conselheiro, com voto em separado, prolator do voto da corrente
vencedora, designado para redigir a Decisão, nos termos do § 7º do artigo
136 do Regimento Interno desta Corte

/cv

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM – RELATOR

Processo: TC/009353/2020
Interessadas: Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano – SMDU, atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento – SMUL e Empório Andaluzia Ltda.
Objeto: Análise do Contrato 09/2020/SMDU e do Termo Aditivo 08/2020/SMDU. Fornecimento de cestas de suprimento alimentar para a população em condição de vulnerabilidade, em razão da pandemia por "coronavírus", ação integrante do programa Cidade Solidária, com base no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93

RELATÓRIO

Trata o presente da análise do Contrato nº 09/2020/SMDU, firmado entre a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano – SMDU, atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento – SMUL, e o Empório Andaluzia Ltda., com base no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, visando ao fornecimento de 55.000 cestas de suprimento alimentar para a população em condição de vulnerabilidade, em razão da pandemia por "coronavírus", ação integrante do programa Cidade Solidária, bem como do Termo Aditivo nº 08/2020/SMDU, celebrado com o objetivo de acrescentar 27.500 cestas ao objeto do Ajuste.

Sob a vigência da Portaria nº 148/2020 que, ao conferir nova redação aos artigos 2º e 3º da Portaria nº 144/2020, instituiu a Relatoria Especial COVID, os autos foram desde logo distribuídos à Relatoria do Conselheiro Presidente João Antonio, que autorizou a realização de análise pela Área Técnica deste Tribunal.

Em seu Relatório, a SFC concluiu pela irregularidade do Contrato nº 09/2020/SMDU, tendo em vista que: (3.1) a SMDU - Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano utilizou pesquisas diretas ao mercado para formação de preços, em detrimento do valor de R\$ 59,40 (cinquenta e nove reais e quarenta centavos), fixado para a cesta de alimentos pela minuta de Edital de Credenciamento; (3.2) caberia à SMADS - Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social atuar na coordenação e operacionalização de programas de assistência social no Município de São Paulo; (3.3) o objeto do Termo de Colaboração firmado entre a PMSP e a Cruz Vermelha Brasileira não permite à PMSP adquirir cestas básicas, mas sim organizar ações

de voluntariado para a montagem de kits, a partir de materiais, alimentos e produtos doados ao Município; (3.4) somente entre 08 de junho e 08 de julho houve concomitância entre o Contrato de aquisição de cestas básicas e o Termo de Colaboração com a Cruz Vermelha; (3.5) a redação contratual cria fragilidade, permitindo que cestas de alimentos sejam desviadas para outros fins, podendo não ser entregues e, apesar disso, medidas, liquidadas e pagas pela PMSP; (3.6) há ausência de critério e especialidade, por parte da SMDU, na fixação do número total de cestas básicas a serem adquiridas; (3.7) não consta nos Termos de Referência o nome do servidor ou servidores da SMDU responsável(eis) pela sua elaboração.

Em relação ao Termo Aditivo 08/2020/SMDU, concluiu SFC que, além de ser proveniente de contratação com apontamentos, a SMDU novamente utilizou pesquisas diretas ao mercado para formação de preços, em detrimento do valor fixado para a cesta de alimentos pela minuta de Edital de Credenciamento. Além disso, o intervalo de poucos dias entre a contratação e o aditamento levou a SMDU, indevidamente, a deixar de realizar nova pesquisa de mercado.

Determinada a remessa de intimação e ofícios, a Unidade Contratante, por meio de seu Secretário Fernando Barrancos Chucre, apresentou esclarecimentos, tendo o Empório Andalusia Ltda. deixado transcorrer "in albis" o prazo assinalado para manifestação. Em nova análise, a SFC ratificou sua conclusão inicial, com exceção do item 3.4, que considerou superado.

Com a publicação da Portaria nº 02/2021, que designou o Conselheiro Eduardo Tuma para exercer a Relatoria Especial de Medidas de Combate e de Enfrentamento ao COVID-19 e seus efeitos a partir de janeiro de 2021, os autos foram a ele redistribuídos, oportunidade em que determinou nova remessa de ofício à SMDU, para ciência e manifestação acerca das conclusões expostas por SFC.

