ACO-UTR-1121/2024

Processo	-	TC/013470/2020
Denunciante	-	Observatório Social do Brasil São Paulo
Denunciada	-	Secretaria Municipal da Saúde
Objeto	-	Denúncia recebida pela Ouvidoria apontando supostas irregularidades relacionadas à pesquisa de preços da contratação de serviços para realização de testes laboratoriais tipo RT-PCR para detecção do Novo Coronavírus – Covid-19 em pacientes da rede municipal de saúde, decorrentes do Edital de Chamamento Público 03/2020-SMS.G (Demanda 02508202000196044)

56ª Sessão Ordinária Não Presencial

DENÚNCIA. SMS. Supostas irregularidades relacionadas à pesquisa de preços da contratação de serviços para realização de testes laboratoriais tipo RT-PCR para detecção do Novo Coronavírus - Covid-19. 1. Registrada a ausência de comprovação ou indícios de prejuízos ao erário ou acerca de eventual inexecução do objeto contratado, ressaltando o contexto de emergência e ineditismo vivenciado pela Pandemia e as legislações vigentes para o período excepcional. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

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

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da denúncia, e, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente, ressaltando a ausência de comprovação ou indícios de prejuízos ao erário ou acerca de eventual inexecução do objeto contratado, ressaltando ainda o contexto de emergência e ineditismo vivenciado pela pandemia do coronavírus e as legislações vigentes para o período excepcional, incluindo-se as disposições constantes das legislações editadas especialmente para o momento pandêmico, a exemplo da Lei Federal 13.979/2020, do Decreto Municipal 59.283/2020 e do Decreto Municipal 59.291/2020, o qual declarou estado de calamidade pública no Município de São Paulo.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao denunciante e à denunciada, nos termos do artigo 58 do RITCMSP, arquivando-se os autos após o cumprimento das formalidades legais.

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

São Paulo, 17 de julho 2024.

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

/hc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 29/08/2024 18:23:37 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 02/09/2024 10:15:41 -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 36-Pleno

TC-13.470/2020 - Denúncia
Objeto: Denúncia sobre suposta irregularidade na contratação, pela Secretaria Municipal de Saúde, de testes PCR, para o enfrentamento da pandemia decorrente da Covid-19 (Demanda Ouvidoria 02508202000196044)
Interessados: Secretaria Municipal da Saúde- SMS
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o presente de Denúncia formulada pelo Observatório Social do Brasil, por intermédio da Ouvidoria deste Tribunal de Contas, apontando potencial irregularidade na contratação, pela Secretaria Municipal de Saúde, de testes PCR, para o enfrentamento da pandemia decorrente da Covid19 (docs. 01 a 03).

Alegou, que as supostas irregularidades seriam relacionadas às pesquisas de preços na Chamada Pública 003/2020-SMS.G, realizada pela Secretaria Municipal de Saúde, tendo por objeto a prestação de serviços de realização de testes PCR, refletindo nos contratos dela decorrentes, em especial nos aditamentos ao Termo de Contrato nº 054/2020-SMS-1,formalizados com a Associação Fundo de Incentivo a Pesquisa – AFIP.

Apresentou os seguintes "questionamentos que surgem, a partir dos dados apresentados, e que são objeto da presente denúncia":

> *"1. Por que não foi atendida a recomendação da Assessoria Jurídica de se realizar nova pesquisa de preços, repetida em junho, julho e agosto?*
> *2. Por que não foi realizada a pesquisa de preços para as quantidades e prazo atual, sendo acostados, a título de pesquisa, dois contratos firmados por outros órgãos públicos e uma ata de registro de preços, também de órgão de outra unidade da federação?*
> *3. Se já existiam os documentos em que foi baseada "a pesquisa" atual em 03 de abril, anterior portanto ao processo de chamada pública, porque não foram utilizados no cálculo do valor, quando da assinatura do contrato com a Afip em 29 de abril."*

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE** entendeu pela sua admissibilidade, em nome do interesse público a ser alcançado, nos termos do Acórdão prolatado no TC 264/2015 e, no mérito, propôs o prosseguimento da instrução, com a análise técnica da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, bem como a identificação de outros procedimentos fiscalizatórios relacionados à matéria versada no presente (peça 8).

