

IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO

PROCESSO TCE-PE N° 20100095-7

RELATOR: CONSELHEIRO CARLOS NEVES

MODALIDADE - TIPO: Auditoria Especial - Conformidade

EXERCÍCIO: 2020

UNIDADE JURISDICIONADA: Secretaria de Saúde do Recife

INTERESSADOS:

BRASMED VETERINARIA

RAFAEL GOMES PIMENTEL (OAB 30989-PE)

FELIPE SOARES BITTENCOURT

FERNANDA EMANUELE ARANTES CASTRO DA SILVA

Jailson de Barros Correia

MARIAH SIMOES DA MOTA LOUREIRO AMORIM BRAVO

EMENTA

CALAMIDADE PÚBLICA. URGÊNCIA EPIDEMIOLÓGICA. FONTE DE RECURSOS. LEGISLAÇÃO PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO NA CONTINUIDADE DO CONTRATO.

1. Despesa processada com recursos repassados pelo Tesouro Municipal para aplicação nas ações e serviços de saúde submete-se ao controle externo do TCE-PE;
2. A legislação provisória editada especialmente para o enfrentamento de estado de calamidade pública prevalece sobre a legislação ordinária, devendo esta ser aplicada apenas subsidiariamente naquilo em que o direito provisório for omissivo;
3. O regramento excepcional tem por fim conferir celeridade às medidas administrativas voltadas ao combate da situação de crise sanitária nacional, não se coadunando com tal finalidade reputá-las inquinadas de vícios por ausência de

formalidade que não comprometa a licitude da contratação;

4. O distrato se revela possível quando inexistir interesse público na continuidade da avença e é conveniente para a Administração a extinção do contrato com a recomposição do erário.

DESCRIÇÃO DO OBJETO

Avaliar a regularidade dos processos de Dispensa de Licitação nº 108/2020 e nº 129/2020 #COVID-19

RELATÓRIO DO VOTO

Trata-se de auditoria especial realizada na Secretaria de Saúde do Recife - SESAU, relativa ao exercício de 2020, tendo por objetivo “avaliar, de acordo com a legislação aplicável, a regularidade da aquisição de 500 (quinhentos) ventiladores pulmonares adulto e pediátrico, no âmbito dos Processos de Dispensa de Licitação nº 108/2020 e nº 129/2020, da Secretaria de Saúde do Recife”.

Por meio da Dispensa nº 108/2020, de 04/04/2020, a SESAU procedeu à compra de 200 (duzentos) ventiladores pulmonares adulto e pediátrico, com adição de mais 100 (cem), por termo aditivo, somando R\$ 6.450.000,00. Na Dispensa nº 129/2020, de 14/04/2020, foram adquiridos 200 (duzentos) ventiladores pulmonares adulto e pediátrico por R\$ 5.100.000,00.

As considerações gerais sobre os processos de aquisição dos referidos equipamentos médico-hospitalares estão refletidas nos checklists que se encontram nos Apêndices 1 e 2 do relatório de auditoria, tópicos “Lista de Observações” e “Análise da Matriz de Risco da Dispensa de Licitação”.

O relatório de auditoria registra os achados de fiscalização além de contemplar a análise dos indícios de irregularidades apontados na Representação Interna MPCO nº 009/2020 (PETCE nº 14084/2020), de 23/04/2020 (doc. 4, p. 1-14); no Primeiro Termo Aditivo à Representação Interna nº 009/2020 MPCO, de 29/04/2020 (doc. 4, p. 15-32) e no Segundo Termo Aditivo à Representação Interna nº 009/2020 MPCO, de 10/05/2020 (doc. 4, p. 33-73).

A auditoria agrupou os indícios de irregularidade com objetos similares para o fim de analisá-los conjuntamente, conforme o “Quadro 2”, abaixo reproduzido:

Quadro 2 - Agrupamento dos indícios de irregularidade contidos na Representação Interna nº 009/2020 MPCO e em seus 2 (dois) termos aditivos para análise conjunta pela equipe de auditoria.

ANÁLISE	DOC.	INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE
nº 01	RI	<p>I - ramo veterinário não de sofisticados equipamentos médicos como respiradores</p> <p>II – capital social irrisório</p> <p>III – violação do limite de faturamento do MEI</p> <p>IV – objeto social incompatível com a venda de respiradores</p> <p>V – ausência de certidão negativa da Receita Federal</p> <p>VI – a empresária segundo a Justiça Federal estava em lugar incerto e não sabido</p>
	2º TA	<p>Ponto 2 – Erro crasso no cadastro da empresa como MEI</p> <p>Ponto 3 – Falsa redação de documento apresentado pela empresa datado de 25 de abril</p> <p>Ponto 4 – Alegada suposta “representação” de outras empresas sem menção nos processos administrativos de dispensa emergencial da Prefeitura do Recife</p> <p>Ponto 5 - As empresas BIOEX e BRMD também não possuem qualquer experiência anterior conhecida com a fabricação de respiradores</p> <p>Ponto 6 – Irregularidade cadastral para a venda de 500 respiradores de uma vez</p> <p>Ponto 7 – Persistência da irregularidade na certidão negativa da Receita Federal</p> <p>Ponto 8 – Impossibilidade de mudança automática por faturamento de MEI</p> <p>Ponto 9 – Precariedade das instalações apontadas por JUVANETE como “fábrica” dos sofisticados respiradores</p>

		Ponto 10 - A empresa que vendeu 500 respiradores tem endereço numa caixa postal
nº 02	1º TA	<p>Ponto 1 – Pagos à micro empreendedora individual R\$ 1 milhão da conta-corrente do Fundo Municipal de Saúde</p> <p>Ponto 2 – As notas de empenho originais colocavam a despesa de R\$ 1 milhão no Fundo Municipal de Saúde e SUS</p> <p>Ponto 3 – Mudanças repentinas e não fundamentadas da fonte de recursos nos empenhos destinados à JUVANETE</p> <p>Ponto 4 – Mudança da fonte de recursos apenas após o MPCO dar início a apuração da compra emergencial com a empresa JUVANETE</p> <p>Ponto 5 – Ato posterior no Diário Oficial para alterar a natureza dos recursos transferidos à conta-corrente da empresa JUVANETE</p>
nº 03	2º TA	Ponto 1 – Possíveis ligações do procurador de JUVANETE com o grupo empresarial CASA DE FARINHA

Fonte: autoria própria, a partir do conteúdo da Representação Interna nº 009/2020 MPCO (PETCE nº 14084 /2020), de 23/04/2020 (doc. 4, p. 1-14); do Primeiro Termo Aditivo à Representação Interna nº 009/2020 MPCO, de 29/04/2020 (doc. 4, p. 15-32); e do Segundo Termo Aditivo à Representação Interna nº 009/2020 MPCO, de 10/05/2020 (doc. 4, p. 33-73).

O relatório de auditoria apresenta as análises de nºs 02 e 03, no Capítulo 1 – Introdução. No Capítulo 2 - Achados de Fiscalização - apresenta-se a análise nº 01, convertida na irregularidade 2.1.1 (achado A1.1), além de outros achados de auditoria.

O presente voto segue a sequência em que as análises realizadas pela auditoria se encontram apresentadas no relatório técnico:

CAPÍTULO 1: INTRODUÇÃO

Análise nº 02

O objeto desta análise inclui os Pontos 1 a 5 do Primeiro Termo Aditivo à Representação Interna nº 009/2020 MPCO, de 29/04/2020 (doc. 4, p. 15-32), conforme Quadro 2, acima.

Em síntese, a equipe registra que:

- Não há caracterização de tentativa, por parte da Secretaria de Saúde do Recife, de alterar retroativamente a fonte dos recursos utilizados para o pagamento materializado no documento DOC ou TED Eletrônico de Pagamento, 01/04/2020 (doc. 1, p. 44), no valor de R\$ 1.075.000,00 referente a 50 (cinquenta) ventiladores pulmonares, pois a Nota de Anulação do Empenho nº 2020.01957, de 20/04/2020 (doc. 1, p. 46), que altera a fonte de recursos de 114 (“SAÚDE - LIMITE CONSTITUCIONAL”) para 108 (“OPERAÇÕES DE CRÉDITO - FINISA”), refere-se apenas à parcela do objeto não executada, ou seja, R\$ 3.225.000,00 dos R\$ 4.300.00,00 (ou 150 dos 200 ventiladores pulmonares).

- A conta debitada é a do Fundo Municipal de Saúde - Banco nº 001, Agência nº 3234, Conta Corrente nº 105836-3 - conforme DOC ou TED Eletrônico de Pagamento, de 01/04/2020 (doc. 1, p. 44).

- Por meio de consulta ao Sistema de Execução Orçamentária e Financeira da Prefeitura do Recife (SOFIN), obteve-se o documento Relatório de Movimentação Bancária do Fundo Municipal de Saúde - Abril/2020, no qual se constatou o pagamento de empenho, em 01/04/2020, no valor de R\$ 1.075.000,00

- No âmbito do Processo de Dispensa de Licitação nº 129/2020 (doc. 2), observou-se procedimento similar de alteração da fonte de recursos, conforme documentos a seguir:

- Nota de Empenho nº 2020.02168, de 06/04/2020 (doc. 2, p. 29), no valor de R\$ 5.100.000,00, na fonte 114;

- Nota de Anulação do Empenho nº 2020.02168, de 20/04/2020 (doc. 2, p. 34), no valor de R\$ 5.100.000,00, com alteração da fonte de 114 para 108; e

- Nota de Empenho nº 2020.02491, de 22/04/2020 (doc. 2, p. 37), no valor de R\$ 5.100.000,00, na fonte 108.

- Diante da ausência de execução contratual após as referidas alterações de fontes de recursos (de 114 para 108), em 20/04/2020, e das rescisões contratuais publicadas em 23/05/2020, a equipe deste TCE opina que a avaliação da regularidade das referidas alterações de fontes por parte da Secretaria de Saúde do Recife, no escopo da presente auditoria, “perde força devido à impossibilidade de aplicação e, conseqüentemente, de fiscalização desses recursos (fonte 108), no âmbito das Dispensas de Licitação nº 108/2020 e nº 129/2020”.

- Tendo em vista a materialidade dos valores envolvidos no Decreto Municipal nº 33.643/2020, que abre crédito suplementar de R\$ 25.000.000,00 ao orçamento

do Fundo Municipal de Saúde (FMS), da Secretaria de Saúde do Recife, com recursos não previstos na Lei Orçamentária em vigor, provenientes de operações de crédito contratuais no mercado externo, propõe-se a solicitação de análise técnica, pela Gerência de Contas de Governos Municipais (GEGM), acerca da legalidade e da economicidade do referido Decreto Municipal.

Análise nº 03

Nesta análise, foi verificado pela auditoria o Ponto 1 do Segundo Termo Aditivo à Representação Interna do MPCO, de 10/05/2020 (doc. 4, p. 34-36) no qual se aponta possível ligação do procurador de Juvanete Barreto Freire com o grupo empresarial Casa de Farinha, nesses termos:

- Juvanete Barreto Freire (CPF nº 574.324.497-91) constitui como procurador Adriano César de Lima Cabral (CPF nº 375.529.704-30);
- Adriano César de Lima Cabral declara o mesmo endereço residencial de Maria do Carmo Cancio de Godoy (CPF nº ***.235.734-**);
- Maria do Carmo Cancio de Godoy é irmã de José Tadeu Cancio de Godoy (CPF nº ***.722.114-**); e
- José Tadeu Cancio de Godoy possui registro em 3 (três) irregularidades com a Casa de Farinha, em relatório de auditoria do TCE-PE, no âmbito do Processo TC nº 1401829-9.

O relatório registra que a procuração particular da Sra. Juvanete Barreto Freire, de 30/03/2020 (doc. 1, p. 65) é o documento comprobatório da constituição do Sr. Adriano César de Lima Cabral como seu procurador.

No tocante ao Sr. José Tadeu Cancio de Godoy, reproduz (fl.17) “consulta realizada ao Sistema Tome Conta – Auditoria corroborando, os registros de irregularidade com a Casa de Farinha”, propondo o encaminhamento do Relatório de Auditoria às autoridades competentes.

CAPÍTULO 2: ACHADOS DE FISCALIZAÇÃO

O relatório técnico prossegue com o Capítulo 2 - “Achados de Fiscalização” (no qual foram inseridos os pontos da Análise nº 01, do Quadro 2, além das diligências próprias realizadas pela equipe de auditoria). Neste capítulo foram expostos os seguintes achados:

2.1.1. Irregularidade no processo de habilitação e na contratação da empresa Juvanete Barreto Freire

A equipe registra que das análises e diligências realizadas concluiu pela irregularidade na habilitação e, conseqüentemente, na contratação da empresa JUVANTE BARRETO FREIRE, no âmbito das Dispensas de Licitação nº 108 /2020 e nº 129/2020, notadamente no que se refere à habilitação jurídica, à qualificação técnica e à qualificação econômico-financeira.

Aponta-se que a Secretaria de Saúde do Recife teria assumido o risco de contratar fornecedor sem capacidade operacional para executar o objeto dos contratos levando-a a rescindi-los, consoante publicado no Diário Oficial do Município em 23/05/2020 (figuras 1 e 2 do relatório).

Destaca-se que, até o distrato, apenas 50 dos 500 ventiladores haviam sido liquidados, o que corresponde a 10% da execução contratual.

Indica-se que a exceção contida no art. 4º-F da Lei Federal nº 13.979/2020, permitindo a autoridade competente dispensar o cumprimento de requisitos de habilitação, não se aplica ao caso concreto por ausência das condições impostas pelo dispositivo: a) não há justificativa da autoridade competente, nos autos dos Processos de Dispensa, para a escusa do cumprimento, por parte da contratada, de requisitos de habilitação e b) não se comprovou a restrição de fornecedores, já que se juntou aos autos dos referidos processos cotação de mais dois fornecedores - Dispositivos & Inovação Hospitalar (doc. p. 88-90) e Gilpus para a BrasMundi, de 30/03/2020 (doc. 1, p. 91).

Assim, a auditoria entende que os requisitos de habilitação, contidos no art. 27 a 32 da Lei Federal nº 8.666/1993, encontravam-se plenamente aplicáveis ao caso concreto.