Em decorrência da publicação do Decreto nº 60.038/2020, a Secretaria Municipal de Licenciamento - SEL incorporou a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano - SMDU e passou a denominar-se Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento – SMUL, a qual colacionou aos autos os seguintes esclarecimentos: (i) não teve qualquer participação na contratação e gestão do Programa Cidade Solidária; (ii) a SMDU era o

órgão responsável à época pelo Programa Cidade Solidária, sendo sua defesa limitada às informações prestadas pelos antigos gestores da SMDU; (iii) atualmente o referido Programa se encontra sob a tutela da Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania – SMDHC.

Ato subsequente, publicada a Portaria 184/2021, que extinguiu a Relatoria Especial para tratar assuntos relacionados à COVID, os autos foram novamente redistribuídos, desta vez à minha Relatoria e, nessa oportunidade, após a identificação dos responsáveis por SFC, determinei a intimação de Fernando Barrancos Chucre (Secretário da SMDU à época) e da SMDHC (Secretaria apontada pela SMUL como a então responsável pelo Programa Cidade Solidária), para manifestação.

Em sua resposta, a SMDHC esclareceu que o Município de São Paulo, frente à necessidade de propor ações para a prevenção e combate à Pandemia COVID-19, lançou o Programa Cidade Solidária, por meio do Decreto nº 59.337/2020, sob a então coordenação da antiga Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano - SMDU. A competência e a coordenação do programa foram alteradas pelos Decretos nº 60.050/2021 e 60.054/2021, que passaram a ser de sua competência. Assim, afirma não ser responsável pela contratação, em face da data de sua assinatura, além de informar a ausência de sub-rogação do Contrato nº 09/2020/SMDU à Pasta, fatos que a impossibilitam de prestar informações complementares sobre os questionamentos apresentados.

Encaminhados os autos para manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, esta considerou superados os itens 3.2, 3.3, 3.4, mantidos demais apontamentos constantes do relatório de SFC.

Em relação ao item 3.1, a AJCE destacou o posicionamento da antiga SMDU, no sentido de que a aquisição das cestas básicas seria feita por meio de edital de credenciamento, tendo sido adotado o valor de R\$ 59,40 (cinquenta e nove reais e quarenta centavos) com base nos recursos orçamentários liberados pela Secretaria Municipal da Fazenda, para a aquisição do quantitativo estimado de 275 mil cestas básicas. Porém, por orientação da Assessoria Jurídica daquela Pasta, e "para não interromper o Programa Cidade Solidária", considerando a "necessidade de garantir atendimento contínuo à população mais vulnerável", foram adquiridas 55 mil cestas básicas - para entrega diária de 5.500 cestas em 10 dias úteis – em

08/06/20 e, posteriormente, mais 27.500 cestas básicas pelo Termo Aditivo, celebrado em 22/06/20, ao custo unitário de R\$ 60,75 (sessenta reais e setenta e cinco centavos), por Dispensa de Licitação e mediante a realização de pesquisa de preços com consulta direta a fornecedores, diante da falta de banco de preços referentes a suprimento alimentar no Município de São Paulo e da impossibilidade de adesão a Atas de Registro de Preços já existentes. Ocorre que, segundo SFC, não foram apresentados documentos comprobatórios dos motivos alegados pela SMDU, razão pela qual permaneceu o apontamento.

Quanto à questão relativa à atuação exclusiva da SMADS – Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social para coordenar e operacionalizar qualquer programa de assistência social no âmbito do Município de São Paulo (item 3.2), a Área Jurídica deste Tribunal entendeu passíveis de acolhimento os argumentos lançados pela Administração, no sentido de que não houve transferência de competência da SMADS para a antiga SMDU, por meio do Decreto Municipal nº 59.337/2020, que instituiu o Programa Cidade Solidária, mas sim um esforço conjunto da PMSP, por se tratar de situação de emergência, declarada pelo Decreto nº 59.283/2020, não havendo como se confundir as atribuições rotineiras dos programas de assistência social exercidas pela SMADS com as estabelecidas, excepcionalmente, para a antiga SMDU, pelo Decreto nº 59.337/2020 à época.