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** (peças 12 e 24), no Relatório Preliminar de Denúncia, destacou, inicialmente, o procedimento de análise do Edital da Chamada Pública 003/2020-SMS.G, em sede do TC 5729/2020 e a Representação, autuada

no TC 7981/2020, sobre os preços contratados, dos quais foram extraídos subsídios para o exame da denúncia em foco, apresentada posteriormente.

Analisando as questões formuladas pelo Denunciante, a Auditoria manifestou-se:

> **Item 2.1. Da celebração de aditamentos sem atualização da pesquisa de preços (quesito 1 da Denúncia – Peça 2, fls. 01/03).**
> Em consulta ao processo SEI verifica-se que, embora recomendada a renovação da pesquisa de mercado realizada em março de 2020, nos pareceres da SMS/AJ datados de 24.06.20, 29.07.20 e 28.08.20 (Peça 16), a Origem não efetuou a pesquisa de preço para fins de celebração dos aditivos, tampouco justificou o motivo da dispensa desse procedimento, conforme exigido no art. 4º-E, §2º da Lei Federal nº 13.979/2020.
> Ou seja, mesmo diante das evidentes e "rápidas alterações de preços relacionadas a insumos e tratamentos voltados ao combate ao coronavírus", entre os meses de abril/2020 a agosto/2020, ou seja, durante 4 meses a Origem manteve o preço inicial de R$ 203,00, apurado em março/2020.
> Conclusão: Item procedente.
> **Item 2.2. Da fragilidade da pesquisa de preços elaborada para atualização de valor referencial de mercado de testes RT-PCR (quesito 2 da Denúncia – Peça 2, fls. 01/03).**
> O novo preço de referência de R$ 137,50 (Peça 17), é resultante de pesquisa composta por apenas 3 (três) instrumentos de contratações firmados por outros entres federativos: Prefeitura de Santos – São Paulo, Prefeitura Santa Rosa – Rio Grande do Sul e Prefeitura de Santo André – São Paulo, este último excluído por não contemplar os itens de acondicionamento e transporte das amostras, restando, assim a pesquisa calcada somente em 2 referências.
> Após a realização dessa pesquisa, não houve novo Termo Aditivo ao Termo de Contrato n° 054/2020-SMS-1.
> A metodologia utilizada para definir os preços de referência para os serviços de realização de teste PCR apenas comparando "com instrumentos semelhantes firmados por outros entes federativos, não é suficiente para demonstrar a adequação dos preços praticados localmente, devendo haver aprimoramento nos procedimentos adotados."
> Conclusão: Item procedente.
> **2.3. Da existência de parâmetros não utilizados para estabelecimento do valor para assinatura do contrato com a AFIP (quesito 3 da Denúncia – Peça 2, fls. 01/03**).
> O preço contratado de R$ 203,00 (duzentos e três reais), foi definido no Chamamento Público 003/2020-SMS.G, através das pesquisas de preços realizadas em 31.03.20, registradas sob documento SEI 027624322, quando consultadas 7 empresas e obtidas apenas 3 respostas com propostas relativas ao objeto, utilizando-se a média simples entre elas para definir o preço.
> Há que se considerar, outrossim, o cenário excepcional verificado à época – março/2020, fase inicial do combate à pandemia da COVID-19, quando houve mudanças legislativas, aumento da demanda dos insumos em níveis nacionais e internacionais, variação de preços de acordo com a disponibilidade de oferta no mercado, afora as especificidades e dimensões da Cidade de São Paulo, por isso a comparação linear com contratações de locais sem características similares merece ressalvas.
> Conclusão: Item improcedente.

> Ao final a **Auditoria** consignou a conclusão de sua análise nos seguintes termos:
> *"À luz das análises efetuadas e da verificação dos processos administrativos mencionados, concluímos, em sede de análise preliminar, pela parcial procedência da denúncia, sendo:*
> • *Procedentes os itens 2.1 e 2.2;*
> • *Improcedente o item 2.3.*
> *Ademais, considerando o exposto no item 2.2, cabe reiterar a recomendação exarada em alerta do Conselheiro Relator para que a SMS faça uso das opções legais disponíveis para garantir o fornecimento de insumos essenciais no combate à pandemia de COVID-19 para a população paulistana."*

Oficiada para ciência da Denúncia e manifestação sobre as conclusões alcançadas pela Auditoria (peça 24), a Secretaria Municipal de Saúde encaminhou resposta em 01/03/2021 (peça 37), cujo teor não abordou os itens da Denúncia, sendo, em sua maioria, documentação relativa ao Edital da Chamada Pública retromencionada.