No tocante ao item V do Quadro 2 (“ausência de certidão negativa da Receita Federal”) e ao Ponto 7 (“Persistência da irregularidade na certidão negativa da Receita Federal”) suscitados pelo MPCO, a auditoria menciona que se confirmou a autenticidade (Código de Controle de Certidão nº 9347.AE48.2EDB.5A55) da Certidão Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União (doc. 1, p. 63, e doc. 2, p. 21), da JUVANETE BARRETO FREIRE (CNPJ nº 35.177.684/0001-86), por meio de consultas, conforme ANEXO 3 do relatório.

O relatório detalha as falhas encontradas na habilitação, apontando, em síntese, o seguinte:

a) Habilitação jurídica

Ressalta-se a existência das empresas JUVANETE BARRETO FREIRE 57432449791, (CNPJ nº 35.068.474/0001-50) e JUVANETE BARRETO FREIRE 57432449791 (CNPJ nº 35.177.684/0001-86). A primeira possui data de abertura em 03/10/2019 e situação cadastral “BAIXADA” em 04/10/2019 e a segunda possui data de abertura em 14/10/2019 e situação cadastral “ATIVA” sendo essa a contratada no âmbito das Dispensas de Licitação nº 108/2020 e nº 129/2020, conforme os respectivos contratos.

Registra-se que o Certificado da Condição de Microempreendedor Individual contido nos autos dos processos das dispensas de licitação, refere-se à empresa sob o CNPJ nº 35.068.474/0001-50 (situação cadastral “baixada”), em que pese a autenticidade do referido documento ter sido constatada no Portal do Empreendedor. Salienta-se que esse é o único registro associado ao CPF da empresária

Assim, não haveria a comprovação da regularidade da JUVANETE BARRETO FREIRE (CNPJ nº 35.177.684/0001-86) como Microempreendedor Individual, embora a mesma expressamente o declare, conforme Ofício de 25/04/2020 (doc. 3, p. 19-20).

Acrescenta que não se identificou nos autos dos processos, o documento de habilitação jurídica de registro comercial da empresa individual, exigido no art. 28, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/1993. Informa-se que, ao consultar a empresa na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), em 25/05/2020 (ANEXO 1), não se obteve registro da alegada solicitação de alteração cadastral junto à JUCESP, em fevereiro/2020, tampouco há prova documental desta medida.

b) Qualificação técnica

A auditoria aponta a inaptidão da JUVANETE BARRETO FREIRE para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, bem como a inadequação e a indisponibilidade de pessoal técnico para a realização do referido objeto.

O relatório registra que o Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (doc. 1, p. 61) indica que a atividade econômica principal da empresa é o “Comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação” (código nº 47.89-0-04) e que uma de suas duas atividades econômicas secundárias é o “Comércio varejista de artigos de colchoaria” (código nº 47.54-7-02), destacando que essas atividades são incompatíveis com o objeto e o valor das dispensas de licitação.

Acrescenta que a atividade econômica secundária restante - “Comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos” (código nº 47.73-3-00), contida no referido Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral, também é incompatível com o objeto das dispensas, porquanto se verificou das notas explicativas da referida atividade, na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE) do IBGE, que o comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos compreende muletas,

cadeiras de rodas, aparelhos auditivos, termômetros, kits diagnósticos, nebulizadores, vaporizadores, aparelhos de pressão e outros similares os quais não possuiriam o nível de complexidade de equipamentos médico-hospitalares como ventiladores pulmonares.

Ressalta que não consta dos autos o cumprimento, pela empresa, da exigência contida na Cláusula Primeira dos contratos celebrados de que os ventiladores fornecidos possuam “Registro do produto junto a ANVISA ou protocolo de dispensa do registro, conforme aplicável pelas regulamentações da ANVISA”.

No tocante ao Ofício da Juvanete Barreto Freire, de 25/04/2020 (doc. 3, p. 19-20), informando que a empresa contratada (CNPJ nº 35.177.684/0001-86) foi constituída como “empresa de auxílio e suporte nas vendas para as empresas BIOEX EQUIPAMENTOS MEDICOS E ODONTOLOGICOS LTDA, CNPJ 08.982.275/0001-80; BRMD PRODUTOS CIRURGICOS EIRELI, CNPJ 25.340.882/0001-65”, o relatório ressalta que consultada a ANVISA em relação às 3 (três) empresas, não se identificou o registro do referido produto (ANEXO 2). Acrescenta que consta de Parecer Técnico da Secretaria de Saúde do Recife, de 22/05/2020, que “a empresa até o presente momento não comprovou a homologação da Anvisa” (doc. 3, p. 57).

Registra-se que, posteriormente ao distrato, houve nota técnica daquela agência, datada de 03/06/2020, na qual se concluiu que “o produto não tem o registro da ANVISA e, portanto, não tem autorização para sua fabricação e comercialização no país, e não pode ser utilizado em humanos”.

Acerca da inadequação e da indisponibilidade de pessoal técnico, o relatório aponta a Declaração da Juvanete Barreto Freire, de 02/04/2020 (doc. 1, p. 67), na qual se alega que não possui empregados e que o serviço é prestado pessoalmente pelo titular ou sócio.

c) Qualificação econômico-financeira

A equipe deste TCE reporta a ausência de documentos de qualificação econômico-financeira da JUVANETE BARRETO FREIRE, já que não se identificaram garantias concedidas ao contrato (caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária) nem exigência de capital mínimo (ou patrimônio líquido mínimo), as quais seriam cabíveis, porquanto se trataria de compra para entrega futura, uma vez que a cláusula quarta, inciso XIV, dos contratos, estabelece prazo de entrega a partir de datas posteriores às respectivas assinaturas.

Acrescentam que “a JUVANETE BARRETO FREIRE tem natureza jurídica de empresário individual com porte de microempresa, presumindo-se que sua receita bruta, no ano-calendário anterior, foi igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (art. 3º, inciso I, da Lei nº 123/2006). Alternativamente, caso a empresa possua registro como Microempreendedor Individual, presume-se que a referida receita foi igual ou inferior a R\$ 81.000,00 (art. 18-A, § 1º, da Lei nº 123/2006). Em ambos os

casos, há indícios de que a empresa possui porte econômico-financeiro modesto para firmar contratos no valor total de R\$ 11.550.000,00, o que exigiria prudência e cautela por parte da Administração”.

A auditoria assevera que o critério de escolha dos fornecedores adotado pela SESAU não considerou a avaliação das condições de habilitação já que o Relatório Descritivo da Razão da Escolha do Fornecedor (doc. 1, p 83-87, ou doc. 2, p. 59-63), registra sistemática de contratar o maior número de fornecedores possíveis e adquirir o máximo do quantitativo informado por cada um deles.

Destaca que, por meio do Ofício n.º 372/2020-GAB/SESAU, de 18/05/2020 (doc. 3, p. 5-20), enviado em resposta ao Ofício TCE/GECC-AL-PI-SAÚDE n.º 002/2020, de 13/05/2020 (doc. 3, p. 2-3), a contratada demandou a dilação do prazo de entrega, em decorrência de dificuldades operacionais na produção dos ventiladores pulmonares.

2.1.2. Irregularidade no pagamento antecipado em favor da Juvanete Barreto Freire

O relatório aponta indícios de que houve, no âmbito da Secretaria de Saúde do Recife, (a) atesto de recebimento provisório de 15 (quinze) ventiladores pulmonares que não foram recebidos de fato, acarretando o pagamento antecipado, irregular, de R\$ 322.500,00, em favor da JUVANETE BARRETO FREIRE e (b) ausência de recebimento definitivo de 50 (cinquenta) ventiladores pulmonares o que possibilitou o pagamento antecipado irregular de R\$ 1.075.000,00 em favor da JUVANETE BARRETO FREIRE.

Afirma-se que, nos autos do Processo de Dispensa n.º 108/2020, há o documento auxiliar de nota fiscal eletrônica (DANFE) n.º 001390, de 31/03/2020 (doc. 1, p. 33), com atesto de recebimento pela Gerente de Conservação de Rede, referente a ventiladores pulmonares, ao preço unitário de R\$ 21.500,00, no valor total de R\$ 1.075.000,00, constando, também, a autorização da despesa pela Gerente-Geral de Finanças, conforme ordem de pagamento contida na nota de subempenho n.º 2020.01957-001, de 01/04/2020 (doc. 1, p. 26) além do DOC ou TED eletrônico de pagamento, de 01/04/2020 (doc. 1, p. 44), transação efetuada pelo Diretor Executivo de Administração e Finanças e assinada pela Gerente-Geral de Finanças.

Acrescenta-se que, em face da rescisão contratual, solicitou-se o termo de devolução e os termos de aceite provisório e definitivo dos 50 ventiladores pulmonares, sendo apresentado pelo Secretário de Saúde o termo de devolução - protocolo de entrega - de 22/05/2020 (doc. 3, p. 90, 92 e 93) de apenas 35 (trinta e cinco) ventiladores pulmonares e informado que o aceite provisório consta nas notas fiscais dos 35 (trinta e cinco) ventiladores pulmonares recebidos pela

Gerente de Unidade Logística da Secretaria de Saúde, (doc. 3, p. 36). Destaca-se da resposta oferecida que o aceite definitivo não ocorrera devido à ausência de homologação da ANVISA.

A auditoria destaca que a Cláusula Sexta, § 2º, alínea "a", do Contrato nº 4801.01.18.2020, prevê o recebimento provisório dos produtos mediante 'Termo de Aceite Provisório'. Destaca que, caso houvesse sido elaborado referido termo para o recebimento dos produtos contidos no DANFE nº 001390, a ausência de 15 ventiladores pulmonares poderia ter sido identificada. Contudo, observou-se que a agente da Administração limitou-se a elaborar mero recibo / atesto de recebimento na DANFE.

Registra que, nos termos da informação prestada pelo Secretário de Saúde, não houve o aceite definitivo dos 35 ventiladores pulmonares devolvidos, o que, à luz da Cláusula Nona, caput, do Contrato nº 4801.01.18.2020, torna irregular o pagamento antecipado de R\$ 1.075.000,00 em favor da JUVANETE BARRETO FREIRE.

2.1.3. Indícios de irregularidade na rescisão contratual com a Juvanete Barreto Freire

O relatório registra que, por meio de ofício, a Juvanete Barreto Freire solicitou a rescisão do Contrato nº 4801.01.18.2020, do seu Primeiro Termo Aditivo e do Contrato nº 4801.01.26.2020, sendo o pedido deferido pelo Secretário de Saúde do Recife, na forma amigável (art. 79, II, da Lei nº 8.666/1993), dando plena quitação às partes (doc. 7, pags. 99 - 104).

A auditoria afirma que ao avaliar a execução do Contrato nº 4801.01.18.2020 e do seu Primeiro Termo Aditivo, destinados ao fornecimento de 300 ventiladores pulmonares, percebeu-se que, até a data da rescisão contratual, em 22/05/2020, apenas 50 ventiladores haviam sido formalmente recebidos pela Secretaria de Saúde do Recife.

Destaca que a Cláusula Quarta, inciso XIV, do Contrato nº 4801.01.18.2020 prevê que os respiradores teriam entrega parcelada de, no mínimo, 50 itens por semana, contados do dia 16/04/2020 e concluída em até 15 (quinze) dias úteis.

O relatório indica que o fornecimento dos referidos ventiladores pulmonares deveria ter sido concluído até o dia 08/05/2020. Informa-se que a Cláusula Décima Segunda, § 7º, do Contrato nº 4801.01.18.2020, contém a previsão de multa de 1% do valor empenhado de cada parcela por dia corrido de atraso, até o limite de 10%.

Conclui que, à época da rescisão contratual em 22/05/2020, a JUVANETE BARRETO FREIRE se encontrava em descumprimento do prazo de entrega, superior a 10 dias corridos, de 3 parcelas de fornecimento, o que implicaria multa

de 10% do valor empenhado (subempenhado) em cada parcela, demonstrando a multa devida no “Quadro 2 - Multa Aplicável à JUVANETE BARRETO FREIRE por inexecução parcial do Contrato nº 4801.01.18.2020, de 30/03/2020, e do seu Primeiro Termo Aditivo, de 03/04/2020” (pág.53/91):

a) multa de R\$ 107.500,00 devida em 04/05/2020, relativa ao descumprimento do prazo de entrega da Parcela 2;

b) multa de R\$ 107.500,00 devida em 11/05/2020, relativa ao descumprimento do prazo de entrega da Parcela 3; e

c) multa de R\$ 322.500,00 devida em 18/05/2020, relativa ao descumprimento do prazo de entrega da Parcela 4

Portanto, desconsiderando a atualização monetária diária das multas devidas em 04/05/2020 e 11/05/2020, aplicava-se à JUVANETE BARRETO FREIRE multa total de R\$ 537.500,00 (quinhentos e trinta e sete mil e quinhentos reais) devida em 18/05/2020, relativa ao descumprimento do prazo de entrega e à inexecução parcial do Contrato nº 4801.01.18.2020 e do seu aditivo.

No tocante ao Contrato nº 4801.01.26.2020, destaca que a entrega dos 200 ventiladores pulmonares estava prevista para 14/05/2020, conforme consta da respectiva Cláusula Quarta, inciso XIV, que prevê o prazo de entrega de 25 dias úteis, a contar da assinatura. Neste caso, a auditoria aponta que estaria caracterizada a inexecução total do objeto, ensejando a aplicação da multa de até 10% do valor total do Contrato, ou seja, R\$ 510.000,00, conforme a sua Cláusula Décima Segunda, § 6º.

Conclui que, em 22/05/2020, quando da rescisão dos Contratos nº 4801.01.26.2020, do Primeiro Termo Aditivo ao referido Contrato e do Contrato nº 4801.01.26.2020, desconsiderando a atualização monetária diária das multas cabíveis em 04/05/2020, 11/05/2020 e 14/05/2020, era aplicável à JUVANETE BARRETO FREIRE multa total de R\$ 1.047.500,000 (um milhão e quarenta e sete mil e quinhentos reais), destacando que o Secretário de Saúde do Recife deveria ter rescindido unilateralmente os referidos contratos, conforme arts. 77, 78, incisos I e II, e 79, I, da Lei nº 8.666/1993.

- DA DEFESA.

Notificados do relatório de auditoria, os interessados Jailson de Barros Correia, Mariah Simões da Mota Loureiro Amorim Bravo e Fernanda Emanuele Arantes Castro da Silva apresentaram defesa (Doc. 74).