Quanto ao item 3.3, no qual SFC apontou a impossibilidade da PMSP adquirir cestas básicas com base no Termo de Colaboração firmado com a Cruz Vermelha Brasileira, a AJCE frisou o disposto nos parágrafos 2º e 3º do artigo 1º do Decreto nº 59.337/2020, pelos quais coube à SMDU utilizar sua própria estrutura física, gerencial e jurídica no apoio à boa execução do Programa Cidade Solidária, assim como adquirir com recursos públicos as Cestas Básicas, situação que não se confundiria com o Termo de Colaboração firmado com a Cruz Vermelha Brasileira, pois este não trata da origem ou da forma de aquisição destes dos itens.

Em relação ao item 3.4, a AJCE acompanhou SFC, que já o havia relevado. No que tange ao Termo de Aditamento, entendeu que as contratações públicas somente podem ser efetivadas após estimativa prévia do seu valor, constituindo a pesquisa de preços elemento fundamental para instrução dos procedimentos de aquisição e contratações, conforme artigo 15, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Dessa maneira, entendeu insuficiente o argumento utilizado

pela SMUL, de que as propostas encaminhadas anteriormente serviriam de base para a formalização do Aditamento, pois ainda válidas à época.

Em novo pronunciamento, a SFC reiterou o entendimento pela superação do item 3.4, adicionando a possibilidade de ser relevado o item 3.7, tendo em vista a informação da SMUL quanto ao nome da servidora responsável pela elaboração do Termo de Referência.

Por sua vez, a PFM requereu o acolhimento dos Ajustes ora em análise, relevando-se eventuais impropriedades e, subsidiariamente, a aceitação dos efeitos jurídicos dos atos praticados, em nome do princípio da segurança jurídica.

Por fim, a Secretaria Geral concluiu pela irregularidade do Termo de Contrato nº 09/2020/SMDU, em razão dos apontamentos 3.1, 3.2, 3.5 e 3.6, e do Termo Aditivo nº 08/2020/SMDU.

É o relatório

VOTO

Em julgamento o Contrato nº 09/2020/SMDU, atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento - SMLU e o Termo Aditivo nº 08/2020/SMDU, firmados entre a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano - SMDU e o Empório Andaluzia Ltda., com base no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, visando ao fornecimento de cestas de suprimento alimentar para a população em condição de vulnerabilidade, em razão da pandemia por "coronavírus", ação integrante do Programa Cidade Solidária.

De início, cumpre esclarecer que o Programa Cidade Solidária, instituído pelo Decreto nº 59.337/2020, foi estabelecido para ações cooperativas entre o Poder Público, o setor privado e o terceiro setor, destinadas ao recebimento de doações pelo Município, bem como ao direcionamento racional de recursos para aquisição e distribuição de gêneros de primeira necessidade à população mais necessitada, durante o estado de calamidade pública.

Dessa maneira e nesse contexto, a Prefeitura realizou Chamamento Público para cadastramento de fornecedores, visando à aquisição de 250.000 cestas básicas por

Dispensa de Licitação, com fundamento no artigo 24, inciso IV da Lei Federal nº 8.666/1993 e no artigo 2º do Decreto nº 59.283/2020, que declarou situação de emergência no Município de São Paulo em razão da pandemia pelo vírus COVID-19.

Nos termos do parecer exarado pela Assessoria Jurídica da então Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano – SMDU, tais cestas básicas deveriam ser adquiridas por meio de Pregão Simplificado, instituído pela Lei Federal nº 13.979/2020. Contudo, considerando a situação de calamidade pública e a necessidade de garantir o atendimento contínuo à população mais vulnerável, orientou-se referida Assessoria pela possibilidade de compra imediata por Dispensa de Licitação até a realização do referido Certame, com fundamento na autorização veiculada pelo artigo 2º do Decreto nº 59.283/2020, do que resultou a assinatura do Contrato nº 09/2020/SMDU e do Termo Aditivo nº 08/2020/SMDU com o Empório Andaluza Ltda., para a entrega de 82.500 cestas básicas, pelo valor unitário de R\$ 60,75 (sessenta reais e setenta e cinco centavos).

Na instrução dos autos, o primeiro apontamento efetuado pela SFC, corroborado pela AJCE, diz respeito à utilização, pela SMDU - Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, de pesquisas diretas ao mercado para realizar a presente contratação, em detrimento do valor de R\$ 59,40 (cinquenta e nove reais e quarenta centavos), já fixado para a cesta de alimentos quando da elaboração da minuta de Edital de Credenciamento, ou de pesquisa em banco de preços, nos termos da preferência estabelecida pelo artigo 4º do Decreto nº 44.279/03.