A Especializada registrou "que a manifestação prévia apresentada pela Origem à peça 37 não altera as conclusões iniciais alcançadas no Relatório Preliminar, peça 24, por não abordar aspectos relacionados aos pontos considerados procedentes" e elaborou Relatório Conclusivo, ratificando integralmente as conclusões anteriores (peça 41).

Novamente, oficiada para oferecer as devidas justificativas quanto às manifestações da Auditoria (peças 41 e 55), a Secretaria Municipal de Saúde encaminhou respostas de peças 50/51, 62/63 e 75/76, cujos argumentos apresentados foram insuficientes para alterar o entendimento da Auditoria.

Dessa forma, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle (peça 80) ratificou a conclusão pela procedência parcial da Denúncia quanto aos itens 2.1e 2.2 e improcedente no tocante ao item 2.3.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE (peça 82), em nova manifestação, desta feita quanto ao mérito, abordou a mera repetição de preço praticada nos aditamentos (item 2.1), acompanhou a Auditoria em razão do dever da Administração de realizar pesquisa de preços vigentes no mercado antes de firmar termos aditivos, especialmente em se tratando de prorrogações contratuais, tendo em mira a vantajosidade e a economicidade.

No concernente aos itens 2.2 e 2.3, devido ao seu conteúdo fático e técnico, acompanhou as respectivas análises do Relatório Conclusivo e ao final opinou pela parcial procedência da Denúncia, por entender procedentes os itens 2.1 e 2.2 e improcedente o item 2.3.

Ao tomar ciência das manifestações da SFC (peça 80) e da AJCE (peça 82), a Origem apresentou as justificativas inclusas nas peças 89/90, consideradas repetição dos argumentos já analisados, motivos pelos quais a Auditoria (peça 94) ratificou a conclusão alcançada no Relatório Conclusivo (peça 41), quanto à parcial procedência da denúncia: itens 2.1 e 2.2 procedentes e item 2.3 improcedente, além de reiterar a recomendação exarada, igual posicionamento adotado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo (peças 96/97) ao ratificar suas manifestações juntadas nas peças 8/9 e 82/83.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 99) endossou as alegações da Origem, e ressaltou não haver indicação de qual preço seria razoável, tampouco

quantificação de eventuais prejuízos, o que tornaria inexequível a decisão a ser proferida pelo Tribunal, se prevalecentes os argumentos dos pareceres da Auditoria, motivos pelos quais requereu o acolhimento do contrato em tela e a improcedência da Denúncia.

Ao manifestar-se sobre a matéria, a Secretaria Geral (peça 102/103) opinou pelo conhecimento da presente Denúncia, considerando haver jurisprudência no sentido da possibilidade de relevação de pressupostos faltantes e o interesse público a ser alcançado.

No mérito, alinhou-se com os fundamentos técnicos e jurídicos contidos nos pareceres dos Órgãos Técnicos e igualmente constatou ter a Origem confirmado a ausência de atualização do preço quando da formalização dos seis termos aditivos ao Termo de Contrato nº 054/2020-SMS, em desrespeito ao dever de zelar pela aplicação dos princípios da economicidade e vantajosidade.

Igualmente, no referente ao item 2.2, entendeu que o "preço referencial calculado em setembro de 2020 baseou-se em duas referências de preço de contratações de outros entes federativos, compatíveis ao objeto contratado e não contemplou consultas ao mercado."

Por fim, quanto ao item 2.3, devido ao caráter técnico e fático do questionamento, opinou, "na esteira dos pronunciamentos de AUD e da AJCE, pela procedência do apontamento."

É o Relatório.

VOTO

Cuida o presente de Denúncia formulada pelo Observatório Social do Brasil, por intermédio da Ouvidoria deste Tribunal de Contas, apontando potencial irregularidade na contratação, pela Secretaria Municipal de Saúde, de testes PCR, para o enfrentamento da pandemia decorrente da Covid19 (docs. 01 a 03).