Inicialmente, discorrem sobre o contexto em que ocorreram as dispensas em apreço destacando que o item 'respiradores pulmonares', à época, era aquele mais procurado, mundialmente, para o enfrentamento da pandemia da Covid-19, colacionando matérias jornalísticas neste sentido. Mencionam ações do governo americano em busca de equipamentos junto às empresas fornecedoras, o que atrasou todas as entregas nacionais.

Ressaltam a necessidade de revestir-se de excesso de cautela tendo em vista a instabilidade do mercado; a dimensão das medidas planejadas; a construção de 342 leitos de UTI, 741 enfermarias distribuídas em 07 hospitais de campanha, tudo em curto espaço de tempo.

Registram problemas enfrentados no mundo inteiro com o fornecimento de respiradores, sobretudo em face de anulações das aquisições pelos fornecedores. Entendem que "não há que se imputar responsabilidades e apontar falhas em momento de crise, visto que a Pandemia impôs necessário atendimento prioritário no tocante aos hospitais de campanha ... quando um único dia ou dois faziam a diferença entre o adquirir os bens/materiais indispensáveis (ante a escassez e a procura mundial a um só tempo) e os aplicar na entrega do serviço de saúde aos pacientes COVID-19".

Descrevem a atuação de 6 plataformas internas de ações de saúde instaladas e demandadas para atuar num nível máximo de zelo e urgência.

Sustentam que maior a urgência, maiores as chances de impropriedades e que as aquisições foram processadas previamente à necessidade de leitos e que os esforços realizados garantiram que o sistema de saúde do município não chegasse a uma situação de esgotamento.

Informam que, ao contratar os ventiladores à Juvanete Barreto Freire, não havia certeza do recebimento dos bens até então adquiridos e havia leitos de UTI aguardando pelos aparelhos para se tornarem aptos ao atendimento à COVID-19, ressaltando que, para este item de despesa (ventiladores pulmonares), foi liquidado o montante de R\$ 26.219.255,00 para um total de 335 unidades adquiridas e entregues, numa média de preço unitário de R\$ 78.266,73, a qual afirmam ter sido uma das menores, seja no âmbito nacional ou internacional.

Para corroborar as dificuldades na obtenção dos respiradores, destaca a necessidade de atuação judicial em duas ocasiões: contra a requisição administrativa da União exarada para empresas que haviam contratado com o município do Recife como em face de empresa que deixou de cumprir prazo de entrega.

Indica que tais considerações visam demonstrar que não restava opção à Secretaria de Saúde a não ser contratar equipamentos pendentes de homologação e início de produção.

Complementa aduzindo que Recife se tornou referência nacional ao demandar a União; os servidores envidaram esforços sob apreensão e pressão; as decisões

dos defendentes estão em consonância com a Lei Federal nº 13.655/18 e a Medida Provisória nº 966/20, notadamente seu art.20. Invoca à análise de suas ações o art.12 do Decreto Federal nº 9.830/19.

Os defendentes prosseguem afirmando que as ações adotadas estão, ainda, em conformidade com a Lei Federal nº 13.379/2020, em especial com seu art.4º.

Suscitam a doutrina de Ulisses Jacoby no sentido de que o gestor público não pode ser responsabilizado pessoalmente sem que haja, ao menos, comprovação de conduta culposa. Afirma-se que agiram com prudência submetendo os processos de dispensa e os contratos deles decorrentes ao respaldo prévio da Procuradoria Geral do Município, inexistindo dolo, má-fé ou erro grosseiro pelo que sustentam que atuaram no estrito cumprimento do dever legal e constitucional e na defesa do interesse público.

No tocante aos achados da auditoria referentes à habilitação da contratada, a defesa afirma que apenas não foram exigidas, nas “compras COVID-19”, as exigências da Lei nº 8.666/93 para as quais foi editada disposição legal facultativa.

Refutam o entendimento da auditoria de que o art.4º-F da Lei nº 13.379/2020 não seria aplicável à dispensa junto à Juvanete Barreto Freire. No tocante ao apontamento de que há, nos autos do respectivo processo, outras propostas de preços aptos a fornecer os respiradores, afirmam que elas só foram juntadas para evidenciar preços do mercado, “não significa que os mesmos continham prazo de entrega”. Quanto à indicação de ausência de justificativa para as dispensas, aduzem que houve equivocada interpretação da lei pela auditoria, “posto que o dispositivo legal obriga a aposição de justificativa tão só na hipótese de haver contratação de empresas com restrição de regularidade fiscal e trabalhista”, não podendo a legislação excepcional ser mais restritiva do que a própria Lei 8.666/93.

Os recorrentes sustentam ser desarrazoado exigir a documentação de habilitação em contratações excepcionais envolvendo 190 processos de dispensa, pois a meta era a entrega dos produtos, não havendo tempo de proceder a análises em curto espaço de tempo, havendo o risco de os fornecedores serem contratados por outros entes públicos.

Afirmam que, todavia, foi feita a consulta em bases de dados de fornecedores, já existindo, em alguns casos, análise prévia de regularidade jurídica, fiscal e tributária.

Destacam que teria havido uma única indicação de irregularidade que foi a ausência de justificativa para não se proceder à exigência da documentação de habilitação, impedindo a rescisão unilateral por ausência de manutenção das condições de habilitação.

Negam ter havido desídia administrativa nas contratações em apreço e afirmam que elas foram precedidas de documentação abrangendo, dentre outros: termo de referência, justificativa da contratação, proposta de preço, preços de mercado, justificativa da escolha do fornecedor, certificado da condição de microempreendedor individual, comprovante de inscrição e de situação cadastral,

consulta prévia na Prefeitura de Paulínia no qual consta da atividade secundária da empresa o comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos além de documentos de regularidade fiscal e tributária perante a União, o Estado de São Paulo e a Justiça do trabalho.

Aduzem que tais documentos comprovam que a contratada não é empresa de fachada e estava em regular funcionamento e que os defendentes, em fases sucessivas, atuaram diligentemente, identificando e revertendo danos ao erário.

No tocante à habilitação jurídica, acerca do apontamento da auditoria de que o CNPJ da empresa que está no contrato é diverso daquele que consta do Certificado da Condição de Microempreendedor Individual na condição de "baixada", os defendentes afirmam que a contratada informou não ter realizado a alteração do tipo e porte empresarial devido à paralisação da Junta Comercial de São Paulo.

Destacam que não foi apontado pela auditoria que a empresa era de fachada ou estava inativa, mas que não comprovou a regularidade do CNPJ que consta do contrato.

Prosseguem afirmando que não houve tratamento diferenciado a esta empresa a qual estava regular em todos os sistemas cadastrais e, à época da contratação, apta a contrair obrigações com terceiros, pois existia juridicamente e estava em funcionamento.

Acerca da apontada inaptidão técnica da Juvanete Barreto Freire para a execução do objeto contratado, a defesa afirma que a documentação comprobatória de qualificação técnica não foi exigida em nenhuma contratação relacionada à Covid-19 porquanto o que se buscava era a entrega do material e sequer havia fornecedores disponíveis.

Aduzem que não se pode, mesmo em condições normais, exigir que a licitante tenha CNAE específico para comércio atacadista.

No tocante à ausência de registro do produto na ANVISA ou do respectivo protocolo de dispensa, destacam que tal exigência constou do termo de referência.

Reiteram que a contratação ocorreu no momento crítico de "aumento de casos versus disponibilidade de leitos". Destacam que o processo de certificação dos equipamentos estava em tramitação na ANVISA que firmou compromisso público de concluí-lo em 15 dias úteis e que a empresa detinha o certificado de boas práticas emitido por essa agência reguladora.

Afirmam que os ventiladores possuem aptidão para adequação ao uso em humanos, colacionando, nesse sentido, trecho do "relatório do teste pré-clínico do ventilador pulmonar, modelo BR 2000", da Santa Casa de São Paulo, "entidade especializada em emissão de laudo técnico" que concluiu possuírem os ventiladores "similaridade com os ventiladores do ano 2000", o que, na ausência de alternativas, representava disposição para uso nas unidades de saúde, "os

exatos termos da Resolução de Diretoria Colegiada RDC/ANVISA nº 348, de 17.03.2020 e na Resolução de Diretoria Colegiada RDC/ANVISA nº 349, de 19.03.2020”.

Informam que se continuou buscando aparelhos de qualidade superior e que houve capacitação de profissionais para utilizar os ventiladores manuais adquiridos de forma segura, formando-se o entendimento da possibilidade de aquisição e uso desses equipamentos para subsidiar, em situações extremadas, a manutenção de vidas humanas até que, com o afastamento da situação de falta do equipamento e a disponibilidade de modelos digitais, o interesse público voltou-se à rescisão contratual.

No tocante à falha de qualificação econômico-financeira, na qual a auditoria apontou ausência de garantias e de capital social, os defendentes aduzem que “não se pode exigir cumprimento de condição que sequer foi objeto de exigência porquanto essa exigência fora dispensada com respaldo no permissivo do art.32, §7º da Lei nº 8.666/93 (...)”.

Acrescentam que, ao contrário de outras aquisições emergenciais, com pronta entrega e apenas emissão de empenho, na avença em exame celebrou-se contrato ante a entrega parcelada dos equipamentos, por se tratar de fornecedor em início de produção.

Acerca da irregularidade apontada pela auditoria referente ao pagamento antecipado à contratada, os defendentes argumentam que não foi apontado o dispositivo legal infringido e que se indica ter havido emissão de Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica com atesto de recebimento de 50 ventiladores e a confirmação de entrega efetiva de 35 aparelhos. Afirmam que “para os mesmos foi feito o atesto provisório, mas em nenhum momento a empresa fora liberada de suas obrigações, eis que não emitido o atesto definitivo”.

Sustentam que não há relação entre recebimento definitivo e pagamento e que o atesto definitivo relaciona-se ao efetivo funcionamento do bem. Afirmam que “houve pagamento antecipado na primeira entrega, sendo que a contratada, assim como diversos fornecedores, no Brasil e no mundo, exigiram antecipação do pagamento para início de cumprimento de entrega”.

Afirmam que, no procedimento interno regular, não existe pagamento antecipado o qual ocorreu em virtude da urgência, sendo para tanto, criado um procedimento de controle interno de pendências de entregas. Alegam que buscaram, internamente, informações a respeito e que foi confirmada a possibilidade de ressarcimento ao erário mediante cobrança de dívida ativa não tributária, tendo em vista que a Medida Provisória nº 961 de 06/05/2020 ainda não havia sido editada, destacando, ainda, que ela fixou efeitos retroativos à previsão de pagamento antecipado.

Discorrem sobre o procedimento interno adotado para o acompanhamento dos pagamentos realizados e respectivas entregas, afirmando que em caso de

eventual inadimplência da empresa contratada ela poderia ser demandada judicialmente, além de sofrer processo administrativo para aplicação de penalidades, sem prejuízo das hipóteses de propositura de ação monitória.

Suscitam a impossibilidade de agir de forma diversa, a ausência de dano ao erário e as cautelas adotadas internamente para sustentar que não prospera a irregularidade descrita pela auditoria.

No tocante aos apontados indícios de irregularidade na resilição contratual com a empresa Juvanete Barreto Freire, sem a cobrança das multas apontadas pela auditoria como devidas, afirmam que, com o afastamento da situação extremada e a disponibilidade de equipamentos digitais, de qualidade superior, o interesse da empresa no distrato aliado à possibilidade de devolução dos respiradores e ressarcimento integral e imediato ao erário, a Procuradoria Geral do Município opinou favoravelmente ao desfazimento do negócio.

Afirmam que a não finalização do registro na ANVISA foi apenas mais um dos fundamentos para caracterizar o interesse público para o distrato.

Por fim, requerem que sejam consideradas as razões de agir dos defendentes que junto com demais profissionais, a despeito das adversidades do momento, não se furtaram ao exercício de suas funções públicas, logrando resultados no enfrentamento da pandemia.

Requerem, também, que a defesa apresentada seja estendida ao Sr. Felipe Soares Bittencourt, afastado de suas funções por decisão judicial, invocando o art. 132 do Regimento Interno deste TCE.

Em 20/08/2020, Felipe Soares Bittencourt, membro do Comitê de Compras e Contratações da SESAU, à época dos fatos, com fulcro no art. 345 do Código Processual Civil, atravessou petição requerendo que a defesa acima relatada (Doc. 74), tenha os seus efeitos fáticos e jurídicos estendidos em seu favor, alegando que está impedido de promover a colheita de informações e documentos para a sua defesa, na sede da Prefeitura do Recife e junto a outros servidores públicos dessa municipalidade, tendo em vista a decisão liminar de ID nº 4058300.15210138, proferida nos autos do Pedido de Busca e Apreensão nº 0810477-04.2020.4.04.8300 da 36ª Vara Federal de Pernambuco.

Em 22/03/21, Jailson de Barros Correia, Mariah Simões da Mota Loureiro Amorim Bravo e Fernanda Emanuele Arantes Castro da Silva ofereceram complementação às contrarrazões.

Em breve síntese, afirmam que a situação vivida quando dos fatos de que tratam estes autos foi semelhante a que atualmente se verifica com a nova cepa do coronavírus, quanto à velocidade de transmissão; tempo de internação impreciso; isolamento social. Tudo isso, àquela época, foi acrescido da necessidade de inaugurar infraestrutura em ações de saúde de natureza singular, além da ausência de parâmetros, experiência e protocolos de tratamento.

Apontam que o atual número de óbitos poderia ter ocorrido naquele momento, caso não tivessem sido tomadas cautelas, destacando que, naquele momento, a doença era desconhecida.

Rememoram que no início da pandemia, Recife não possuía leitos de UTI e sua posição geográfica com aeroporto e porto internacionais era propícia ao aumento do contágio.

Mencionam que, diante da restrição de mercado e da necessidade extremada dos produtos, outros entes federativos realizaram a mesma aquisição em exame: Rio de Janeiro, São Paulo, Ipojuca, Caruaru, Pesqueira, Cabrobó, Riacho das Almas, além de empresas privadas. Informam que os ventiladores pulmonares contratados chegaram a ser adquiridos por valores maiores em outras localidades, demonstrando funcionalidade e salvando vidas.

Acerca dos ventiladores pulmonares, registram que eles representavam um limitador à instalação de novos leitos de UTI porquanto, para o atendimento à Covid-19, há a necessidade de haver a proporção 1:1 entre leitos de UTI e respiradores já que a quase totalidade dos casos graves apresenta falência respiratória.

Reitera-se que as aquisições à empresa Juvanete ocorreram num momento de reduzida quantidade de respiradores e de incertezas de entrega dos bens já adquiridos e que foram realizadas para a eventualidade de não lograrem receber os aparelhos certificados contratados. Lembram que, pela mesma razão, outros órgãos investiram em protótipos.

Salientam divulgação recente acerca de respirador emprestado pelo zoológico de Cascavel, no Paraná, para ser usado no hospital de referência Covid-19 daquela localidade.

Indicam similaridade das referidas aquisições com a das vacinas que se encontram em fase de pesquisa e estão sendo adquiridas. Ressalva que os respiradores, diferentemente, só seriam utilizados em situação extrema.

Repisa que havia, para os ventiladores pulmonares contratados, laudo técnico de instituição de renome, tudo respaldado nas RDCs/ANVISA nºs 348 e 349.

Acerca da rescisão consensual, fundada no interesse da Administração, justifica que ela se respaldou na alteração da situação extremada e na recepção de ventiladores pulmonares certificados, ressaltando que a prioridade naquele momento não era auferir valores em processo administrativo próprio para se discutir se devida ou não a penalidade à contratada, tendo em vista que não se identificou o descumprimento contratual.

Informa-se que foi adotado na Prefeitura do Recife estudo científico que prega o enfrentamento sazonal da Covid-19, com mobilização e desmobilização das estruturas, a isto se agregando o planejamento inicial de ter equipamentos certificados.

Argumentam que rescisão amigável afastou, também, qualquer discussão sobre haveres do erário para com a contratada.

Aduzem que a hipótese de rescisão unilateral foi aventada internamente, mas suscitaram-se dúvidas acerca do descumprimento contratual a ser punido; da vantagem de rescisão unilateral diante do ressarcimento instantâneo dos valores; da existência de mora da contratada se, com a chegada dos equipamentos certificados, houve alteração do interesse público.

Ponderam, na hipótese de os ventiladores certificados não tivessem sido entregues, se a autoridade pública estaria desautorizada a operar os leitos com os ventiladores contratados e que, não sendo afirmativa a resposta, estaria aventada a legalidade da contratação e da rescisão amigável.

Suscitam a razoabilidade e a proporcionalidade à análise dos fatos argumentando que ainda não se formaram especialistas na condução da crise.

- DO RELATÓRIO COMPLEMENTAR DE AUDITORIA.

Em 31/08/2020, juntou-se aos autos o Relatório Complementar de Auditoria (Doc. 107) em atendimento à solicitação desta relatoria para que se analisasse a fonte de recursos orçamentária e financeira utilizada nos desembolsos ocorridos nas contratações em exame (Docs.83 e 84).

O relatório expõe, inicialmente, o conjunto normativo que rege as fontes de financiamento do SUS e tece considerações sobre a execução orçamentário-financeira do Fundo Municipal de Saúde do Recife.

Registram-se considerações sobre o orçamento do Fundo Municipal de Saúde nos seguintes termos:

Através da consulta pública realizada no site do Ministério da Saúde, foi possível apurar que o Fundo Municipal de Saúde do Recife recebeu o montante de R\$ 384.312.537,38, nos termos da Portaria de Consolidação nº 6/MS/GM (Redação dada pela PRT GM/MS nº 828 de 14.04.2020), assim subdivididos (doc. 89)

(...)

o Fundo Municipal de Saúde do município do Recife vem cumprindo com os requisitos legais para o recebimento de recursos oriundos de repasses da União, na modalidade Fundo a Fundo , nos termos da Portaria de Consolidação nº 6/MS /GM.

Outrossim, consultas realizadas ao site do Fundo Nacional de Saúde (doc. 101) demonstraram que existem outras contas bancárias operacionalizadas pelo Fundo Municipal de Saúde do município do Recife, contudo, estas, se destinam

ou destinaram a movimentação de recursos específicos (convênios, acordo, ajustes e outros instrumentos congêneres) fora da modalidade Fundo a Fundo.

(...)

a Lei Municipal nº 18.672/2019, de 16 dezembro de 2019 (LOA 2020), do município do Recife, consignou os créditos orçamentários necessários à execução dos programas vinculados às respectivas atividades de saúde.

Nestes termos, de acordo com a Versão Resumida da LOA 2020 (doc. 102, p. 04), verifica-se que a parcela do orçamento aprovada para o exercício, e vinculada à unidade orçamentária “Fundo Municipal de Saúde”, foi de R\$ 1.127.940.000,00, sendo que R\$ 664.879.000,00 seriam financiados com Recursos do Tesouro e R\$ 463.061.000,00, com recursos originários de Outras Fontes.

(...)

percebe-se que, do ponto de vista orçamentário, havia recursos alocados no orçamento municipal, vinculados ao órgão: 4801 - Fundo Municipal de Saúde, cumprindo o disposto no no artigo 77, § 3º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias , bem como 9 no artigo 14 da Lei Complementar nº 141/2012.

(Grifou-se)

Acerca da análise específica requerida por esta relatoria para que a auditoria esclarecesse a fonte de recursos - orçamentária e financeira - utilizados nos desembolsos ocorridos na contratação dos ventiladores pulmonares em apreço, destaque do relatório complementar as informações seguintes:

(...) conforme os elementos constantes dos autos, bem como pela análise acima evidenciada, houve somente um desembolso de recursos relativo à contratação de 50 (cinquenta) ventiladores pulmonares, no valor de R\$ 1.075.000,00, cuja operacionalização ocorreu no dia 01/04/2020, sendo que os demais recursos empenhados foram anulados em virtude das rescisões contratuais.

Ainda, pelos elementos constantes dos autos, os recursos empenhados e liquidados relativos ao desembolso ocorrido, no âmbito da Dispensa de Licitação nº 108/2020, seriam derivados da seguinte parcela do orçamento municipal:

Descrição	Código	Descrição

Órgão	48	Secretaria de Saúde
Unidade Orçamentária	4801	Fundo Municipal de Saúde
Projeto/Atividade/Ação	2085	Garantia da oferta de procedimentos através da rede própria
Elemento de Despesa	4.4.90.52	Equipamentos e Material Permanente
Fonte	0114	Saúde-limite constitucional

Fonte: Nota de Subempenho nº 2020.01957-001 (doc. 1, p. 26-32)

A análise da Lei Orçamentária Anual do município do Recife (Lei nº 18.672/2019) revelou que, para o Fundo Municipal de Saúde, foram consignados créditos orçamentários, no Programa de Trabalho: 1238 (Melhoria da atenção à saúde de média e alta complexidade ambulatorial e hospitalar) - Projeto/Atividade: 2085 (Garantia da oferta de procedimentos através da rede própria) - Fonte: 0114 (Saúde - limite constitucional), no montante de R\$ 17.010.000,00.

Constatou-se, porém, que no Elemento de Despesas: 4.4.90.52, a Lei Municipal nº 18.672/2019, havia autorizado créditos orçamentários iniciais de, apenas, R\$ 10.000,00 (doc. 103, p. 406; 409-410).

Em razão disso, através do Ofício TC/IRGA/AUD3 n.º 021/2020, de 26 de agosto de 2020 (doc. 105), solicitou-se informações sobre a suplementação dos créditos orçamentários no referido elemento de despesa. Em resposta, o gestor do Fundo Municipal de Saúde, através do Ofício nº 752/2020 GAB/ SESAU (doc. 106), encaminhou dados relativos à abertura de créditos adicionais, na dotação orçamentária: 4801.10.302.1238.2085.0114, e no Elemento de Despesas: 4.4.90.52 cuja suplementação ocorreu pelos Decretos nº 33.520/2020, de 16 de março de 2020 (R\$ 3.000.000,00) e 33.574/2020, de 30 de março de 2020 (R\$ 10.000.000,00).

O confronto das informações anteriores revelou, portanto, que havia saldo suficiente na dotação orçamentária utilizada para o empenhamento e a liquidação das despesas, incorridas no âmbito da Dispensa de Licitação nº 108 /2020, sendo originária do Programa de Trabalho: 1238 - Ação/Projeto/Atividade: 2085, na fonte de recursos: 0114 - Saúde - Limite Constitucional.

(Grifou-se)

O relatório examinou a despesa realizada no âmbito da Dispensa de Licitação nº 108/2020, registrando informação contida nos autos de que o pagamento da despesa foi materializado através de DOC ou TED Eletrônico, no dia 01/04/2020 (doc. 1, p. 44), no valor de R\$ 1.075.000,00, sendo debitada a Conta Corrente nº 105836-3 do Fundo Municipal de Saúde no Banco nº 001, Agência nº 3234.

Indicou-se que referida conta é utilizada para movimentação dos créditos oriundos do Tesouro Municipal, destinados à aplicação nas ações e serviços de saúde pública a cargo do ente federado municipal, em cumprimento ao disposto no artigo 7º da Lei Complementar nº 141/2012, não estando no rol daquelas destinadas ao recebimento dos recursos repassados pelo Fundo Nacional de Saúde, na modalidade Fundo a Fundo, ou para qualquer outra aplicação específica (convênios, acordo, ajustes e outros instrumentos congêneres).

Destaca, ainda, o que restou consignado no item 2.1.2 (A1.2) do relatório de auditoria sobre o “ressarcimento de R\$ 1.075.000,00 ao Fundo Municipal de Saúde (FMS) do Recife, proveniente da rescisão contratual”.

Em síntese, a peça complementar assim conclui:

Diante das informações constantes dos autos, além dos levantamentos realizados, chegou-se à conclusão de que a execução orçamentário-financeira, cuja despesa se encontrava vinculada à Dispensa de Licitação nº 108/2020, foi realizada nos seguintes termos:

a) A dotação orçamentária utilizou créditos previstos no orçamento do Fundo Municipal de Saúde com a classificação funcional-programática: 4801.10.302.1238.2085.0114, no Elemento de Despesa: 4.4.90.52 (Equipamentos e Material Permanente) conforme se detalha a seguir:

Descrição	Código	Descrição
Unidade Orçamentária	4801	Fundo Municipal de Saúde
Função	10	Saúde
Subfunção	302	Assistência Hospitalar e Ambulatorial

Programa de Trabalho	1.238	Melhoria da atenção à saúde de média e alta complexidade ambulatorial e hospitalar
Ação/Projeto /Atividade	2085	Garantia da oferta de procedimentos através da rede própria
Elemento de Despesa	4.4.90.52	Equipamentos e Material Permanente
Fonte	0114	Saúde-limite constitucional

a) O desembolso financeiro ocorreu através da conta bancária do Fundo Municipal de Saúde - Banco nº 001, Agência nº 3234, Conta Corrente nº 105836-3, destinada à movimentação dos recursos repassados pelo Tesouro Municipal para aplicação nas ações e serviços de saúde, em cumprimento às exigências constitucionais e legais.

É o relatório.

VOTO

I - PRELIMINAR DE MÉRITO

No tocante ao pedido de exclusão do processo formulado em 11/06/2020 por Maria do Carmo Cândia de Godoy e José Tadeu Cândia de Godoy (doc.45), verifico que não figuraram como partes no processo. Com efeito, a auditoria não lhes apontou responsabilidade por falhas ou débitos. Portanto, falece interesse jurídico aos requerentes para o pedido.

II - MÉRITO

Inicialmente, assinalo a ocorrência, durante a instrução processual, de eventos processuais afetos a solicitações externas submetidas a esta relatoria, as quais ensejaram os seguintes despachos interlocutórios:

1. Denegação do pedido de exclusão do processo formulado, em 11/06/2020, por Maria do Carmo Câncio de Godoy e José Tadeu Câncio de Godoy (doc.45) tendo em vista a não conclusão da instrução, à época;
2. Indeferimento, em 19/06/2020 (docs. 55 e 56), do pedido de perícia formulado pelas empresas BIOEX EQUIPAMENTOS MEDICOS E ODONTOLÓGICOS EIRELI, JUVANETE BARRETO FREIRE 57432449791 (BRASMED VETERINÁRIA) e BRMD PRODUTOS CIRURGICOS EIRELI, fundamentando-se, referida decisão, no opinativo da auditoria segundo o qual a realização de perícias técnicas é atividade estranha às atribuições deste Tribunal, sendo, de outro lado, a realização de vistoria desnecessária, no caso em apreço, em face do compartilhamento de provas obtido junto à Polícia Federal por meio de requerimento veiculado pelo Ofício nº 00086/2020 - TCE-PE/ GC04;
3. Indeferimento, em 10/08/2020 (doc.83), do pedido formulado pelo Secretário de Saúde do Recife para que este TCE informasse, por certidão, qual a fonte de recursos utilizada pelo Município do Recife para a aquisição dos ventiladores pulmonares, amparando a decisão no fato de que a matéria se encontrava em análise e pendente de julgamento por esta Corte de Contas.

Consoante mencionado no início da sinopse fática, a auditoria contemplou os indícios de irregularidades suscitados às dispensas nºs 108/2020 e 129/2020 na Representação nº 009/2020 e aditivos do MPCO.

Os indícios de irregularidades apontados pelo *Parquet* foram agrupados consoante demonstrado no Quadro 2 adrede reproduzido.

1 - Fonte dos recursos

A sequência dos indícios reportados no relatório deste voto seguiu aquela exibida no relatório de auditoria, iniciando pela Análise nº 02 a qual compreende o exame de possível alteração retroativa irregular das fontes de recursos utilizados para pagamento dos ventiladores pulmonares.

A auditoria constatou que houve somente um desembolso de recursos relativo à contratação dos ventiladores pulmonares, no valor de R\$ 1.075.000,00 debitado da Conta Corrente nº 105836-3, Agência nº 3234, Banco nº 001 (doc. 1, p. 44), do Fundo Municipal de Saúde.

Registra ter comprovado referido pagamento no “Relatório de Movimentação Bancária do Fundo Municipal de Saúde - Abril/2020”, obtido no Sistema de Execução Orçamentária e Financeira da Prefeitura do Recife (SOFIN).

A equipe verificou que a Nota de Anulação do Empenho nº 2020.01957, de 20/04/2020 (doc. 1, p. 46) e a alteração da fonte de recursos de 114 (“SAÚDE - LIMITE CONSTITUCIONAL”) para 108 (“OPERAÇÕES DE CRÉDITO - FINISA”), referem-se à parcela do objeto da Dispensa nº 108/2020 - que não chegou a ser executada - correspondente a R\$ 3.225.000,00 dos R\$ 4.300.000,00 (ou 150 dos 200 ventiladores pulmonares).

Consoante o relatório técnico, também foi constatada alteração de fontes de recursos no âmbito da Dispensa nº 129/2020 destacando-se, todavia, a ausência de execução contratual subsequente e anulação de todos os empenhos em virtude da rescisão dos contratos.

Assim, verifico que, antes da rescisão contratual publicada em 23/05/2020, do total de 500 ventiladores pulmonares contratados, apenas 50 foram pagos, totalizando um montante de R\$ 1.075.000,00 debitados da conta do Fundo Municipal de Saúde - Banco nº 001, Agência nº 3234, Conta Corrente nº 105836-3 - conforme DOC ou TED Eletrônico de Pagamento, de 01/04/2020 (doc. 1, p. 44), nada havendo que se falar em alteração de fonte de recursos para esta parcela do contrato.

Acerca da conta corrente mencionada, o relatório complementar de auditoria consigna que ela é utilizada para movimentação dos créditos oriundos do Tesouro Municipal destinados a ações e serviços de saúde pública a cargo do município, em cumprimento ao disposto no artigo 7º da Lei Complementar nº 141/2012. Portanto, cuida-se de conta referente a recursos próprios do ente municipal, não se destinando ao recebimento dos recursos repassados pelo Fundo Nacional de Saúde.

Destarte, tenho que das alterações das fontes de recursos em exame não sobrevieram quaisquer conseqüências, a uma porque, depois de realizadas, em 20/04/2020, não mais ocorreu execução contratual; a duas porque não houve apontamento de eventual prejuízo ou ilegalidade advindos da alteração ocorrida e a três porque foram anulados todos os empenhos após a rescisão dos contratos.

A alteração da fonte dos recursos de 114 (“SAÚDE - LIMITE CONSTITUCIONAL”) para 108 (“OPERAÇÕES DE CRÉDITO - FINISA”) também não teria o condão de afastar a competência deste TCE-PE caso eles tivessem sido efetivamente utilizados, ainda que se admita a atuação da Corte de Contas Federal quanto a outros aspectos afetos aos interesses da Caixa Econômica Federal, como deficiências das garantias concedidas ou eventual desvio de finalidade constatado na aplicação do crédito concedido.

Vejam-se, nesse sentido, os seguintes enunciados do Tribunal de Contas da União veiculados, respectivamente, nos Acórdãos 2.150/2017, 609/2016 e 2.293/2014:

A competência do TCU, no tocante às operações de crédito contraídas por pessoas jurídicas de direito público interno, limita-se à fiscalização e ao controle das garantias prestadas pela União, sem interferência direta na aplicação dos

recursos envolvidos, em face da autonomia dos entes federados, prevista no art. 18, caput, da Constituição Federal.

A competência para fiscalizar a utilização de recursos oriundos de operação de crédito efetuada junto a banco oficial federal por ente da Federação é do respectivo tribunal de contas estadual, municipal ou do Distrito Federal, pois tais recursos passam a integrar o patrimônio do ente federativo.

A competência para fiscalizar a execução físico-financeira de empreendimento custeado por recursos federais oriundos de operações de crédito firmadas entre as instituições financeiras oficiais da União e outro ente federativo é do próprio ente subnacional beneficiário (Estado, Distrito Federal ou Município), visto que tais recursos passam a integrar o orçamento das unidades federativas destinatárias (princípio federativo).

(Grifos nossos)

Especificamente sobre recursos oriundos de contrato de financiamento, programa FINISA, o TCU assim se manifestou no Acórdão 1045/2018:

REPRESENTAÇÃO COM PROPOSTA DE MEDIDA CAUTELAR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO FIRMADO PELO GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ JUNTO À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROGRAMA DE FINANCIAMENTO À INFRAESTRUTURA E AO SANEAMENTO (FINISA). OBRIGATORIEDADE DE PAGAMENTO DAS DESPESAS FINANCIADAS POR MEIO DA CONTA VINCULADA AO AJUSTE. TRANSFERÊNCIA DOS RECURSOS PARA A CONTA ÚNICA ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAR A APLICAÇÃO DOS RECURSOS NO OBJETO DO AJUSTE BEM COMO POSSIBILIDADE DO CUSTEAMENTO DE DESPESAS CORRENTES E DE PESSOAL. CONHECIMENTO. DETERMINAÇÃO CAUTELAR PARA A SUSPENSÃO DOS REPASSES. OITIVAS. AGRAVO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PARA APRECIAR O CUMPRIMENTO DOS TERMOS DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO FIRMADO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA FEDERAL. AUSÊNCIA DE CONFLITO DE COMPETÊNCIAS COM O TCE/PI. (...)

(...)

12. Primeiramente, reafirmo a competência do TCU para apurar as questões levantadas nesta representação. De fato, em se tratando de operação de crédito, os recursos, ao serem liberados, incorporam-se ao patrimônio do ente mutuário, cuja fiscalização incumbe à Corte de Contas estadual, que deve avaliar sua aplicação conforme a legislação aplicável. Não me oponho a tais argumentos, nem mesmo constato que a decisão vergastada vá de encontro à jurisprudência desta Casa a respeito da matéria.

13. Relembro que ressaltai no voto que fundamentou a decisão que, embora a legalidade da aplicação dos recursos tenha sido levantada nesta representação, essa questão não faz parte da motivação da decisão proferida, uma vez que é de incumbência do TCE/PI. A atuação desta Corte se fez necessária porque os termos do contrato estariam sendo descumpridos e por figurar como parte do ajuste instituição financeira federal.

14. Não há qualquer confusão nas atuações desta Casa e da Corte estadual, muito menos indevida ingerência do Tribunal em prejuízo ao pacto federativo. O TCU possui competência para determinar que a Caixa cumpra suas atribuições, dentre elas, seu dever de fazer valer as cláusulas contratuais, construídas para proteger seus interesses na condição de financiadora. Para tanto, deve se certificar de como foram aplicados os recursos ao analisar a prestação de contas da primeira parcela, uma vez que os elementos levantados nos autos indicam que sua execução não estaria alinhada aos termos contratuais.

(...)

(TCU-RP: 10.441/2018-2, Rel. José Múcio Monteiro, Data de Julgamento: 09/05/2018, Plenário)

Sobre a questão em apreço compete assinalar, em arremate, apontamento contido no relatório técnico em face da verificação de abertura de crédito adicional suplementar ao orçamento do FMS da Secretaria de Saúde do Recife, no valor de R\$ 25 milhões, com recursos não previstos na Lei Orçamentária em vigor, provenientes de operações de crédito contratuais no mercado externo.

Tenho que a matéria ultrapassa a competência da minha relatoria, referente às contas da Secretaria de Saúde da Prefeitura de Recife, pelo que deverá ser apreciada pelo relator competente.

Devido à relevância do montante, reputo pertinente a proposta da auditoria para que, a juízo do relator das contas da Prefeitura do Recife, exercício 2020, referida suplementação orçamentária seja analisada pela Gerência de Contas de Governos Municipais (GEGM).

2 - Ligação de representante da empresa Juvanete com grupo empresarial

No tocante à Análise nº 03 do relatório de auditoria, acerca de possível ligação do Sr. Adriano César de Lima Cabral com o grupo empresarial Casa de Farinha, verifico ter a auditoria apontado que, de fato, ele foi constituído procurador de Juvanete Barreto Freire (CPF nº 574.324.497-91).

Além disso, vislumbra-se das informações, possível ligação dele com o Sr. José Tadeu Cancio de Godoy, irmão da Sra. Maria do Carmo Cancio de Godoy, para

quem se constatou o mesmo endereço residencial do Sr. Adriano César de Lima Cabral.

A equipe obteve do Sistema Tome Conta – Auditoria, registros de irregularidades relacionadas ao Sr. Tadeu Cancio de Godoy em contratos da Casa de Farinha junto ao Instituto de Recursos Humanos do Estado de Pernambuco.

Em que pese eventual existência de vínculo pessoal do Sr. Adriano César de Lima Cabral com o Sr. José Tadeu Cancio de Godoy reputo o que consta dos autos incipiente para indicar suposta ligação do procurador de JUVANETE BARRETO FREIRE com o Grupo empresarial Casa de Farinha, consoante suscitado pelo MPCO. Tampouco vislumbro dos autos elementos consistentes que apontem para favorecimento à contratada decorrente dos vínculos pessoais mencionados ou, ainda, de suposta ligação com o referido grupo empresarial.

Deste modo, considero os elementos trazidos insuficientes para o fim de caracterizar irregularidade.

Acerca dos achados de fiscalização, consignados no Capítulo 2 do relatório, a equipe de auditoria expõe, no item 2.1.1, irregularidades verificadas na habilitação e na contratação da Juvanete Barreto Freire, no âmbito das Dispensas de Licitação nº 108/2020 e nº 129/2020.

3 - Habilitação

A auditoria entende que não se aplicaria às contratações diretas em exame, a escusa de apresentação de documentos de habilitação prevista no art. 4º-F da Lei Federal nº 13.979/2020, abaixo transcrito, porquanto não consta dos processos administrativos a justificativa da autoridade competente. Tampouco teria sido caracterizada a restrição de fornecedores, pois se juntaram àqueles autos outras cotações (doc. p. 88-90 e doc. 1, p. 91).

Art. 4º-F. Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou de prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal ou, ainda, o cumprimento de 1 (um) ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade trabalhista e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)

A respeito das falhas apontadas à habilitação, a defesa afirma que outras propostas de preços só foram juntadas aos autos para evidenciar valores de mercado, não significando, contudo, que apresentassem viabilidade de prazos de entrega.

De outra banda, sustenta que a justificativa exigida pelo dispositivo transcrito restringe-se à contratação de empresas com restrições fiscais e trabalhistas.

Referente à existência, nos autos, de outras propostas de preços, afigura-se plausível a alegação da defesa acerca de restrição de fornecedores enfrentada, notadamente aqueles capazes de fornecimento imediato do bem. Deveras, não é possível ignorar todas as notícias, fartamente veiculadas na mídia, à época, acerca das dificuldades vivenciadas pelas gestões públicas para adquirir e prover – com máxima urgência - suas unidades de saúde de ventiladores pulmonares. Na fase crítica da pandemia, período no qual ocorreram as aquisições analisadas nestes autos, tais aparelhos se tornaram produtos extremamente procurados – e disputados - em todo o mundo e, por conseguinte, escassos.

Todavia, no que se refere à ausência de justificativas para a dispensa de requisitos de habilitação, a interpretação conferida pela defesa ao art.4º-F da Lei nº 13.979/2020 não condiz com a melhor exegese do dispositivo. De efeito, entendo que a justificativa nele prevista se estende à ausência de documentação relativa à regularidade fiscal como também aos demais requisitos de habilitação que o dispositivo permite serem dispensados.

Destaque-se que a auditoria não apontou ausência dos documentos não dispensados pelo art.4º-F da Lei nº 13.979/2020. De efeito, consta no item 9, do Apêndice 2 ao relatório de auditoria “Checklist da Dispensa de Licitação nº 129 /2020 da Secretaria de Saúde”, quadro no qual se verifica a indicação de cumprimento de tais requisitos.

Ademais, a defesa afirma que a contratação teria sido precedida de verificações prévias acerca da contratada, constatando-se: a condição de microempreendedor individual; o respectivo comprovante de inscrição e de situação cadastral; informações da Prefeitura de Paulínia nas quais consta como atividade secundária da empresa o comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos, além de documentos de regularidade fiscal e tributária perante a União, o Estado de São Paulo e a Justiça do trabalho. Verifico que a documentação aludida instrui os termos de dispensa (docs.01 e 02 dos presentes autos).

Aliada a tais assertivas, justifica que a contratação foi realizada como alternativa de ventilador pulmonar caso viessem a ocorrer frustrações ou atrasos das entregas dos bens adquiridos de outros fornecedores, pois havia leitos de UTI aguardando pelos aparelhos para se tornarem aptos ao atendimento à COVID-19 tendo em vista, dentre outras dificuldades, a requisição administrativa da União havida sobre bens adquiridos pelo município do Recife e a concentração das vendas para os Estados Unidos.

Assim, em que pese representar descumprimento à formalidade prevista na lei, entendo que a ausência de justificativa específica para alguns documentos de habilitação não exigidos da contratada, não configura circunstância apta a afastar a aplicação do art. 4º-F da Lei nº 13.979/2020 porquanto (i) o núcleo do dispositivo veicula o desiderato do legislador em efetivamente admitir a dispensa da documentação de habilitação nas contratações destinadas ao enfrentamento

da pandemia; (ii) foram apresentados os documentos nele exigidos; (iii) constam dos termos de dispensa (docs. 01 e 02) as justificativas gerais para as avenças as quais se assentaram na urgência e nas dificuldades de obtenção dos equipamentos no mercado.

Oportuno salientar que, no contexto das medidas legislativas lançadas pelo governo federal, sobressai inequívoco realce no propósito de privilegiar a celeridade e a eficiência das contratações públicas emergenciais relacionadas ao enfrentamento da pandemia, em detrimento das formalidades exigidas em condições de normalidade sanitária, conforme se depreende do item 2 da exposição de motivos da Medida Provisória nº 926/2020:

(...)

2. Diante do crescimento de casos no País de infecção pelo COVID-19 e a necessidade do Sistema único de Saúde (SUS) fazer frente a uma crescente demanda de leitos, equipamentos, medicamentos, estrutura física e serviços, em especial de saúde, faz-se necessário prever especificidades para a licitação de tais aquisições ou sua dispensa de modo a atender a urgência que a situação requer e a flexibilizar requisitos em face de possível restrição de fornecedores, otimizando, inclusive a contratação ou prestação de serviços internacionais.

(...)

Assim, a toda evidência, as dispensas em apreço atraem a aplicação da legislação provisória. A legislação normal de regência deve ser aplicada de forma subsidiária, naquilo que a legislação excepcional seja incompleta ou quando a própria legislação regular contiver normas que disciplinam situações excepcionais. Sobre a aplicação dos sistemas normativos provisórios, veja-se:

(...) as normas desse sistema devem ser interpretadas em coerência com esse próprio sistema. Constitui erro primário e grave, interpretar as normas do sistema provisório, usando os princípios, fundamentos e normas do sistema anterior, vigente antes das mudanças"

("Direito Provisório e a Emergência do Coronavírus". Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Murilo Jacoby Fernandes, Paulo Roberto Teixeira, Ronny Charles Lopes de Torres - Belo Horizonte: Fórum, 2020, p.22)

O regime emergencial de contratação pública para o enfrentamento à pandemia de COVID-19 da Lei nº 13.979/2020 não estabelece sistemática completa (...).

Dessa sorte, é preciso aplicar subsidiariamente as regras previstas na legislação normal de regência – especialmente na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 10.520/02 - que não sejam contraditórias às regras da Lei nº 13.979/2020. A contradição, ressalva-se, pode ser explícita ou implícita. Logo, se a Lei nº 13.979/2020 dispor sobre dado assunto, é ela que deve ser aplicada nas contratações relativas ao enfrentamento à pandemia. Se a lei for omissa, então se aplica a legislação normal de regência.

("Regime Especial de Contratação Pública para o Enfrentamento à Pandemia de COVID-19". Joel de Menezes Niebuhr – Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 23 e 24).

Necessário mencionar que, em se abraçando o entendimento de que a Lei nº 13.979/2020 é omissa no tocante aos requisitos de habilitação, a norma subsidiária a ser buscada no presente caso, deveria ser o art.26 da Lei de Licitações, tendo em vista que se cuida de processos de dispensas:

Art. 26. (*omissis*)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados

Nesse sentido, Niebuhr (*op. cit.*, p. 113 a 115) menciona que o art.4º-F da Lei nº 13.979/2020 contém “suposta flexibilização” porquanto a lei se dirige a dois instrumentos de contratação - dispensa e pregão simplificado - cujas disciplinas ordinárias, contidas na Lei de licitação e na Lei do Pregão, já são flexíveis em relação à documentação de habilitação, sendo praticamente todos eles dispensados à exceção da razão da escolha do fornecedor ou executante,

ressalvando-se, ainda, a exigência contida no art. 195, §3º da Constituição Federal que proíbe que o Poder Público contrate pessoa jurídica em débito com a seguridade social.

Os elementos acima apontados levam-me ao entendimento de que, não havendo críticas da auditoria aos documentos de habilitação não dispensados pelo art.4º-F da Lei nº 13.979/2020, a não exigência daqueles facultados pela lei não macula de per si a contratação, apenas atraindo crítica pelo não cumprimento da formalidade referente à justificativa prevista no dispositivo.

Não obstante, adentro no exame das falhas apontadas pela auditoria com o fim de averiguar se da aludida ausência de justificativas redundaram efeitos lesivos.

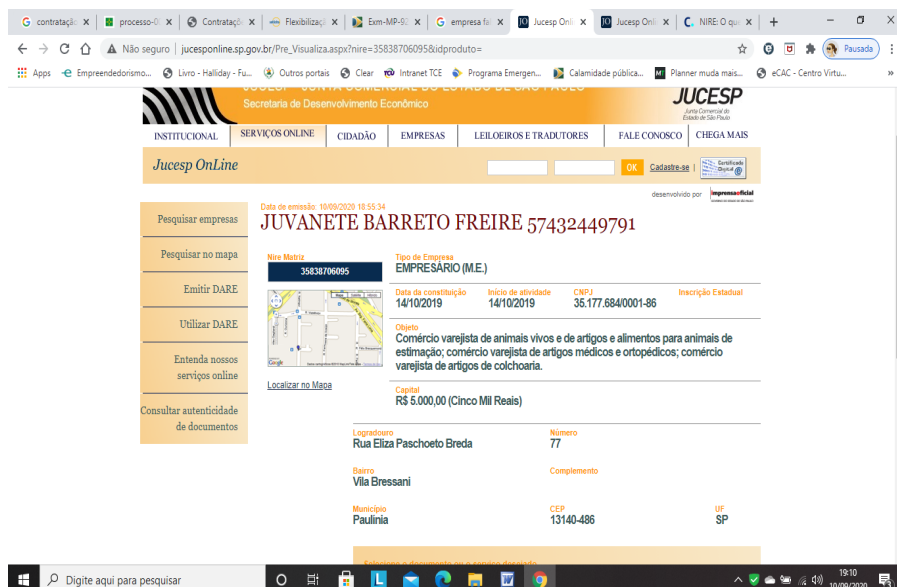
3.1.Habilitação jurídica

Quanto à habilitação jurídica, a auditoria indica, em síntese, a ausência da comprovação de regularidade do CNPJ da empresa, constante dos autos das dispensas, e a ausência, para este mesmo CNPJ, do documento de registro comercial da empresa individual.

Verifico que a defesa dos servidores da SESAU não refuta tais apontamentos, aduz ter havido suposta dificuldade da empresa em proceder às alterações de tipo e porte empresarial em virtude de paralisação da Junta Comercial de São Paulo em que pese não juntar comprovação de início de tal medida pela empresa.

A ausência de documentação comprobatória de regularidade do CNPJ da empresa que consta dos contratos não revela sua inexistência, pois, como afirmado no relatório, a empresa consta no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica como empresário individual, com porte de microempresa, conforme o respectivo Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral, constatando-se também que estava ativa.

No tocante a não ter sido encontrado, pela auditoria, a exigência contida no art. 28, II, da Lei de Licitações, referente ao registro comercial da empresa individual junto à JUCESP, em 25/05/2020 (ANEXO 1), procedi à consulta, em referida Junta, na data de 10/09/2020 e verifiquei o seguinte registro:



Assim, entendo que a hipótese de ausência de registro comercial ser devida a irregularidades da empresa, restou afastada uma vez que ela logrou proceder à atualização do tipo empresarial junto à JUCESP.

3.2. Qualificação técnica

Consoante pormenorizado alhures, neste voto, as falhas apontadas à qualificação técnica da contratada são afetas (i) ao respectivo objeto social, considerado pela auditoria como incompatível com o objeto dos contratos em apreço, (ii) à sua capacidade operacional e (iii) à ausência de registro de regulamentação do produto na ANVISA.

A auditoria verificou que o objeto social da JUVANETE BARRETO FREIRE que consta do Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral seria incompatível com o fornecimento de respiradores pulmonares em características, quantidades, prazos e magnitude dos preços envolvidos. Acrescenta-se que a declaração contida nos autos (doc. 1, p. 67) de que a empresa não possui empregados também revela a sua inaptidão para a execução do contrato.

Consultando o Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral, verifica-se que a atividade econômica principal da empresa é “47.89-0-04 - Comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação”. São exibidas como atividades secundárias: “47.54-7-02 - Comércio varejista de artigos de colchoaria” e “47.73-3-00 - Comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos”, sendo que a descrição da atividade de código nº 47.73-3-00 obtida nas respectivas notas explicativas na Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), do IBGE, indica que a atividade 47.73-3-00 diz respeito a

muletas, aparelhos auditivos, termômetro, dentre outros, os quais não possuem o mesmo nível de complexidade de ventiladores pulmonares, objeto dos contratos em exame.

Não obstante a discriminação oficial do objeto social, a atuação da JUVANETE BARRETO FREIRE nos contratos em lume correspondeu, na prática, a de representante comercial das empresas fabricantes dos ventiladores pulmonares. Todavia, como registrado pela auditoria, dentre suas atividades econômicas não está incluída a representação comercial e o agenciamento do comércio.

Verifico que a defesa não refuta a ausência de documentação comprobatória de qualificação técnica. Ao contrário, reafirma que ela não foi exigida nas contratações relacionadas à Covid-19 tendo em vista que o interesse da Administração era a obtenção de aparelhos aptos a serem utilizados no enfrentamento da pandemia.

Na esteira do que foi ponderado no item anterior, inexistindo indicação de que a contratação foi direcionada ou que a incompatibilidade do objeto social e o porte da empresa contratada redundaram em efetivos danos à população ou ao erário, reputo que, em face da excepcionalidade extrema, o fato pode ser igualmente mitigado.

Situação diversa, a configurar grave irregularidade, seria a constatação de utilização dos respiradores à revelia da autorização da ANVISA, o que além de não ter ocorrido, fundamentou opinativo técnico, no âmbito da própria SESAU, pela rescisão do contrato.

Com efeito, o relatório reproduz parte do parecer técnico da Secretaria de Saúde do Recife, datado de 22/05/2020, lavrado em face do pedido da contratada para a rescisão contratual, no qual o opinativo pelo distrato consigna que a empresa, até aquele momento, não havia comprovado a homologação da ANVISA (doc. 3, p. 57).

Destaco informação da defesa de que, no momento da contratação, o processo de certificação se encontrava em trâmite naquela agência reguladora a qual teria firmado compromisso público em concluí-lo em 15 dias úteis. Demais disso, os defendentes registram que a empresa detinha o certificado de boas práticas emitido por essa agência reguladora, além de relatório de teste pré-clínico emitido pela Santa Casa de São Paulo no sentido de que os aparelhos tinham aptidão para uso.

Assim, não observo condutas voltadas a promover a utilização dos ventiladores, antes da necessária manifestação da ANVISA ou mesmo falsa afirmação acerca de restar atendida esta exigência contida nos contratos provenientes das Dispensas de Licitação nº 108/2020 e nº 129/2020.

Oportuno se faz, neste ponto, tecer paralelo entre a situação em tela, ocorrida na fase inicial da pandemia, com a que ora se vivencia, no âmbito das vacinas.

Como é de amplo conhecimento, as aquisições públicas iniciais das vacinas Coronavac, desenvolvida pelo laboratório chinês Sinovac em parceria com o Instituto Butantan e os imunizantes desenvolvidos pela AstraZeneca/Oxford precederam a aprovação da ANVISA, havendo ocorrido antes mesmo da autorização para os respectivos usos emergenciais.

Tal fato significa que, a despeito do risco imposto aos recursos despendidos nas aquisições, em face de eventual não aprovação pela aludida agência, as vacinas foram compradas porquanto em momentos de excepcionalidade extrema, como a que atravessa o mundo em razão da pandemia, cumpre aos governos anteciparem medidas para proteger a saúde e a vida das pessoas.

3.3. Qualificação econômico-financeira

No tocante à qualificação econômico-financeira, a auditoria apontou ausência de garantias oferecidas aos contratos.

A crítica fundamenta-se no art.31, §2º da Lei de Licitações e no entendimento de que a contratação em exame se caracteriza como “compra de entrega futura”, aliado à discrepância entre o porte econômico-financeiro da JUVANETE BARRETO FREIRE e a expressão econômica do contrato.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

§ 2o A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1o do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado (grifos nossos).

Os defendentes aduzem que não foram exigidas garantias no contexto da emergência, com respaldo no permissivo do art.32, §7º da Lei nº 8.666/93:

Art. 32. (*Omissis*).

(...)

§ 7o A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo poderá ser dispensada, nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para

pronta entrega ou até o valor previsto na alínea “a” do inciso II do caput do art. 23 (grifos nossos).

Entendo que, a despeito da sabida urgência verificada à época, a contratação em lуме possuía peculiaridade a ensejar cautela por parte da Secretaria de Saúde do Recife. Deveras, os ventiladores pulmonares contratados estavam pendentes de análise pela ANVISA.

Além disso, havia a possibilidade de ser reclamado o pagamento antecipado do contrato consoante vinha, então, sendo exigido por diversos fornecedores, o que culminou por ocorrer, conforme constatado pela auditoria.

Acerca deste particular aspecto da execução da contratação em comento, cumpre destacar que a disciplina introduzida pela Medida Provisória nº 961/2020, em seu art. 1º, facultou à Administração a adoção de cautelas ao pagamento antecipado eventualmente adotado:

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos:

(...)

II - o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que:

(...)

§ 2º Sem prejuízo do disposto no § 1º, a Administração poderá prever cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como:

I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente;

II - a prestação de garantia nas modalidades de que trata o [art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993](#), de até trinta por cento do valor do objeto;

III - a emissão de título de crédito pelo contratado;

IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da Administração; e

V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.

(Grifos nossos).

Não se olvida que ao exigir a certificação do produto pela ANVISA, a SESAU atendeu ao inciso V acima transcrito, o que foi eficaz quanto à segurança dos pacientes uma vez que, efetivamente, os respiradores não foram colocados em uso.

Por outro lado, do ponto de vista econômico, no regime especial das contratações públicas estabelecido devido à pandemia, a exigência de garantias pode ser mitigada, por ser necessário o pronto atendimento.

Conforme o novo regramento, há presunção da comprovação de necessidade de pronto atendimento, consoante estabelece o art.4º-B da Lei nº 13.979/2020:

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

I – ocorrência de situação de emergência

II – necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;

III – existência de risco à segurança de pessoas, de obras, de prestação de serviços, de equipamentos e de outros bens, públicos ou particulares; e

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

Tomando-se, subsidiariamente, o conceito estabelecido no art. 40, §4º e no art. 32, §§ 1º e 7º da Lei de Licitações, a compra “de pronto atendimento” pode ser entendida como de “pronta entrega” ou “entrega imediata”. O art. 32, §1º, notadamente, veicula mitigação à apresentação da documentação de habilitação em situações de fornecimento para pronta entrega:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

Nas aquisições em apreço, verifico que os contratos prevêem brevidade de prazos para as entregas, estando suas respectivas cláusulas quartas assim vazadas:

Contrato nº 4801.01.18.2020, de 30/03/2020:

CLÁUSULA QUARTA: Constituem obrigações da CONTRATADA, além das demais previstas neste contrato ou dele decorrentes: [...] XIV) Os respiradores terão entrega parcelada, a medida que forem produzidos, restando estabelecido que será de no mínimo 50 (cinquenta) itens por semana, a contar do próximo dia 16.04.2020, concluindo em até 15 (quinze) dias úteis. [...]

Contrato nº 4801.01.26.2020, de 06/04/2020:

CLÁUSULA QUARTA: Constituem obrigações da CONTRATADA, além das demais previstas neste contrato ou dele decorrentes: [...] XIV) O prazo de entrega é de 25 (vinte e cinco) dias úteis, a contar da assinatura. [...]

Portanto, além do contexto fático a dificultar a conciliação entre exigir do contratado o cumprimento de formalidades e atender, com celeridade, às demandas relacionadas à vida e à saúde da população, nota-se, também, que a disciplina jurídica da própria Lei de Licitações sugere que o legislador entendeu por abrandar a exigência de garantias aos contratos para entregas a serem realizadas no curto prazo.

Assim, não obstante a cautela que as características das contratações em análise inspirariam, entendo que a legislação extraordinária e a própria Lei de Licitações não autorizam reputar como irregular a ausência de exigência de garantia como apontado pela auditoria.

Em arremate à análise da documentação de habilitação, cumpre anotar que, no tocante ao item V do Quadro 2 (“ausência de certidão negativa da Receita Federal”) e ao Ponto 7 (“persistência da irregularidade na certidão negativa da Receita Federal”) suscitados pelo MPCO, a auditoria registra que se confirmou a autenticidade (Código de Controle de Certidão nº 9347.AE48.2EDB.5A55) da certidão negativa de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União (doc. 1, p. 63, e doc. 2, p. 21), da JUVANETE BARRETO FREIRE (CNPJ nº 35.177.684/0001-86), conforme ANEXO 3 do relatório.

As ponderações, acima tecidas, acerca da não exigência de apresentação, pela contratada, dos documentos de habilitação jurídica, técnica e econômico-financeira não autorizam concluir que a ausência de justificativas do gestor para dispensá-las deveu-se a intenções fraudulentas ou, mesmo, tenha redundado em efeitos lesivos ao erário e à população. Deste modo, remeto a falha de descumprimento da formalidade ao campo das determinações.

4. Ausência de recebimento definitivo

Seguindo a sequência das demais irregularidades apontadas no relatório técnico, detalhadas na sinopse fática, verifica-se a indicação de ausência de recebimento definitivo de 50 (cinquenta) ventiladores pulmonares o que teria possibilitado o pagamento antecipado irregular de R\$ 1.075.000,00 em favor da JUVANETE BARRETO FREIRE.

Indica-se que, para 15 destes ventiladores, com montante pago correspondente a R\$322.500,00, houve atesto provisório sem recebimento de fato dos aparelhos, atribuindo como provável causa da falha, a não elaboração do termo de recebimento provisório previsto na Cláusula Sexta, § 2º, alínea “a”, do Contrato nº 4801.01.18.2020.

Os defendentes argumentam que não foi apontado o dispositivo legal infringido. Sustentam que não há relação entre recebimento definitivo e pagamento e que o atesto definitivo relaciona-se ao efetivo funcionamento do bem. Afirmam que a antecipação de pagamento foi exigência realizada por vários fornecedores, no Brasil e no exterior.

Não procede a alegação da defesa de inexistência de liame entre recebimento definitivo e pagamento.

O recebimento se trata de ato complexo no qual o recebimento provisório confirma a tradição dos bens adquiridos, com a respectiva posse pela Administração e o recebimento definitivo reconhece o adequado cumprimento do contrato, autorizando o pagamento.

Nesse sentido, Jessé Torres Pereira Júnior (Comentários à Lei de Licitações, 6a edição, Ed. Renovar, p.704-705), esclarece que o recebimento precede o pagamento, porquanto configura formalidade pela qual a Administração confirma ter a posse do objeto contratado e que ele está em conformidade com os termos e critérios avençados no contrato:

“O recebimento integra um conjunto articulado de atos a que o direito financeiro brasileiro chama de ‘liquidação da despesa’, cujo ato final (a ordem de pagamento) passa, necessariamente, pela comprovação da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço (Lei nº 4.320/64, arts. 63 e 64) ou seja, pelo recebimento.

(...)

A integração das duas etapas - recebimento provisório e recebimento definitivo - produzirá o ato complexo do recebimento, que se aperfeiçoa, portanto, na passagem da prestação executada, pelo crivo de duas instâncias administrativas (provisória e definitiva), atribuídas a servidores distintos, sem cuja articulação não se poderá considerar a prestação recebida pela Administração.

(...)

O prazo máximo que a Lei prevê para que a Administração efetive o recebimento definitivo, isto é, dê quitação ao contratado, considerando boa a execução e autorizando o correspondente pagamento, é de 90 dias (§ 3º (...)).

(...)

A inobservância desse procedimento e dos respectivos prazos pelos fiscais da contratante decerto que impedirá a expedição da ordem de pagamento

Ademais, verifico que nos termos de dispensa (Dispensas nºs 108/2020 e 129 /2020) estão previstos o recebimento provisório e o recebimento definitivo para conseqüente aceitação dos aparelhos pela Administração, submetendo o pagamento ao atesto pelo gestor do contrato da nota fiscal contendo o detalhamento dos itens entregues e admitindo pagamento antecipado de até 50% quando o produto estiver sob exaurimento, *verbis*:

6 DA CONDIÇÃO DE ENTREGA

(...)

6.3. Os equipamentos, objeto deste Termo, serão recebidos pelo servidor responsável pelo atesto, nas seguintes condições:

a) recebimento provisório, para posterior verificação da conformidade dos equipamentos com as especificações exigidas, no prazo de 10 (dez) dias corridos;

b) recebimento definitivo, se couber, no prazo de 10 (dez) dias corridos, contados do recebimento provisório, após a verificação da quantidade e da análise atestando a qualidade dos equipamentos e sua conseqüente aceitação pela Administração, mediante termo circunstanciado.

(...)

7. O PAGAMENTO

7.1. O pagamento se dará de acordo com a nota fiscal / fatura apresentada, devidamente autorizada pelo gestor do contrato. Na referida fatura deve ser apresentado o detalhamento dos itens entregues;

7.2. O pagamento fica condicionado ao atesto da nota fiscal, em observância ao que estabelece este Termo;

7.3. A Secretaria de Saúde realizará o pagamento de 50% (cinquenta por cento) do valor devido a contratada no momento da assinatura do contrato, e restante após a entrega do equipamento médico-hospitalar, observado o seguinte:

a) A nota fiscal somente será aceita se nela estiver discriminado detalhadamente os equipamentos fornecidos,

(...)

7.4. Nenhum pagamento será efetuado a CONTRATADA enquanto houver pendência de liquidação do obrigação.

7.5. De forma excepcional, será admitido o pagamento de sinal ou arras no patamar de até 50% quando se tratar de produto importado ou cuja comercialização esteja sob exaurimento.

O recebimento provisório de aparelhos não entregues é falha reprovável, porquanto não cabe ao servidor responsável descuidar do zelo que a Lei de Licitações impõe ao ato, inclusive prevendo elaboração de termo circunstanciado, ex vi do art.73, I, "a". Todavia, cumpre registrar que o pagamento antecipado não constitui impossibilidade jurídica, ainda que constitua hipótese excepcional.

Deveras, o Tribunal de Contas da União já se manifestou no sentido de sua possibilidade em situações excepcionais:

(...)

9.3.2. abstenha-se de realizar pagamentos antecipados, quando não houver a conjunção dos seguintes requisitos: previsão da medida no ato convocatório, existência no processo licitatório de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida e estabelecimento de garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação (v.g.: Acórdãos ns. 1.442/2003 – 1ª Câmara, 1.726/2008 – Plenário) ([ACÓRDÃO 1341/2010 - PLENÁRIO](#));

Sobre a mesma matéria, a Advocacia Geral da União editou a Orientação Normativa nº 37/2011:

A ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO SOMENTE DEVE SER ADMITIDA EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELA ADMINISTRAÇÃO, DEMONSTRANDO-SE A EXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO, OBSERVADOS OS SEGUINTE CRITÉRIOS: 1) REPRESENTAR CONDIÇÃO SEM A QUAL NÃO SEJA POSSÍVEL OBTER O BEM OU ASSEGURAR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, OU PROPICIAR ECONOMIA DE RECURSOS; 2) EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DE LICITAÇÃO OU NOS INSTRUMENTOS FORMAIS DE CONTRATAÇÃO DIRETA; E 3) ADOÇÃO DE INDISPENSÁVEIS GARANTIAS, COMO AS DO ART. 56 DA LEI Nº 8.666/93, OU CAUTELAS, COMO POR EXEMPLO A

PREVISÃO DE DEVOLUÇÃO DO VALOR ANTECIPADO CASO NÃO EXECUTADO O OBJETO, A COMPROVAÇÃO DE EXECUÇÃO DE PARTE OU ETA PA DO OBJETO E A EMISSÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO PELO CONTRATADO, ENTRE OUTRAS.

Ademais, em momento seguinte aos fatos analisados nestes autos, sobreveio a Medida Provisória nº 961 de 06/05/2020 a qual, respondendo à dinâmica e às condições reais que passaram a ser verificadas no mercado, autorizou pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20/03/2020, fixando efeitos retroativos:

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos:

(...)

II - o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que:

a) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou

b) propicie significativa economia de recursos;

(...)

§ 1º Na hipótese de que trata o inciso II do caput, a Administração deverá:

I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e

II - exigir do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto a devolução integral.

(...)

Art. 2º O disposto nesta Medida Provisória aplica-se aos atos realizados durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

(Grifos nossos).

As condições ao pagamento antecipado, acima sublinhadas no texto da MP nº 961 /2020, afiguram-se observadas pela SESAU. Deveras, o momento em que se

deram as contratações em apreço correspondeu, notoriamente, ao de maior demanda de ventiladores pulmonares, ensejando a exigência de pagamento antecipado pelos fornecedores como condição de obtenção do bem.

Também se colhe dos autos que os valores unitários dos aparelhos contratados nas Dispensas nº 108/2020 e nº 129/2020 foram, respectivamente, R\$ 21.500,00 e R\$ 25.500,00, inferiores ao preço unitário médio dos ventiladores de, aproximadamente, R\$78 mil, considerando todas as aquisições do aparelho realizadas pela própria SESAU.

Além disso, como antes anotei, a SESAU já fizera constar do termo de dispensa a hipótese de antecipação de pagamento de até 50% do valor contratado.

No tocante à repetição do valor antecipado, foi restituído o montante integral de R\$ 1.075.000,00 ao Fundo Municipal de Saúde (FMS) do Recife, decorrente da rescisão contratual, publicada no Diário Oficial do Recife de 23/05/2020, conforme Comprovante de Solicitação - TED - de 22/05/2020 (doc. 3, 7 p. 96) e Extrato da Conta Corrente do FMS, de 22/05/2020 (doc. 3, p. 97).

Portanto, entendo que a reprovação originalmente pertinente ao pagamento antecipado integral realizado à Juvanete Barreto Freire foi afastada pela norma excepcional em face dos efeitos retroativos previstos no seu art.2º, restando a irregularidade do atesto de recebimento de 15 respiradores.

5. Rescisão contratual amigável

Quanto à rescisão contratual amigável ocorrida em 22/05/2020, entre a Secretaria de Saúde do Recife e a empresa JUVANETE BARRETO FREIRE, o relatório técnico aponta indícios de irregularidade porquanto, em virtude de inexecução parcial do Contrato nº 4801.01.18.2020 e do seu Primeiro Termo Aditivo e da inexecução total do Contrato nº 4801.01.26.2020, seria devida multa total de R\$ 1.047.500,00, caso, ao invés do distrato, tivesse ocorrido a rescisão unilateral pela Administração.

A defesa fundamenta o assentimento à solicitação de distrato pela contratada no interesse público pela descontinuidade de entregas dos aparelhos mecânicos tendo em vista que (i) a situação extremada não se verificou; (ii) aperfeiçoaram-se as entregas de aparelhos digitais, “de qualidade superior e uso amigável”; (iii) não houve finalização da certificação pela ANVISA dos aparelhos da JUVANETE BARRETO FREIRE; (iv) possibilidade de restituição integral e imediata, aos cofres do município, dos valores pagos os quais poderiam ser utilizados para a aquisição de aparelhos mais modernos.

A rescisão amigável é prevista no art.79, II da Lei nº 8.666/93 e pressupõe a ausência de necessidade ou interesse públicos na continuidade do contrato:

(...)

a rescisão contratual só deve ocorrer em casos extremos, quando efetivamente, não houver chances de o contrato chegar a bom termo, colocando em risco o atendimento do interesse público. Sempre que possível, deve a Administração desenvolver todos os esforços no sentido de manter a contratação, normalmente a forma mais rápida e barata de atingir o objetivo pretendido. (BARROS, Márcio dos Santos. Comentários sobre licitações e contratos administrativos. 2ª ed. São Paulo, NDJ, 2011, p. 484).

Os contornos dos contratos em exame evidenciam que a continuidade dos recebimentos dos aparelhos mecânicos se revelava contrária ao interesse público porquanto se indica que dotados de qualidade inferior relativamente aos ventiladores pulmonares digitais. Ainda que os ventiladores mecânicos contratados tivessem obtido prévia autorização da ANVISA, os aparelhos digitais se afiguravam, desde sempre, como a melhor solução e efetivamente almejada pelas gestões públicas, sendo a procura por aqueles deflagrada apenas pela dificuldade em obtenção destes.

No meu sentir, a solicitação de distrato pela contratada se revelou conveniente para a Administração e para a população, mormente quando havia dúvidas se os ventiladores em tela seriam homologados pela ANVISA e, por conseqüência, passíveis de utilização. De fato, a reprovação desta agência configuraria óbice intransponível à utilização dos ventiladores mecânicos e de nada valeria a efetiva entrega, no prazo, pela contratada, de todos os aparelhos.

Tal cenário, sim, redundaria em efetivo prejuízo ao erário e em provável procedimento administrativo ou judicial para o fim de reaver os recursos públicos.

É de se registrar que, em documento da ANVISA assinado em 04/06/2020 (doc. 49), posteriormente à rescisão contratual, consta informação de que o aparelho ainda estava pendente de regularização: “o ventilador pulmonar, modelo BR 200, da empresa BIOEX Equipamentos Médicos e Odontológicos (...) encontra-se em exigência, aguardando o cumprimento por parte da empresa”.

A crítica tecida pela auditoria assenta-se no fato de que, ao proceder à rescisão amigável, a SESAU abdicou de auferir, em favor dos cofres municipais, os valores das multas devidas pelos atrasos verificados nas entregas. Contudo, tal entendimento não guarda coerência com a finalidade da sanção contratual, pois esta presume interesse público em prosseguir com o contrato o que, pelas circunstâncias mencionadas, não mais se verificava, à época do distrato.

Nesse sentido, o juízo da 5ª VARA FEDERAL – PE, em decisão pelo indeferimento de tutela provisória de urgência (doc.14) proferida no Processo Nº 0809337-32.2020.4.05.8300 (AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL RÉU: MUNICÍPIO DO RECIFE), cujo objeto

compreende a mesma contratação, sugere contradição no pleito do Parquet Federal porquanto pretende ver declarada a ilicitude do distrato, sem, todavia, reclamar o reconhecimento da validade e vigência do contrato:

2.2.1. Em leitura dos pedidos de mérito e da causa de pedir constantes da petição inicial, entende-se que a declaração da ilicitude do distrato é para ser aplicada a multa pela desistência na contratação pelas empresas (e não para tornar válido e vigente o contrato desfeito - frise-se).

(...)

2.2.2.

(...)

Muitas dúvidas emergem na leitura da petição de emenda à inicial, pois, se, de um lado, o pedido de mérito é no sentido de se assegurar o pagamento da multa contratual pela resolução do contrato, entendendo-se ilegal a desistência das empresas em contratar com a Municipalidade; de outro lado, o pedido de urgência é formulado como se os respiradores já tivessem sido todos adquiridos pelo Município do Recife e não pudessem ser utilizados pela população, por serem equipamentos impróprios ao uso. (Grifos nossos).

(...)

Infere-se, assim, não haver interesse em eventual manutenção dos contratos em exame e no uso dos aparelhos.

Ademais, necessário ressaltar que, eventual rescisão unilateral em virtude do atraso nas entregas, apontado pela auditoria, teria por fundamento o inciso I, do art.79, da nº 8.666/93 e ensejaria as conseqüências previstas no art. 80 da mesma lei:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

(...)

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

(...)

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II deste artigo fica a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Observa-se que, nos termos do art.80 da lei c/c o seu art.58, V, a rescisão por ato unilateral facultaria à Administração, provisoriamente, a assunção imediata do objeto, a utilização dos equipamentos, a execução da garantia contratual, a retenção de créditos do contrato até o limite de eventuais prejuízos sofridos pela Administração.

Todavia, como analisado neste voto, nenhuma destas prerrogativas se revelavam, à época da extinção contratual, de interesse ou passível de execução pela SESAU tendo em vista que (i) a utilização dos aparelhos contratados não se mostrava conveniente em face de sobrevinda disponibilidade de outros, mais modernos; (ii) não havia garantia contratual a ser executada nem (iii) créditos a serem retidos da contratada.

Assim, a rescisão unilateral apenas serviria à execução da multa contratual a qual, repita-se, não estaria lastreada em real frustração de interesse da Administração na continuidade do contrato.

Ademais, o valor estimado pela auditoria para referida sanção pecuniária somaria R\$ 1.047.500,000, inferior ao montante de R\$ 1.075.000,00, efetiva e imediatamente retornado aos cofres municipais.

Assim, entendo que o gestor que autorizou o distrato vislumbrou a solução mais eficiente para o caso concreto, tendo em vista que logrou se desfazer dos ventiladores pulmonares mecânicos e obter pronta restituição ao tesouro municipal do valor até então pago por eles.

Acerca da rescisão amigável, colhe-se da doutrina a necessidade de que ela se revele em alinhamento com a conveniência da Administração:

A rescisão amigável é feita por acordo entre as partes, sendo aceitável quando haja conveniência para a Administração. Decorre, assim, da manifestação bilateral dos contratantes. Nesta hipótese não há litígio entre eles, mas sim interesses comuns, sobretudo da Administração que, quanto ao desfazimento, terá discricionariedade em sua resolução (art. 79, II, do Estatuto).

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. op. cit., p. 215).

O inc. II exige interpretação sistemática, informada pelos princípios jurídicos fundamentais, sob pena de resultado arbitrário. O dispositivo determina que a rescisão amigável se efetivará ‘... desde que haja conveniência para a Administração’. Essa redação não pode induzir ao entendimento de que a Administração estaria sendo autorizada a adotar a condição que bem entendesse.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, op. cit., p. 830.

O Ministro Benjamin Zymler, em decisão revisora, consigna entendimento de que, havendo interesse da Administração na continuidade da contratação não caberia a rescisão amigável, pois esta pressupõe conveniência para o Poder Público. Extrai-se, a contrario sensu, que inexistindo interesse público na continuidade da avença e lhe sendo conveniente a extinção do contrato, o distrato se revela possível:

O instituto da rescisão amigável previsto na Lei 8.666/93 tem aplicação restrita, uma vez que não é cabível quando configurada outra hipótese que dê ensejo à rescisão e somente pode ocorrer quando for conveniente para a Administração. Por conseguinte, não pode resultar em prejuízo para o contratante. Sendo necessário o serviço, não pode o gestor, discricionariamente, autorizar o término do contrato

(Acórdão 3567/2014, Representação, Revisor Ministro Benjamin Zymler, Plenário do TCU).

Fiando-se apenas numa interpretação mecanicista da lei, o atraso verificado nos prazos de entrega configura inadimplência contratual. Todavia - repita-se - sobressai o fato de que a obtenção do objeto, cuja entrega se encontrava em atraso, não mais coincidia com o interesse público, de sorte que, houvesse a Administração procedido à rescisão unilateral, possivelmente maiores dificuldades tivessem sido impostas à recomposição do erário, em curto espaço de tempo, quando os recursos se tornaram sobremodo necessários, dado o momento de tantos dispêndios em saúde pública.

DA CONCLUSÃO.

Todo o exposto neste voto demonstra que a auditoria desta Casa desempenhou minudente averiguação dos atos administrativos compreendidos nas contratações em exame, exercendo sua atribuição instrutória, voltada à análise de conformidade destes atos à luz das regras que orientam o processamento da despesa pública.

Não obstante, o juízo dos fatos contidos nestes autos reclama que eles sejam valorados à luz de um contexto excepcional, diverso daquele que usualmente laboram os agentes públicos e os órgãos de controle.

O somatório de circunstâncias como emergência pública, escassez dos bens imprescindíveis ao salvamento de vidas e urgência das medidas administrativas demandam mais que a aplicação mecânica da legislação que rege ordinariamente a matéria. Deveras, impõe-se ao julgador aplicar o regramento excepcionalmente editado para o momento da pandemia do Covid-19, visitar meta-normas e equilibrar valores jurídicos.

Como cediço, o ordenamento jurídico, em todos os níveis da federação, foi submetido a adequações voltadas, notadamente, a promover flexibilização e maior celeridade às medidas administrativas de combate à Covid-19 e, de outro, a socorrer a economia fortemente impactada pela pandemia.

Nessa esteira, para as necessidades associadas à pandemia, estabeleceram-se as contratações diretas, a ampliação do regime diferenciado de contratações

(RDC), a dispensa de certas formalidades, a permissão de pagamento antecipado, dentre outras.

Por óbvio, as alterações legislativas havidas não amparam a ação arbitrária, ilícita, lesiva ao erário ou dissociada da urgência sanitária.

De outra banda, a Lei nº 13.655/2018, obriga o aplicador do direito a considerar o primado da realidade. Portanto, mormente em situação de grave excepcionalidade, as notórias dificuldades vivenciadas pelas gestões públicas não podem ser desprezadas:

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.” (Grifos nossos).

Por fim, a avaliação do objeto destes autos não pode prescindir do necessário cotejo entre os valores jurídicos tutelados. Com efeito, entendo que, além de os fatos examinados - referentes à ausência de justificativa formal para a dispensa de certa documentação de habilitação, antecipação de pagamento e rescisão consensual do contrato – terem ocorrido sob a vigência de disciplina jurídica excepcional, não se pode olvidar que eles estão relacionados a ações de gestão pública voltadas à preservação da saúde e da vida dos indivíduos - bens jurídicos de primeira grandeza.

Assim, sopesando os fatos e os documentos que integram estes autos e a emergência de saúde pública enfrentada mundialmente, não vislumbro nas Dispensas nºs 108/2020 e 129/2020, da Secretaria de Saúde do Recife, falhas que não possam ser ilididas, justificadas ou mitigadas à luz das circunstâncias extraordinárias vivenciadas quando, no âmbito dos presentes autos, não foram comprovados fraude, ilicitude ou dano ao erário. Tampouco há elementos que evidenciem favorecimento à contratada.

No tocante à inexistência de antieconomicidade ou dano, verifiquei que os checklists de ambas as dispensas, remetendo às respectivas matrizes de risco, registram que os preços contratados estavam “visivelmente dentro dos preços

praticados no mercado” (Apêndices 01 e 02 do relatório de auditoria). Demais disso, com a rescisão contratual, os valores pagos à contratada foram restituídos integralmente ao tesouro do município.

Destarte, inexistindo nestes autos qualquer apontamento de dano ao erário ou de efetivo prejuízo ao interesse público e amparando-me na legislação extraordinária editada para as contratações relacionadas à Covid-19; no art.22 da LINDB e no sopesamento entre as falhas administrativas e os bens jurídicos envolvidos, reputo aquelas como inaptas a conduzir a apreciação dos fatos à conclusão pela irregularidade do objeto da presente auditoria especial.

Diante do exposto,

VOTO pelo que segue:

CONSIDERANDO os fatos apontados pela auditoria;

CONSIDERANDO a defesa apresentada pelos gestores da Secretaria de Saúde do Recife;

CONSIDERANDO a competência desta Corte de Contas para apreciação das contratações, objeto dos autos, tendo em vista que os recursos nelas envolvidos pertenciam ao município do Recife porquanto originados de conta bancária destinada à movimentação de créditos oriundos do tesouro municipal;

CONSIDERANDO que a análise da auditoria revelou ser improcedente a hipótese suscitada pelo MPCO de tentativa, por parte da Secretaria de Saúde do Recife, de alterar retroativamente a fonte dos recursos utilizados para o pagamento, no valor de R\$ 1.075.000,00, referentes a 50 ventiladores pulmonares;

CONSIDERANDO incipientes os elementos contidos nestes autos para o fim de caracterizar suposto favorecimento à contratada;

CONSIDERANDO que o CNPJ da JUVANETE BARRETO FREIRE contratada é válido e o registro comercial da empresa individual foi regularizado perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo indicando que a empresa existe e estava em funcionamento;

CONSIDERANDO que, a despeito da ausência de comprovação da qualificação técnica da empresa, previamente ao contrato, a SESAU não procedeu à utilização dos equipamentos sem a aprovação da ANVISA, consoante exigência contida no termo de referência;

CONSIDERANDO que o art. 4º-B da Lei nº 13.979/2020 c/c o art. 32, §1º da Lei nº 8.666/1993 não permitem reputar irregular a não exigência de garantias da contratada;

CONSIDERANDO que o art. 4º-F da Lei 13.979/2020 flexibilizou a necessidade de apresentação da documentação de habilitação;

CONSIDERANDO que o exame da auditoria verificou ser improcedente a suposta ausência de regularidade fiscal da contratada perante a União;

CONSIDERANDO que o pagamento antecipado de 50 respiradores pulmonares restou convalidado pelo art. 2º da Medida Provisória nº 961 de 06/05/2020 que estabeleceu efeitos retroativos à autorização de pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos relacionados ao combate à pandemia;

CONSIDERANDO que o recebimento provisório de 15 respiradores pulmonares não entregues à Secretaria de Saúde do Recife é falha que atenta contra o dever de zelo do servidor público responsável pelo acompanhamento dos contratos administrativos, ensejando a aplicação de multa;

CONSIDERANDO que durante a execução contratual houve um único desembolso, no valor de R\$ 1.075.000,00, o qual foi integralmente restituído aos cofres municipais;

CONSIDERANDO que, quando da extinção do contrato, publicada em 23 de maio de 2020, já não havia a dificuldade de obtenção de respiradores verificada na época da contratação - até então, momento mais crítico da pandemia - e a aquisição de respiradores mecânicos, de qualidade inferior aos digitais, já não era conveniente para a Administração contratante por não serem os aparelhos que melhor atendiam ao interesse público;

CONSIDERANDO que, não mais havendo interesse nem necessidade da Administração no objeto contratado e, por conseguinte, na continuidade da execução contratual, não se verifica óbice à rescisão amigável adotada porquanto esta viabilizou a plena recomposição do erário dos valores pagos, permitindo a aplicação dos recursos em outras contratações;

CONSIDERANDO que não há evidências de que a opção pela rescisão unilateral atenderia ao melhor interesse público, pois se de um lado permitiria à Administração a aplicação de multa pelos atrasos verificados nas entregas do objeto, de outro, o distrato permitiu a imediata restituição dos valores pagos ao tesouro municipal e a devolução de equipamentos os quais, posteriormente, não vieram a obter a aprovação da ANVISA;

CONSIDERANDO a legislação excepcional que flexibilizou regras voltadas às contratações relacionadas ao enfrentamento da Covid-19, notadamente a Lei nº 13.379/2020;

CONSIDERANDO o art.22 da Lei nº 13.655/2018 o qual impõe ao aplicador da lei que sejam considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados;

CONSIDERANDO as circunstâncias adversas decorrentes da emergência de saúde pública que impuseram esforços das gestões públicas no sentido de preservar a saúde e a vida dos cidadãos,

CONSIDERANDO o disposto nos artigos 70 e 71, inciso II e VIII, § 3º, combinados com o artigo 75, da Constituição Federal, e no artigo 59, inciso II, combinado com o artigo 71 da Lei Estadual nº 12.600/04 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco);

JULGAR regular com ressalvas o objeto do presente processo de auditoria especial - Conformidade, com relação às contas de:

Felipe Soares Bittencourt
Fernanda Emanuele Arantes Castro Da Silva
Jailson De Barros Correia
Mariah Simoes Da Mota Loureiro Amorim Bravo

APLICAR multa no valor de R\$ 8.803,50, prevista no Artigo 73 da Lei Estadual 12.600/04 inciso(s) I , ao(à) Sr(a) Mariah Simoes Da Mota Loureiro Amorim Bravo, que deverá ser recolhida, no prazo de 15 (quinze) dias do trânsito em julgado desta deliberação, ao Fundo de Aperfeiçoamento Profissional e Reequipamento Técnico do Tribunal, por intermédio de boleto bancário a ser emitido no sítio da internet deste Tribunal de Contas (www.tce.pe.gov.br) .

DETERMINAR, com base no disposto no artigo 69 combinado com o artigo 70, inciso V, ambos da Lei Estadual nº 12.600/2004, ao atual gestor do(a) Secretaria de Saúde do Recife, ou quem vier a sucedê-lo, que atenda, no prazo indicado, a medida a seguir relacionada :

1. nas contratações de bens e serviços regidos pela Lei nº 13.979 /2020, cumpra-se a formalidade prevista no art.4º-F, alusiva à apresentação de justificativa quando de eventual dispensa de apresentação da documentação de habilitação facultada pelo dispositivo