Em sua manifestação, a SMDU esclareceu que realizou a pesquisa de mercado, diante da inexistência de banco de preços referentes a suprimento alimentar no Município de São Paulo, bem como da impossibilidade de adesão a duas Atas de Registro de Preços existentes na SMADS (03/SMADS/2020 e 04/SMADS/20250), face à falta de quantitativos suficientes para atender a demanda.

Contudo, tal como observado por SFC e pela AJCE, restou ausente comprovação documental das alegações lançadas pela Pasta. Ademais, fato é que a opção por não adotar o valor de R\$ 59,40 (cinquenta e nove reais e quarenta centavos) na contratação emergencial, tal como estipulado pelo anterior Edital de Credenciamento, gerou uma potencial

diferença de R\$ R\$ 111.375,00 (cento e onze mil e trezentos e setenta e cinco reais), suficiente para prover outras 191 (cento e noventa e uma) cestas no valor estipulado pelo referido Edital.

Ademais, considerando que o Pregão Eletrônico Simplificado, realizado em 22 de junho de 2020, resultou no valor unitário de R\$ 53,00 (cinquenta e três reais), é possível afirmar que o valor R\$ 59,40 (cinquenta e nove reais e quarenta centavos) estava dentro das expectativas de mercado, independentemente da diferença de quantidade de cestas compradas por meio da contratação emergencial e do Certame.

Em relação à competência da SMADS - Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social para atuar na coordenação e operacionalização de programas de assistência social no Município de São Paulo (item 3.2), corroboro o entendimento exposto pela AJCE, no sentido de que, no artigo 3º do Decreto nº 59.337/2020, na redação conferida pelo Decreto nº 60.054/2021, havia previsão para que o Programa Cidade Solidária fosse coordenado pela Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania - SMDHC.

Desta feita, não se deve confundir as atribuições rotineiras dos programas de assistência social no âmbito do Município exercidas pela SMADS com as estabelecidas, excepcionalmente, à antiga SMDU, por meio do Decreto Municipal nº 59.337/2020, por se tratar de ação específica, instituída para prover ajuda humanitária às pessoas mais atingidas pela crise econômico-social causada pela pandemia do coronavírus, durante o estado de calamidade pública. Além disso, a coordenação do mencionado Programa passou a ser da Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Cidadania – SMDHC a partir de 2021, com a alteração do Decreto nº 59.337/2020.

Quanto ao apontado por SFC no item 3.3, na esteira do entendimento externado pela AJCE, entendo que o disposto nos parágrafos 2º e 3º do artigo 1º do Decreto nº 59.337/2020 determinava, de forma clara, que caberia à SMDU adquirir com recursos públicos as Cestas Básicas, situação que não se confunde com o Termo de Colaboração firmado com a Cruz Vermelha Brasileira (CVB), o qual tratou da recepção, armazenagem e distribuição logística de bens destinados ao Cidade Solidária, sem limitar-se à origem ou à forma de aquisição dos itens.

O apontamento constante do item 3.4 foi considerado superado em face dos esclarecimentos prestados pela SMDU nos autos, tanto pela SFC, quanto pela AJCE, conclusões estas que ora corroboro.

No que concerne ao item 3.5, de fato, verifica-se a existência de fragilidade no controle da entrega das cestas básicas, criada pela possibilidade, prevista no Ajuste, da Prefeitura solicitar à Contratada o descarregamento do material em local distinto da sede da Cruz Vermelha Brasileira em São Paulo, sem maiores especificações. Ora, se o objeto do Contrato era o fornecimento de cestas básicas à Cruz Vermelha, parece não haver justificativas para a previsão de entrega em lugar diverso do previsto na Cláusula 2.3.1 do Contrato.

Tal situação se agrava diante da constatação inicial feita por SFC, da ausência de indicação de servidor responsável pela fiscalização da entrega e da qualidade do material.

Quanto à ausência de critério e especialidade, por parte da SMDU, na fixação do número total de cestas básicas a serem adquiridas, apontamento consubstanciado no item 3.6 do relatório de SFC, destaco que o Contrato ora em análise estipulou a compra de 55.000 cestas básicas e, menos de um mês após sua assinatura, foi aditado para efetivar um acréscimo de 50% em seu quantitativo, passando-se para um total de 82.500 itens, aquisição esta que, caso programada para uma única vez, poderia ter impactado na pesquisa de preços, em razão da economia de escala. Ademais, SFC averiguou a ausência, no processo administrativo correspondente, de critério utilizado pela Administração para fixar o quantitativo de cestas básicas a serem compradas.

Por fim, em relação ao item 3.7, entendo que a identificação posterior da servidora Eliana Maria das Dores Gomes como responsável pela elaboração do Termo de Referência é suficiente para a superação do apontamento, restando a recomendação para que a Administração se atente para a formalização, nos autos do respectivo processo administrativo, deste ponto.

No que tange ao Termo Aditivo nº 08/2020/SMDU, restou consignado nos autos que a SMDU novamente utilizou pesquisas diretas ao mercado para formação do preço,

em detrimento do valor fixado para a cesta de alimentos pela minuta de Edital de Credenciamento. Além disso, o intervalo de poucos dias entre a contratação e o aditamento levou a Unidade Contratante, de forma indevida, a deixar de realizar nova pesquisa de mercado.

Ante o exposto, com suporte nas conclusões expostas pelas Áreas Técnicas deste Tribunal, que agrego ao presente, julgo irregulares o Contrato nº 09/2020/SMDU, por remanescerem os apontamentos consubstanciados nos itens 3.1, 3.5 e 3.6 do relatório de SFC, bem como o Termo Aditivo nº 08/2020/SMDU.

TCM, 31 de agosto de 2022.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Corregedor

DCF/RB

II – VOTO EM SEPARADO DO CONSELHEIRO EDUARDO TUMA

Processos: TC/009353/2020

Interessadas: Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano (atual Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento) e Empório Andalusia Ltda.

Objeto: Aquisição de 55.000 cestas de suprimento alimentar destinadas à população em situação de extrema vulnerabilidade residente no Município de São Paulo em razão da pandemia causada pelo Coronavírus SARS-COV-2 (Covid-19)

Conforme relatado e disposto na peça 98, cuidam o presente dos Relatórios de Análise de Contratação e Análise de Aditamento do Termo de Contrato nº 09/2020/SMDU (peça 03) que teve por objeto o "[...] *fornecimento de cestas de suprimento alimentar para população em condição de vulnerabilidade, em razão da pandemia por 'coronavírus', ação integrante do programa Cidade Solidária.*"

Ao fim da instrução **restaram sem atendimento** os seguintes apontamentos pelos nossos estimados órgãos técnicos:

1) **das conclusões da análise de Termo de Contrato nº 09/2020/SMDU** (peça 23):

3. CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, considera-se a contratação irregular pelos fundamentos a seguir:

3.1. A SMDU utilizou pesquisas diretas ao mercado para formação de preços (Peças 08 e 09), em detrimento do valor fixado para a cesta de alimentos, em R\$59,40 (cinquenta e nove reais e quarenta centavos), por meio de minuta de Edital de Credenciamento (Peça 10, p. 2) (subitem 2.1. e subitens 14.3, 14.4 e 14.5 do Relatório).

3.2. Cabe à SMADS-Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social atuar desde a coordenação até a operacionalização de qualquer programa de assistência social no âmbito do Município de São Paulo (subitem 2.2. e subitem 14.1 do Relatório).

3.3. Pelo objeto do Termo de Colaboração entre a PMSP e a Cruz Vermelha Brasileira, não cabe à PMSP adquirir cestas básicas, mas sim organizar ações de voluntariado para a montagem de kits, a partir de materiais, alimentos e produtos doados ao Município (subitem 2.3. e subitem 14.1 do Relatório).

Item 3.4 - [SUPERADO – peça 98]

3.5. A redação contratual cria fragilidade, permitindo que cestas de alimentos sejam desviadas para outros fins, podendo, até, nem serem entregues e, apesar disso, serem medidas e liquidadas e pagas pela PMSP (subitem 2.5. e subitem 14.13 do Relatório).

3.6. Ausência de critério e especialidade, por parte da SMDU, na fixação do número total de cestas básicas a serem adquiridas (subitem 2.6. e subitem 14.1 do Relatório).

Item 3.7 - [SUPERADO – peça 98].

Sugere-se, por oportuno, oficial a Origem para prestar esclarecimentos sobre os apontamentos alcançados neste Relatório, bem como para adequar a estimativa dos custos das cestas de alimentos e a fiscalização do fornecimento do objeto do contrato aos legítimos destinatários da política pública.

2) da conclusão da análise de Termo Aditivo nº 08/2020/SMDU (peça 24):

Aditamento proveniente de contratação com apontamentos de infringências. A SMDU utilizou pesquisas diretas ao mercado para formação de preços (Peças 08 e 09), em detrimento do valor fixado para a cesta de alimentos, em R\$59,40 (cinquenta e nove reais e quarenta centavos), por meio de minuta de Edital de Credenciamento (Peça 10, p. 2) Além disso, o intervalo de poucos dias entre a contratação e o aditamento levou a SMDU a, indevidamente, deixar de realizar nova pesquisa de mercado (subitem 14, "a" deste Relatório).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE entendeu que os itens 3.1, 3.2 e 3.3 do Relatório de Análise de Contratação (peças 22/23) diante do noticiado pela Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento, poderiam ser relevados, sem prejuízo das recomendações necessárias.

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM requereu o acolhimento dos ajustes, relevando-se eventuais impropriedades, ou subsidiariamente, requereu a aceitação dos efeitos jurídicos atos praticados, em nome do princípio da segurança jurídica (Peça 101) – assim pleiteado:

"(...)Assim, ainda que algumas falhas formais possam ter sido perpetuadas pela Origem, elas merecem, excepcionalmente, ser relevadas (ou, no mínimo, permitir a aceitação dos efeitos financeiros) por

este E. Tribunal, uma vez que nenhum prejuízo foi acarretado ao Erário ou ao interesse público. Tampouco foi comprovado dolo ou má-fé dos agentes públicos responsáveis.

Nunca é demais lembrar que o prejuízo não se presume; ele deve ser demonstrado concretamente, o que, data venia, não se verifica dos autos. Há que estar presente a ponderação de valores e a razoabilidade na interpretação das exigências legais diante da circunstância concreta, de tal modo que nem toda falha enseja necessariamente a declaração de irregularidade.

A apreciação do julgador deve levar em conta não apenas os aspectos formais em si, os quais, embora relevantes, passam a um segundo plano, pois o objetivo maior está em verificar se os atos praticados eram necessários, se o escopo pretendido foi atingido, se o preço pago foi correto, enfim, há que se saber se os atos praticados foram em benefício do chamado interesse público.

Não se está aqui afirmando, absolutamente, que não possa ter havido falhas – até porque esta Fazenda Municipal tem sua atuação limitada às informações trazidas pela Origem e à instrução processual, exercendo sua capacidade postulatória nestes estritos limites. O que se pede vênias para ponderar a Vossas Excelências é que: (1) não havendo prova cabal de dolo ou má fé dos agentes públicos; (2) não havendo comprovação ou mesmo apuração de eventual prejuízo ao Erário, a melhor solução para o presente caso seria a declaração de regularidade.

Ainda que assim não entendam esses Nobres Conselheiros, fato é que existem argumentos suficientes a permitir, ao menos, o reconhecimento dos efeitos jurídicos dos atos em questão. Ou seja: a recepção de tais efeitos simplesmente reconhecerá uma dada situação real fática existente, emprestando-lhe segurança jurídica, de sorte que não fiquem, a Administração Pública Municipal e a Contratada, ao desabrigo da lei, ainda que formalmente considerada." (grifos nossos)

A **Secretaria-Geral** (peças 103 e 104) destacou que das analisadas as defesas apresentadas no decorrer da instrução processual, a Auditoria considerou **superados os apontamentos 3.4** (Peça 51) e **3.7** (Peça 98) e **ratificou as demais irregularidades**.

Ademais, mencionou que o **apontamento 3.3** (não cabe à PMSP adquirir cestas básicas, mas organizar ações de voluntariado para a montagem de kits) **pode ser relevado**, já que o art. 1º, § 3º do Decreto municipal nº 59.337/2020 permite que os bens destinados ao programa Cidade Solidária possam ser adquiridos com recursos públicos ou doados.

Ao final, a Secretaria-Geral concluiu pelo não **acolhimento do Termo de Contrato nº 09/2020/SMDU**, em razão dos apontamentos remanescentes (3.1, 3.2, 3.5 e 3.6), **e do Termo Aditivo nº 08/2020/SMDU**.

Pois bem.

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.

É como voto, Sr. Presidente.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 31 de agosto de 2022.

EDUARDO TUMA
Conselheiro