O autor da denúncia, Observatório Social do Brasil é uma associação sem fins lucrativos e, de acordo o rol de finalidades e objetivos definidos no artigo 2º, da 5ª Alteração do Estatuto Social[1], de 23/08/2018, disponibilizada em seu portal, consta do inciso X, o escopo de "*contribuir, diretamente, para que haja maior transparência na gestão de recursos públicos, de acordo com o previsto (....) no artigo 37, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988*."

Dessa forma, a referida denúncia encontra sua admissibilidade nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno deste Tribunal, relevando-se a ausência de assinatura e de apresentação do estatuto social, conforme precedente invocado, o Acórdão prolatado no TC/000264/2015, bem como pode ser recebida com amparo na referida Lei nº 13.460/2017, mencionada no Memorando da Ouvidoria (peça 1).

[1] https://osbrasil.org.br/wp-content/uploads/2018/11/OSB_Estatuto-Social-5%C2%AA-altera%C3%A7%C3%A3o.pdf (pesquisa em 13/05/2022)

No tocante ao mérito, a Denúncia em julgamento tem como teor central questionamentos sobre os preços adotados pela Secretaria Municipal de Saúde na contratação de prestação de serviços de realização do exame RT-PCR para detecção do novo coronavírus 2019 (Sars-cov-2).

Antes de adentrar no mérito dos apontamentos, importa ressaltar que os achados de Auditoria (como não poderiam deixar de ser ante a natureza estritamente técnica de sua análise) não levaram em consideração todo o contexto vivido na época em que firmados os aditivos, assim como a situação excepcional em que vivia não apenas o Município de São Paulo mas o Mundo, no enfrentamento da Pandemia ocasionada pelo vírus da Covid-19.

A denúncia foca em supostas irregularidades relacionadas às pesquisas de preços nos aditamentos oriundos da Chamada Pública 003/2020-SMS.G, realizada pela Secretaria Municipal de Saúde, tendo por objeto a prestação de serviços de realização de testes PCR, refletindo nos contratos dela decorrentes, em especial nos aditamentos ao Termo de Contrato nº 054/2020-SMS-1, formalizados com a Associação Fundo de Incentivo a Pesquisa – AFIP.

Os citados aditamentos foram firmados durante o auge de todo o período da pandemia de COVID-19, a saber:

- *Nº 01/2020, de 01/06/2020 - Prorrogação do contrato pelo período de 29.05.20 a 29.06.20, pelos mesmos valor e quantidades (DOC 13/06/2020 – p.59)*
- *Nº 002/2020, de 05/06/2020 Inclusão do Hospital de Campanha Sorocabana (DOC 17/06/2020 – p.52)*
- *Nº 003/2020, de 26/06/2020 - Acréscimo de 50% (cinquenta por cento) do valor contratual, correspondente a 30.000 (trinta mil) testes, nas mesmas condições pactuadas, no valor estimado de R$ 6.090.000,00 (seis milhões noventa mil reais) (DOC 04/07/2020 – p.114).*
- *Nº 004/2020, de 29/06/2020 Prorrogação do contrato pelo período de 29.06.20 a 29.07.20, pelos mesmos valor e quantidades (DOC 10/07/2020 – p.66).*
- *Nº 005/2020, de 31/07/2020 Prorrogação do contrato pelo período de 29.07.20 a 29.08.20, pelos mesmos valor e quantidades (DOC 26/08/2020 – p.74)*
- *Nº 006/2020, de 31/08/2020 Prorrogação do contrato pelo período de 29.08.20 a 29.09.20, com inclusão de cláusula resolutiva, pelos mesmos valor e quantidades (DOC 19/09/2020 – p. 151)*

Com isso, a continuidade da prestação de serviços de realização de testes PCR, fornecidos pela Associação Fundo de Incentivo a Pesquisa – AFIP, não teve sua descontinuidade em período crítico de emergência pública de saúde.

Sobre as justificativas apresentadas pela Origem, em que pese o entendimento da Auditoria, entendo que o contexto no qual foram feitos os aditamentos, visando a continuidade de item essencial a detecção dos infectados pela COVID-19, somado à necessidade de urgência na tomada de decisão pelos gestores, diante das diversas notícias de mortes por escassez de leitos, oxigênio, medicamentos, insumos básicos e kits de intubação nas unidades de saúde por todo o país, causado pelo aumento exponencial da demanda, além de inquéritos que estavam sendo instaurados pelo MP para apurar

omissões dos Poderes Públicos, são fatos relevantes que devem ser levados em consideração por este Colegiado, na análise dos referidos apontamentos.

Nesse sentido, cite-se o §1º do art. 22 da LINDB que determina a necessidade de consideração das circunstâncias práticas que pudessem interferir, de alguma forma na atuação do agente público, quando da decisão sobre a regularidade do ato/contrato público, in verbis:

> *"Art. 22*
> *§ 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".*

Com efeito, imperioso observar que a contextualidade fática em que a contratação ocorreu, reportando-me ao escólio de Alexandre Belmonte, Luciano Martinez e Ney Maranhão, que se faz perfeitamente pertinente ao caso em tela, de que "em tempos excepcionais, a interpretação é de exceção".[2]

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

A ideia geral é a de que a atenção do intérprete deve estar ligada não apenas ao ordenamento jurídico, mas também (e sobretudo) ao problema, caso ou conflito concreto sob análise, que pode conter elementos não previstos (ou não previsíveis) pelo legislador. Busca-se o refinamento da argumentação jurídica no campo do direito público.

In casu, as ocorrências noticiadas estão intimamente interligadas à crise pandêmica que ocasionou a adoção de medidas excepcionais e anômalas, tal como a testagem do maior número possível de pessoas com intuito de frear a propagação da doença (COVID-19), medida esta recomendada pela Organização Mundial de Saúde.

Ademais, importa enfatizar que, a despeito do caput do artigo 22 se referir à tarefa interpretativa das normas sobre gestão pública, para este Tribunal de Contas, a sua maior relevância está no § 1º, segundo o qual, cabe ao julgador, ao observar e avaliar os atos de gestão, considerar as dificuldades reais do gestor, as exigências das políticas públicas, sem descurar dos direitos dos administrados.

Em outras palavras e ainda de acordo com a Lei, esta Corte de Contas, no exercício constitucional de analisar, fiscalizar e julgar a regularidade e a validade de atos/contratos de gestão, não pode ignorar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes envolvidos na questão, bem como as dificuldades do local onde ela foi desenvolvida, com suas peculiaridades e variações.

Os efeitos na economia, na vida normal, nos setores da saúde, educação e serviço funerário foram os mais afetados, sendo que todos estes integram o rol de serviços indispensáveis e que não podem sofrer solução de continuidade sob pena de colocar em

[2] BELMONTE, Alexandre Agra. II. MARTINEZ, Luciano. III. MARANHÃO, Ney. *O Direito do Trabalho na crise da COVID-19*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p.77.

cheque a missão constitucional e o dever da administração pública em garantir o mínimo, com dignidade para a pessoa humana, por todos os meios disponíveis.

Destaque-se as decisões do Tribunal de Contas da União – TCU, proferida nos TCs nº 014.575/2020-5 e nº 016.708/2020-2 do Tribunal de Contas da União ("TCU"), que avaliaram de forma sistêmica os problemas identificados na gestão da pandemia e buscaram imprimir um controle pedagógico e prospectivo. Na visão de Benjamin Zymler, Francisco Alves e Thais Fernandes:[3]

> *"[...] A grande lição que a pandemia nos ofereceu, dentro do universo do direito administrativo, foi a importância de se flexibilizarem e se adaptarem seus institutos, a partir de mudanças bruscas nos cenários em que a norma incidirá. Nesse sentido, o novo regime extraordinário de licitações e contratações parece ter sido uma resposta legislativa adequada ao grave contexto que se apresentou diante de nós.*
>
> *[...] De todo o exposto, é possível afirmar que os Tribunais de Contas têm um espaço ampliado e legítimo para agir preventivamente ou de modo concomitante, no direcionamento de políticas públicas para a obtenção de resultados. Se não houve o sucesso esperado na questão do enfrentamento da pandemia, não se pode jogar fora o caminho que foi trilhado nos processos de acompanhamento autuados pelo Tribunal e na consulta comentada anteriormente. Conforme exposto, o TCU procurou agir mediante recomendações e determinações e exercer o seu papel pedagógico e orientativo. Os Tribunais de Contas devem, portanto, investir nesse campo de atuação. [...].".*

Outrossim este também foi o caminho adotado pelos Tribunais Estaduais durante a pandemia, conforme demonstra o Excerto abaixo:

> *"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)*

Ademais, no contexto de pandemia, registre-se que 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*

[3] ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia; FERNANDES, Thais da Matta Machado. A atuação do tribunal de contas da união em face das mudanças estruturais provocadas pela pandemia. In: LIMA, Edilberto Carlos Pontes (Coord.). Os Tribunais de Contas, a pandemia e o futuro do controle. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 121-149. ISBN 978-65-5518-282-8. (pgs. 146 e 147)

do sistema sanitário, bem como a efetividade judicial e a celeridade no cumprimento da decisão."

Por fim, e ainda que não exista vasto arcabouço de julgados neste Egrégio Tribunal acerca da temática, mister se faz ressaltar Voto deste Conselheiro no âmbito do TC 9353/2020, acompanhado por unanimidade, que ora transcrevo:

> *"Neste caso, não obstante os apontamentos de nossos ilustres Órgãos Técnicos, deve se ponderar excepcionalmente a importância do serviço licitado e as dificuldades do gestor público durante a pandemia do vírus Covid-19.*
> *(...)*
> *Conforme aponta a procuradoria da Fazenda Municipal é ponto incontroverso nos autos que o serviço contratado revestia-se da mais alta importância, uma vez que restou comprovada "a urgência e necessidade imediata ação do poder público, em cooperação com a sociedade civil, para promover de forma célere ajuda humanitária emergencial a pessoas com alto grau de vulnerabilidade, agravada pela situação de emergência e pelo estado de calamidade pública decretado no país".*
> *Nesse contexto, imperioso observar o disposto no art. 22, caput e § 1º da LINDB.*
> *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 Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria-Geral, em destaque para a afirmação da Procuradoria da Fazenda Municipal de que "nenhum prejuízo foi acarretado ao Erário ou ao interesse público" e "tampouco foi comprovado dolo ou má-fé dos agentes públicos responsáveis" ACOLHO EXCEPCIONALMENTE o Contrato nº 09/2020/SMDU e o Termo Aditivo nº 08/2020/SMDU."*

Ex positis, entendo que as defesas encartadas na instrução destes autos merecem ser consideradas com a finalidade de assegurar o efetivo contraditório, com amparo no disposto no art. 7º do Código de Processo Civil, estando justificados os apontamentos de Auditoria, não apenas pela legislação excepcional vigente, mas, especialmente, em razão das circunstancias excepcionais do período e do contexto vivenciado.

Dito isso, passemos ao mérito dos apontamentos.

Quando dos termos de aditamento firmados ao Contrato, nota-se algumas peculiaridades como nos TA's 01, 04, 05 e 06, todos referentes a prorrogação de prazo.

O contrato nº 054/2020/SMS encontrava-se vigente e havia sido firmado em março de 2020. Já os citados aditivos foram firmados para prorrogar as vigências dos meses de junho, julho, agosto e setembro, todos do ano de 2020, sendo bastante razoável que diante da extrema urgência e necessidade enfrentada, alguns aspectos sejam relevados.

Assim, entendo que a Origem demonstrou ter seguido os procedimentos mínimos para garantir a economicidade, vantajosidade e impessoalidade das contratações públicas, sempre dentro do contexto de extrema excepcionalidade e urgência ocasionado pela Pandemia do Coronavirus cuja legislação excepcional para o período também eximiu o Agente Público de procedimentos formais – ainda que relevantes – em prol de bem maior: a vida.

Nesse contexto encontram-se as compras emergenciais para atendimento durante a situação de calamidade pública, vivenciada inclusive com escassez de serviços,

produtos e funcionários e extrema oscilação de preços no mercado, que variavam diariamente, não sendo possível para a Administração Pública realizar todo mês seguido, como no caso dos autos, pesquisa de preço a fim de justificar os aditamentos realizados.

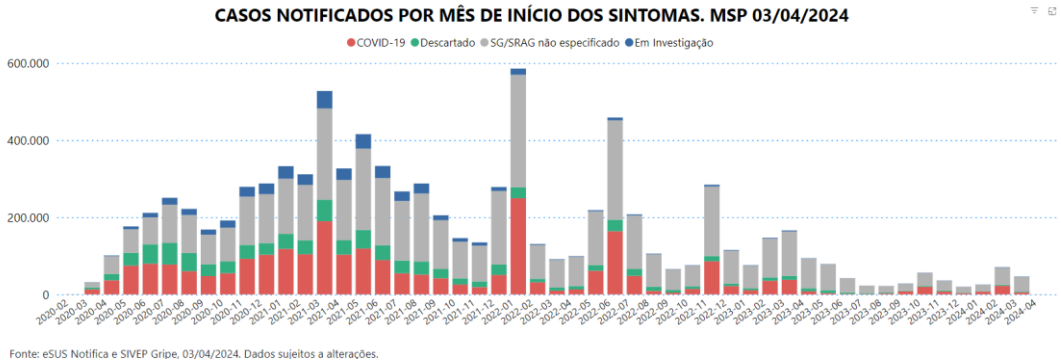
Assim, aceitável a justificativa da Origem no sentido das "*dificuldades enfrentadas na renovação das pesquisas de mercado*" ou "*as justificativas de dispensa da estimativa de preços*", e, *"no que tange à metadologia utilizada para definir os preços de referência, destacamos que foram observados os parâmetros permitidos no Decreto Municipal nº 44.279/2003: no início do Chamamento Público, consulta direta ao mercado; e na prorrogação submetida à análise desta Diretoria, instrumentos de ajustes celebrados por outros órgãos públicos. Além disso, fora informado em SEI nº 033778093 que houve consulta perante vários órgãos, entidades, Banco de Preços em Saúde, BEC; porém, por se tratar de objeto muito complexo, o retorno não foi exitoso."*

Nessa senda e, conforme comprovado nos autos, a SMS entendeu ao firmar os aditivos, mantendo-se os preços originalmente contratados, diante de todas as circunstâncias e dificuldades vivenciadas pelos Gestores Públicos que zelavam pela saúde e vida das pessoas acometidas pelo coronavirus, relevar no caso concreto de forma excepcional que a SMS não tenha logrado êxito em apresentar pesquisa de preços mensais para afastar e sanar por completo o apontamento de Auditoria.

No tocante aos aditivos nºs 02 e 03, também entendo por bem relevar os apontamentos quanto a ausência de pesquisa de preço, pelas mesmas razões expostas acima, acrescentando que os objetos foram a inclusão do acréscimo do Hospital de Campanha Sorocabana (DOC 17/06/2020 – p.52) e acréscimo de 50% (cinquenta por cento) do valor contratual, correspondente a 30.000 (trinta mil) testes, nas mesmas condições pactuadas.

Não há como deixar de se levar em consideração a situação de emergência vivida em razão da pandemia de COVID-19 e seus reflexos na Administração.

Trago o gráfico extraído do sitio eletrônico da Secretaria Municipal de Saúde que mostra os casos notificados por mês de início dos sintomas e demonstra a necessidade da realização dos testes na população da Cidade de São Paulo.



Fonte: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/doencas_e_agravos/coronavirus/index.php?p=310771, consultado em 08/04/2024.

A testagem em massa era o recomendado por autoridades sanitárias mundiais e o contexto enfrentado pela SMS diante do aumento constante da demanda por testes de COVID-19 na população da Cidade de São Paulo, a realização dos testes poderia enfrentar paralisia momentânea, o que causaria danos irreversíveis aos munícipes.

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

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

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

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

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

A corroborar o entendimento, destaco trecho do artigo de Fernando B. Meneguin e Amanda Flávio de Oliveira[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.*

[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.

> *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."*

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

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

Diante de todo o exposto, entendo que os apontamentos de Auditoria, devem ser considerados dentro do momento excepcional vivenciado àquela época, incluindo-se as disposições constantes das legislações editadas especialmente para o momento pandêmico a exemplo da Lei Federal n°13.979/2020, do Decreto Municipal n° 59.283/2020, e do Decreto Municipal n° 59.291/2020, o qual declarou estado de calamidade pública no Município de São Paulo, sendo nesse contexto que se deram os aditamentos e **CONHEÇO da denúncia e quanto ao mérito, JULGO-A IMPROCEDENTE pelos fundamentos e razões expostas.**

Registro a ausência de comprovação ou indícios de prejuízos ao erário ou acerca de eventual inexecução do objeto contratado, ressaltando o contexto de emergência e ineditismo vivenciado pela Pandemia do Coronavirus e as legislações vigentes para o período excepcional.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 05/08/2024 15:38:56 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo