

IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO

PROCESSO TCE-PE N° 20100822-1

RELATOR: CONSELHEIRO CARLOS NEVES

MODALIDADE - TIPO: Auditoria Especial - Conformidade

EXERCÍCIO: 2020

UNIDADE JURISDICIONADA: Secretaria de Saúde do Recife

INTERESSADOS:

JAILSON DE BARROS CORREIA

JOAO MAURICIO DE ALMEIDA

PRISCILA KRAUSE BRANCO

IVAN FERREIRA GOMES NETO (OAB 33740-PE)

SUSAN PROCÓPIO LEITE DE CARVALHO

EMENTA

CALAMIDADE PÚBLICA. URGÊNCIA EPIDEMIOLÓGICA. LEGISLAÇÃO PROVISÓRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PARECERISTA CONSULTIVO. PROCESSAMENTO ORDENADO DA DISPENSA EMERGENCIAL.

1. A legislação provisória estabelece presunção de adequação dos quantitativos contratados ao atendimento da necessidade emergencial, inexistindo exigência de justificá-los;

2. Falhas formais em processos emergenciais devem ser mitigadas quando forem convalidadas e não tenham se revelado aptas a causar prejuízos ao resultado pretendido;

3. As dispensas emergenciais devem ser processadas e instruídas em conformidade com o encadeamento sequencial lógico dos documentos instrucionais e das etapas previstas em lei.

DESCRIÇÃO DO OBJETO

Avaliar a regularidade do processo de Dispensa de Licitação nº 028/2020.
#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 fraldas descartáveis, no âmbito do Processo de Dispensa de Licitação nº 028/2020, da Secretaria de Saúde do Recife”.

Consoante registra o relatório de auditoria (doc. 17), por meio da Dispensa nº 028 /2020, a SESAU procedeu à contratação da empresa DROGAFONTE LTDA, CNPJ nº 08.778.201/0001-26 para o fornecimento de fraldas descartáveis, ao preço total de R\$ 487.500,00:

Quadro 1 - Objeto do Processo de Dispensa de Licitação nº 028/2020 - Drogafonte LTDA

Fornecedora	Especificação	Quant.	Valor Unitário	Valor Total
Drogafonte LTDA	FRALDA DESCARTÁVEL, ANATÔMICO GRANDE ACIMA DE 90 KG, FLOCOS DE GEL, ABAS ANTIVAZAMENTO , FAIXA AJUSTÁVEL , FITAS ADESIVAS MULTI AJUSTÁVEIS REUTILIZÁVEIS, ALGODÃO NÃO DESFAÇA QUANDO MOLHADO.	350000	R\$ 0,975	R\$ 341.250,00
	FRALDA DESCARTÁVEL GERIÁTRICA ADULTO - TAMANHO MÉDIO, COMPOSTA DE COBERTURA INTERNA DE FALSO TECIDO, ANTIALÉRGICO, PELÍCULA ANTI-UMIDADE, COM DUAS A TRÊS CAMADAS DE POLPA DE CELULOSE, COM 03 FIOS DE ELÁSTICO E 02 FITAS ADESIVAS DE CADA LADO PARA AJUSTE DA FRALDA,	150000	R\$ 0,975	R\$ 146.250,00

	COM GEL ABSORVENTE E BARREIRA ANTI-VAZAMENTO, COBERTURA EXTERNA IMPERMEÁVEL, ELÁSTICOS NAS PERNAS, PARA USO ADULTO OU GERIÁTRICO, DESCARTÁVEL E DE FORMATO ANATÔMICO, EMBALAGEM EM MATERIAL QUE GARANTA INTEGRIDADE DO PRODUTO. A APRESENTAÇÃO DO PRODUTO DEVERÁ OBEDECER À LEGISLAÇÃO VIGENTE, CONTENDO DADOS DE IDENTIFICAÇÃO E PROCEDÊNCIA, VALIDADE, LOTE, REGISTRO OU CADASTRO NO MS.			
Subtotal	RS 487.500,00			

Fonte: autoria própria, a partir das informações disponibilizadas no Termo de Dispensa de Licitação nº 028/2020 (doc. 01, p. 4 e 5).

Documento Assinado Digitalmente por: JOSE MURILLO CAVALCANTE SANT'ANNA JUNIOR
 Acesso em: https://www.tcepe.gov.br/ajp/vvalidador.aspx?Codigo_documento: 97910a07-2863-4065-8561

A peça técnica registra que a fonte de recurso utilizada para a despesa foi a nº 0244 - TRANSFERÊNCIA DO SUS. (doc. 01, p. 73-75).

Os achados referentes às contratações em apreço são apontados no item 2 do relatório de auditoria:

- 2.1.1. Falta de justificativa da quantidade de fraldas descartáveis compradas, sugerindo superdimensionamento
- 2.1.2. Indícios de montagem do processo de Dispensa n.º 028/2020, a fim de justificar a escolha prévia do fornecedor
- 2.1.3. Ratificação de dispensa sem comprovação do cumprimento dos limites atinentes ao trabalho de menores

Os interessados foram notificados (docs.09 a 16), estando as respectivas defesas consignadas nos docs.24 e 25 dos autos.

Apresentaram defesa conjunta Jailson de Barros Correia, Secretário Municipal de Saúde e João Maurício de Almeida, Gerente Geral de Assistência Farmacêutica (Doc. 25).

As peças defensivas dos ex-gestores da Secretaria de Saúde do Recife, para o fim de circunstanciar a urgência em que foram realizadas as contratações iniciais destinadas ao enfrentamento da Covid-19, trazem aos autos informações relativas

à sobrecarga de trabalho e à estruturação das atividades voltadas ao atendimento das demandas urgentes.

Também apresentou sua defesa individual Susan Procópio Leite de Carvalho, Procuradora do Município (Doc. 24) na qual, preliminarmente, suscita ilegitimidade passiva *ad causam* para figurar no polo passivo da presente relação jurídico-processual. No mérito, aduz que as imputações de falhas a ela atribuídas pela auditoria são destituídas de substrato legal.

Ao final os defendentes requerem que sejam consideradas as suas contrarrazões, suscitando em seu favor os arts.20 a 22 da LINDB, o teor do art. 12 do Decreto Federal nº 9.830/2019, o julgamento do Processo TC nº 1820642-6 por este TCE e a Resolução nº 315/2020 do TCU, para que, por fim, seja julgada regular a presente auditoria especial.

Em 26/05/2021, o Ministério Público de Contas atravessou nos autos requerimento (Doc.28) para que a Coordenadoria de Controle Externo elaborasse “nota técnica de esclarecimento, considerando as peças de defesa e novos documentos apresentados, sobre os itens 2.1.1 e 2.1.2 do relatório de auditoria”.

Em 24/08/2021, a Deputada Priscila Krause requereu o seu ingresso no feito como parte interessada na condição de denunciante (Doc.30). Fundamentou o pleito no art. 123, § 2º, III do art. 123 do Regimento Interno deste TCE, tendo em vista representação por ela formulada em 03/12/2020 (Doc.05) junto ao MPCO, cujo objeto é a denúncia de supostas irregularidades em contratações procedidas pela Secretaria de Saúde do Recife, no exercício de 2020.

Dentre as aquisições que menciona, a requerente aponta a que é examinada nos presentes autos, processada por meio da Dispensa nº 28/2020.

Deferi o pleito (Docs.31 e 36) e desta decisão os Srs. Jailson de Barros Correia e João Maurício de Almeida interpuseram Agravo. Por força do art.79, §1º, da LOTCE, o recurso foi submetido ao Pleno que se manifestou pelo seu não provimento (Doc.XX).

É o relatório.

VOTO

I – Do Regime Emergencial de Contratação Pública Para o Enfrentamento à Pandemia

A contratação em apreço integra as medidas administrativas procedidas pela Secretaria de Saúde do Recife para o enfrentamento da pandemia da Covid-19.

Portanto, deve ser examinada, precipuamente, à luz da legislação provisória editada para tal finalidade.

Conquanto seja o controle externo sobre os contratos públicos historicamente fincado na legislação ordinária, eventual revisitação àquele arcabouço normativo para além da aplicação subsidiária deve ser afastada em privilégio do regime transitório estabelecido para fazer face à excepcionalidade dos fatos vividos na presente quadra histórica do nosso país e do mundo.

Com efeito, a atuação das Cortes de Contas sobre os atos administrativos relacionados ao combate à crise epidemiológica não deve se distanciar do novel paradigma normativo o qual perpassa todo o iter do controle por elas exercido: da fiscalização ao julgamento. Não se trata de opção, mas de dever imposto por lei.

A disciplina ordinária 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.

Não é possível atrair o procedimento da Lei nº 8.666/1993 a tais contratações quando houver conflito expresso ou implícito com o procedimento previsto na Lei nº 13.979/2020 ou com a sua finalidade precípua que é a proteção dos bens da vida e da saúde.

Sobre a aplicação dos sistemas normativos provisórios, Jorge Ulisses Jacoby assim leciona:

(...) 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)

Oportuno destacar que as manifestações dos órgãos de controle, neste período, são dotadas de especial responsabilidade perante a sociedade não apenas pela magnitude das despesas sob seu escrutínio, mas também – e não menos importante – pela função pedagógica junto aos administradores públicos e à população para que os atos administrativos relacionados às medidas de enfrentamento à Covid-19 sejam corretamente executados por aqueles e devidamente compreendidos pela sociedade.

A toda evidência, as dificuldades enfrentadas pelos gestores públicos na gestão da pandemia não os eximem de responsabilização por condutas que extrapolem os limites da flexibilização permitida pelo regime transitório de contratações públicas.

Contudo, o exercício do controle dissociado da sensibilidade exigida pelo momento e pela legislação, não apenas configura desatendimento ao regramento excepcional estabelecido como também se revela contrário ao que estabelece o art.22 do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942(LINDB):

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.

Os contornos normativos que regem o momento excepcional obrigam o julgador a considerar o primado da realidade, evitando prestigiar formalismos em detrimento da saúde e da vida. Do contrário, haverá o risco de isentar o gestor inerte ou hesitante e punir o diligente, além de comunicar à população conceitos e juízos equivocados sobre atos administrativos realizados conforme o regime extraordinário vigente.

Feitas as considerações acima, passo à análise dos achados de fiscalização registrados no relatório de auditoria em cotejo com as defesas apresentadas.

II – DO REQUERIMENTO DO MPCO.

Introdutoriamente cumpre analisar o requerimento do MPCO para elaboração de nota técnica de esclarecimento.

Consoante mencionado na sinopse fática, o Ministério Público de Contas requereu que estes autos retornassem ao corpo técnico deste Tribunal para o fim de que fossem examinadas as alegações apresentadas pela defesa sobre o item 2.1.1 do relatório de auditoria.

Não obstante, com as devidas vênias, esta relatoria não entendeu necessária a elaboração da nota técnica requerida, tendo em vista não haver identificado, no

presente processo, lacunas ou imprecisões no relatório instrucional que impedissem a formação de juízo acerca dos fatos e provas que constam do processo.

Havendo procedido ao exame dos documentos produzidos e competindo-me presidir a instrução do feito, não identifiquei necessidade de exercer a faculdade prevista pelo art. 12, IV do Regimento Interno deste Tribunal que confere ao relator a competência para solicitar informações complementares à equipe de auditoria ou aos defendentes:

Art. 12. Compete ao Conselheiro:

(...)

IV – solicitar aos jurisdicionados e/ou responsáveis pelas auditorias informações complementares sobre os processos submetidos à sua apreciação;

V – presidir a instrução do feito, determinando providências e diligências, bem como proferindo despachos interlocutórios necessários àquela finalidade, em conformidade com as normas e os procedimentos do Tribunal;

Ademais, o Parquet de Contas não especificou a dúvida existente, sendo certo que o retorno dos autos à auditoria significaria demandar da área de fiscalização desta Casa repetição de trabalho já realizado, tendo em vista que redundaria na reanálise de todos os fatos aduzidos no item 2.1.1 em tela, sobrecarregando os técnicos e interrompendo trabalhos em andamento.

Com efeito, uma vez conclusos os autos ao relator, o retorno deles à Coordenadoria de Controle Externo deve se restringir às hipóteses nas quais a formação do juízo dependa de um esclarecimento técnico específico acerca de documentos e circunstâncias fáticas que inspirem dúvidas precisamente identificadas por quem demanda a reavaliação técnica.

Assim, não havendo um questionamento objetivo a ser esclarecido pela auditoria, a análise geral da defesa apresentada aos fatos que lhes foram imputados compreende, justamente, a essência do papel do julgador.

Neste sentido, a fim de evitar que os trabalhos de fiscalização sofram atrasos decorrentes de interrupções destinadas a analisar defesas em processos com instrução concluída, o Provimento nº 05/2011 exarado pela Corregedoria deste Tribunal impôs que solicitações de nota técnica sejam objetivas, contendo a especificação da dúvida eventualmente existente:

I) Aos Gabinetes de Conselheiros, Auditores Substitutos e Procuradores:

Quando solicitada Nota Técnica de Esclarecimento aos setores vinculados à Coordenadoria de Controle Externo, além de se identificar o ponto a ser reapreciado, deve-se especificar a dúvida existente (itens 3.1.2 e 3.2.3.) (grifos nossos).

II) À Coordenadoria de Controle Externo:

a) Após a juntada aos autos das peças de defesa ou o decurso do prazo, no caso de revelia, o processo deverá ser enviado ao respectivo Relator, que poderá solicitar esclarecimentos aos segmentos de fiscalização, observado o disposto no inciso I; (NR) (Redação dada pelo Provimento TC/CORG nº 03 /2016, de 25 de outubro de 2016).

Destarte, reputando o feito maduro para ser submetido a julgamento, passo à análise dos apontamentos da auditoria e das alegações da defesa.

III – DA PRELIMINAR DE MÉRITO.

Susan Procópio Leite de Carvalho, Procuradora do Município, suscita preliminar de ilegitimidade passiva ad causam para figurar no polo passivo deste processo, sob fundamento de que, no exercício das funções inerentes ao seu cargo de Procuradora Judicial do Município do Recife, não pode ser responsabilizada pelo parecer exarado no bojo do processo de dispensa, objeto da presente auditoria especial, notadamente quanto à imputação constante do item 2.1.1 do Relatório de Auditoria, referente a falhas no Processamento da Dispensa de Licitação nº 131/2020.

Introdutoriamente, aponta ausência de indicação da conduta ilícita a si atribuída o que inviabilizaria o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Acrescenta que o parecer emitido por advogado público consultivo tem caráter enunciativo, não vinculante, acrescentando que sem comprovação de dolo, erro grosseiro ou má fé tampouco do nexos causal entre o opinativo e a irregularidade, não se pode responsabilizar solidariamente o parecerista.

Sustenta que, no âmbito das Cortes de Contas, a responsabilização do advogado de Estado deve ser afastada porque a sua atividade não configura ato de gestão administrativa de bens e valores públicos.

Relaciona entendimentos do STF acerca da matéria a exemplo das manifestações da Corte nos MS 24.073/DF; MS 24.631/DF; MS 24.584/DF. Também colaciona manifestação, no mesmo sentido, do MPCO junto ao TCE/PE, esposada no Processo TC nº 0906441-2.

Assim expostos os argumentos preliminares, pugna a defendente pela sua exclusão do rol de responsáveis.

Este Tribunal já reconheceu, por ocasião do julgamento de caso análogo, colacionado aos autos pela defesa (Processo TC nº 0906441-2), ser remansoso o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o advogado não é responsável pelo ato administrativo praticado com base no parecer por ele emitido quando suas manifestações não revelarem atuação abusiva, dolo ou erro grave e inescusável.

O Acórdão a seguir transcrito, suscitado no voto do e. Conselheiro relator do precedente desta Casa, exprime o entendimento reiterado daquela Corte Suprema sobre o tema:

MS 24073 / DF - DISTRITO FEDERAL

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.

II. O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III. - Mandado de Segurança deferido (grifos nossos).

(STF. MS 24073-DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Jul.:06/11/2002. DJ nº 219, 13/11/2002)

Verifica-se que não se trata de afastar aprioristicamente a possibilidade de responsabilização dos advogados públicos que venham a cometer abusos em procedimentos administrativos, mas de reconhecer que o exame da assessoria jurídica do órgão é meramente opinativo, sem o condão de vincular os atos do administrador público. Assim, não é possível atribuir ao parecerista corresponsabilidade por atos de gestão sobre bens e recursos públicos praticados com base em opinativo por ele lavrado.

Nesse sentido, também, a lição de Hely Lopes Meirelles:

O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.

O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p.ex., nos casos em que a lei exige prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração (grifos nossos).

(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 189.)

No que toca à atuação da Sr^a. Susan Carvalho, o relatório de auditoria fundamenta a responsabilização da parecerista pelas falhas apontadas ao processamento da Dispensa em exame nos seguintes termos: “Emitir parecer jurídico com erro grosseiro (sem data, atribuindo a outro contratado o objeto da dispensa e com valor distinto)”, opinando pela legalidade do processo de dispensa nº 131/2020, já ratificado pela autoridade competente e omissivo de elementos essenciais: justificativa de quantitativo, sem fundamentação técnica para aquisição, sem uma sequência ordenada de atos, quando deveria ter opinado pelo saneamento das ilegalidades contidas”

A manifestação jurídica eivada de erro grosseiro é aquela que revela manejo do Direito flagrantemente equivocado e que, por conseguinte, induz o gestor público à prática de irregularidade grave. Ocorre que à contratação em apreço sequer foi apontado dano, fraude ou qualquer outra falha de natureza grave.

Ademais, cumpre mencionar entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que eventual apontamento de erro jurídico grosseiro ao parecerista pelas Corte de Contas, não lhes autoriza responsabilizá-lo de plano, porquanto desconformidades em manifestações do advogado público, no exercício de suas atribuições, seriam objeto de avaliação formal perante as instâncias de controle próprias, sejam os órgãos aos quais esteja vinculado o parecerista, seja o poder judiciário:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. [...]

II. [...]

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido (Grifos nossos).

(STF – MS 24631 DF, Relator: Min.Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 09 /08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação DJe 018)

Em exame de manifestações do TCU e do STF sobre o tema, Jacoby assim sintetiza a jurisprudência de referidos colegiados:

a) a aprovação do edital, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 é ato decisório; implica corresponsabilidade;

b) o parecer sobre dispensa e inexigibilidade, nos termos do art. 38, inc. VI, é ato técnico opinativo e não gera corresponsabilidade;

c) os órgãos de controle externo não podem imputar responsabilidade a quem defende tese juridicamente razoável;

d) o órgão jurídico não pode sustentar ato contra expressa disposição de Lei.

(JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação Direta sem Licitação, 10ª Ed., Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 573)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sobre o mesmo tema, leciona:

Ainda que houvesse dolo, má-fé, erro grosseiro, falso embasamento doutrinário ou jurisprudencial, a responsabilização do Advogado de Estado, que legitimaria aqueles Órgãos a aplicar-lhe sanção pelo presumido exercício

faltoso de sua profissão, dependeria sempre da prévia prova de culpa ou de dolo, processualmente formada perante seus órgãos próprios de controle – sejam os corporativos, seja o Judiciário – e por eles decidida no exercício de suas próprias e indelegáveis competências e, como tal, inafastáveis (grifos nossos).

(MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGR-RJ, Rio de Janeiro, v.63, p.20, 2008.)

Assim, ainda que a análise de mérito conclua pela irregularidade da presente auditoria especial, não há como se estender a responsabilização à interessada.

Nestes termos, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam para excluir a Sr^a. Susan Carvalho do rol dos responsáveis que figuram nestes autos.

IV – DO MÉRITO.

Passo à análise dos achados constantes do relatório de auditoria e dos argumentos apresentados pelos defendentes.

2.1.1. Falta de justificativa da quantidade de fraldas descartáveis compradas, sugerindo superdimensionamento

O relatório de auditoria aponta o seguinte:

(...) verificou-se a inexistência de fontes e critérios utilizados para estimar os quantitativos dos itens objeto das contratações, que somadas totalizam 487.500,00 (quatrocentos e oitenta e sete mil e quinhentos reais) para fornecimento de MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR (Fraldas Descartáveis), para atender as necessidades da Rede Municipal de Saúde do Recife.

(...)

a definição prévia do quantitativo a ser demandado pela administração pública, que deve ser pautado no histórico de utilização do objeto e na previsão de incremento de utilização futura, comprova a necessidade da contratação, além de ter um peso na formulação do preço, em razão de uma maior ou menor economia de escala.

Embora inexista obrigatoriedade de contratação de quaisquer quantitativos, é de fundamental importância, sempre que possível, que a estimativa de consumo inserida no processo reflita o quantitativo mais próximo do que será efetivamente contratado (...)

Ainda, segundo o Tribunal de Contas da União, os processos de contratação relacionados ao enfrentamento da crise do novo coronavírus devem ser instruídos com a devida motivação dos atos, como assim dispõe o Acórdão n.º 1335/2020:

Os processos de contratação relacionados ao enfrentamento da crise do novo coronavírus devem ser instruídos com a devida **motivação dos atos por meio da inclusão nos autos, no mínimo, de justificativas específicas da necessidade da contratação, da quantidade dos bens ou serviços a serem contratados com as respectivas memórias de cálculo e com a destinação do objeto contratado** (Acórdão 1335/2020 - PLENÁRIO - TCU - Grifo nosso)

A auditoria suscita o art. 15, § 7º, II, da Lei de Licitações que prevê a necessidade de critérios para a definição dos quantitativos do objeto a ser licitado.

O relatório acrescenta que "(...) não foram juntados o consumo histórico, a relação das unidades demandantes dos produtos, as solicitações realizadas pelos diversos setores que farão uso dos objetos contratados, a previsão de incremento da demanda, entre outras informações que poderiam lastrear as estimativas contidas no Termo de Dispensa de Licitação".

A equipe deste Tribunal estima o quantitativo de fraldas que seria cabível, adotando os seguintes parâmetros:

- 1 - Considerando apenas a expectativa de ampliação de 1.181 novos leitos;
- 2 - Considerando que estes 1.181 novos leitos fossem preenchidos por adultos;
- 3 - Considerando que todos esses adultos teriam a necessidade de 01 (uma) fralda por dia;
- 4 - Teria-se que utilizar as 500.000 (quinhentas mil) fraldas para estes leitos, o que daria uma operação de 500.000/1.181, que resultaria no quantitativo de 423 dias de duração deste estoque adquirido. Significa dizer que o quantitativo de fraldas adquirido duraria aproximadamente 14 meses.

Observa-se então o não atendimento ao inciso IV do artigo 4º-B da Lei Federal nº 13.979/2020 pois há a condição de limitação da contratação à parcela

necessária ao atendimento da situação de emergência (...) sugerindo a aquisição de fraldas em excesso.

Os defendentes Jailson de Barros Correia e João Mauricio de Almeida argumentam que “o quantitativo constou da CI nº 333/2020, da Gerência Geral de Assistência Farmacêutica, constando o quantitativo de Fraldas Descartáveis, em seu anexo, assim no Termo de Dispensa, como vem sendo praxe em processos licitatórios, aonde o estudo da demanda e necessidade não integra os autos, mas é realizado internamente, em atenção às disposições do art. 15, §7º, II, da Lei nº 8.666/1993”.

Apresentam, como fundamento do volume de fraldas descartáveis contratadas, a seguinte memória de cálculo:

DATA BASE CÁLCULO: MARÇO/2020

QNT DIMENSIONADA 500.000

ESTIMATIVA DE PACIENTES QUE UTILIZARÃO FRALDA: 100% DOS PACIENTES DE UTI (5.000) + 50% DOS PACIENTES DE ENFERMARIA (5.000) = 10.000 PACIENTES ESTIMADOS. PERÍODO: 6 MESES

- PACIENTE DE UTI: MÉDIA DE 10 DIAS DE INTERNAMENTO
- PACIENTE DE ENFERMARIA: MÉDIA DE 7 DIAS DE INTERNAMENTO

Acerca do planejamento dos quantitativos, argumentam haver distinção entre “não ter existido” e “não ter constado da instrução do processo de Dispensa de Licitação”.

Sustentam que a jurisprudência do TCU e a Lei nº 8.666/1993, invocados pela auditoria, estabelecem como requisito a definição da necessidade, destacando que, mesmo em processos licitatórios, não consta memória de cálculo individualizado por item.

Refutam o cálculo estimado pela auditoria nos seguintes termos:

(...)o cálculo, apresentado no Relatório de Auditoria, possui erro de estimativa, eis que considera o consumo diário por paciente de apenas uma fralda descartável. Importa informar que a troca de fraldas acontece duas vezes por plantão de 12 horas. Ou seja, a troca acontece a cada 6 horas para casos sem intercorrências, diferentemente quando há, por exemplo, a diarreia, quando exigiria o aumento na frequência das trocas. Sendo assim, seriam de 4 a 6 fraldas por dia, por paciente (grifos nossos).

Descrevem os parâmetros utilizados para a estimativa inicial de 1.481 leitos de UTI e do tempo de internamento por paciente, conforme realidade então existente.

A fim de caracterizar que o quantitativo contratado foi decorrente de uma ação planejada, ressaltam:

27. (...) a partir de estudos e levantamentos de órgãos especializados, a exemplo da FIOCRUZ, evidenciou-se a necessidade urgente de instalação de Leitos de UTI, considerando relatos da experiência mundial no atendimento da COVID-19, em que cerca de 80% da população contrai a doença de forma assintomática e 20% apresentará sintomas.

28. Dos casos sintomáticos (20%), 80% teriam sintomas leves e 20% irão apresentar quadros moderados/graves com necessidade de atendimento hospitalar, sendo que 3% desses iriam demandar internamentos em leitos de UTI. Considerando que a população atual do Recife é de 1.645.727 habitantes, assim como que 75% dessa população é SUS dependente, seriam necessários 1.481 Leitos de UTI na Cidade do Recife para prover o necessário atendimento da população.

29. Oportuno informar que a média de tempo de internamento, por paciente, foi considerada como de 10 dias para Leitos de UTI e 07 dias para Leitos de Enfermaria.

(...)

33. A quantificação da necessidade tomou por base:

a) a revisão histórica da quantidade necessária, entretanto em alguns casos não pode ser utilizada como parâmetro objetivo. Primeiro, porque não havia a experiência de Leitos de UTI; segundo, porquanto a especialidade do tratamento COVID-19, mesmo o uso de protocolos não era específico, nesta enfermidade, altamente infectante, que demandava o uso restrito para preservação do paciente e proteção do profissional de saúde.

b) a realização de estudos para a aplicação específica e planilhados os quantitativos, que encontravam variedades de números de leitos, número de casos que precisariam de internamentos.

Decido.

A motivação detalhada dos atos que integram as contratações emergenciais vai ao encontro da melhor prática administrativa, promove ampla transparência e contribui com o exercício do controle.

Contudo, no âmbito da legislação excepcional não é possível extrair imposição normativa que ampare apontamento de irregularidade à instrução processual de uma contratação em virtude da ausência de justificativa dos quantitativos

contratados. Ao contrário, o art. 4º-D, IV da Lei nº 13.979/2020 estabelece presunção de adequação dos mesmos à necessidade emergencial:

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

(...)

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

Demais disso, o art.4º-C da Lei nº 13.979/2020 expressamente dispensa a realização de estudos prévios à contratação quando se tratar de bens e de serviços comuns;

Art. 4º-C. Para a aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e de serviços comuns. (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020)(grifos nossos).

Em adição, o art.4º-E admite às contratações emergenciais em comento a apresentação de termo de referência simplificado, fixando em seu §1º os seus requisitos:

Art. 4º-E. (...)

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado referidos no caput deste artigo conterá:

I – declaração do objeto;

II – fundamentação simplificada da contratação;

III – descrição resumida da solução apresentada;

IV – requisitos da contratação;

V – critérios de medição e de pagamento;

VI – estimativa de preços obtida por meio de, no mínimo, 1 (um) dos seguintes parâmetros:

(...)

VII – adequação orçamentária.

Como se observa, os dispositivos acima transcritos não preveem a necessidade de instruir os autos com estudos e cálculos que fundamentem os quantitativos a serem adquiridos.

Ao contrário, a Lei nº 13.979/2020 simplificou a instrução do processo de dispensa, não contemplando a definição dos quantitativos previsto no art. 15, §7º, II da Lei nº 8.666/1993. Assim o fez – destaque - privilegiando a celeridade ao atendimento da situação urgente o que, de resto, também ocorre no próprio regime de dispensa previsto no art.26 da Lei nº 8.666/1993 no qual não é exigida a fundamentação de quantitativos.

Verifico, ademais, que a defesa oposta ao cálculo de quantitativos apresentado no relatório instrucional, assentou-se em argumento verossímil. Com efeito, não se revela razoável a estimativa de consumo de fraldas adotada pela auditoria na qual considerou-se a utilização de apenas uma unidade do produto por paciente /dia.

Adotando-se como premissa de consumo apenas 2 fraldas por paciente/dia – quantitativo bem inferior àquele de 4 a 6 unidades informado pela defesa como necessário - e tomando-se o mesmo número de leitos de UTI considerado no relatório de auditoria, os cálculos realizados pela equipe técnica já resultariam em 211,68 dias de duração do estoque de 500 mil fraldas o qual duraria, aproximadamente, 7 meses, período bastante aproximado àquele de 6 meses estimado pela Secretaria de Saúde do Recife para a contratação.

Merece ser ressaltado que o cálculo de quantitativos de materiais médico-hospitalares para o tratamento da Covid-19 se revelam particularmente difíceis, notadamente no início da pandemia – momento em que ocorreu a presente contratação - quando a doença era desconhecida e, portanto, inexistiam acerca dela: (i) prognósticos de evolução; (ii) protocolos que subsidiassem a estimativa de quantidades de bens e serviços necessários aos seu enfrentamento; (iii) histórico de práticas médicas e hospitalares anteriores.

Tanto assim que a pandemia em muito ultrapassou o período de 6 meses previsto pela SESAU para a contratação em tela de modo que, mesmo considerando a improvável utilização de apenas uma fralda por paciente/dia, estimada pela auditoria, o quantitativo adquirido dificilmente teria se revelado excessivo.

Por oportuno, colaciono manifestação da Advocacia Geral da União, no Parecer nº 0002/2020/CNMLC/CGU/AGU, datado de 26/03/2020, no qual se discorre sobre a presunção de adequação dos quantitativos fixados pelos gestores ao atendimento da situação emergencial, ex vi do art.4º-B, IV da Lei nº 13.979/2020:

(...) A contratação sempre será considerada incluída na parcela necessária ao atendimento da situação de emergência tendo em vista que a Administração Pública encontra-se diante de uma situação nova, excepcional, cujas consequências ainda não são plenamente conhecidas.

A intenção parece ter sido, neste caso, permitir uma maior liberdade ao gestor para dimensionar suas compras. De fato, diante de valores tão caros ao Direito Constitucional, tais como a vida e a saúde, não seria razoável exigir do gestor um cálculo exato em relação às compras que irá realizar.

A proteção estende-se, ainda, para eventuais questionamentos futuros, por parte dos órgãos de controle, no que tange a diversas compras em período curto. Por se tratar de desafio completamente desconhecido, original - e que portanto, não apresenta registros anteriores de demanda - pode ser que o gestor seja obrigado a efetuar diversas compras, o que poderia significar, no sistema regular, de acordo com a jurisprudência vigente hoje no TCU, falta de planejamento e acarretar eventual sancionamento por fracionamento de despesas. Novamente, o legislador buscou cercar o agente público da segurança necessária para a correta execução do múnus público, já que a impossibilidade ou a hesitação ao efetuar novas compras geraria risco à saúde coletiva e individual e, principalmente, à vida dos cidadãos brasileiros. Há uma diferença de abordagem: em vez de ter de se preocupar em dimensionar exatamente os quantitativos para que seja a parcela exata do que é necessário para o enfrentamento da emergência, a lei libera o gestor desse ônus presumindo essa adequação para que este possa focar suas energias em outras questões reputadas por mais relevantes (grifos nossos).

A irregularidade resta, portanto, afastada, não obstante entender relevante que, em conformidade com o primado da transparência pública e em atenção à atividade de controle sobre os atos administrativos, os autos das contratações amparadas na Lei nº 13.979/2020 sejam instruídos com informações de critérios de cálculo de quantitativos a serem adquiridos, pelo que remeto o fato ao campo das determinações.

2.1.2. Indícios de montagem do processo de Dispensa n.º 028/2020, a fim de justificar a escolha prévia do fornecedor

O relatório de auditoria afirma haver “diversos indícios que apontam para a montagem do processo de dispensa, a fim de dar ares de legalidade à escolha anteriormente realizada do fornecedor”.

Destacam que a cronologia dos atos praticados demonstra ter havido inversão da ordem lógica normal das etapas, conforme síntese contida no quadro que a seguir se reproduz:

Resumo da Cronologia da Dispensa n.º 028/2020		
Data	Documento	Página
Sem data	Autuação - Protocolo Unificado	
18/03/2020	Solicitação de Despesa	02
17/03/2020	Termo de Dispensa de Licitação	04/13
19/03/2020	Relatório de Cotação - Tempo Comercial Distribuidora	14/19
19/03/2020	Relatório de Cotação - Farmamed Produtos Hospitalares	20/25
19/03/2020	Cotação de Preços da DROGAFONTE	26
18/03/2020	Empenho Estimativo em nome da DROGAFONTE LTDA	73/74
18/03/2020	Bloqueio de Saldo Orçamentário em nome da DROGAFONTE	75
18/03/2020	Termo de Ratificação	76
19/03/2020	Publicação	77
18/03/2020	Emissão dos Empenhos	83
Sem data	Relatório Descritivo da Razão da Escolha do Fornecedor (RDREF)	90/91

Fonte: Auditoria. Quadro construído a partir dos dados do Processo de Dispensa n.º 028/2020 (Doc. 291)

O relatório também registra que:

Na documentação acostada à Dispensa n.º 028/2020 não foi observada a proposta comercial que deveria ser apresentada pela empresa DROGAFONTE LTDA (CNPJ: 08.778.201/0001-26), apenas consta no processo uma cotação de preços fornecida pela empresa, que faz parte rol das cotações de preços efetuadas em 19/03/2020.

(...)

Também identificou-se que no dia 16/03/2020 a empresa DROGAFONTE LTDA (CNPJ: 08.778.201/0001-26), deu entrada no Conselho Federal de Farmácia do protocolo 00340320 com o assunto “Visto de Contrato” e tendo como observação “renovação e solicitação de alteração da descrição da natureza da distribuidora”. Entende-se que este protocolo serve para renovar a inscrição no CRF-PE;

(...)

o RELATÓRIO DESCRITIVO DA RAZÃO DA ESCOLHA DO FORNECEDOR (Doc. 291, p 90/91) cita que foi acostado aos autos pesquisa de preços públicos no site do banco de preços do instituto negócios públicos. O que na verdade não se encontra na documentação acostada ao Processo de Dispensa n.º 028/2020 (Doc. 291), apenas identificou-se relatórios de cotação de preços realizados no dia 19/03/2020 (Doc. 291, p 14/25).

Os defendentes contestam a apontada montagem do processo de dispensa argumentando que “as próprias inconsistências de datas em documentos verificadas pela Auditoria espelham a realidade dos acontecimentos e se mostram coerentes com a verdade real do processo e, em contratação emergencial, demanda considerações e ressalvas próprias, inclusive em Resolução do TCE/PE e julgados do TCU”.

Invocam decisões do TCU e a Resolução TCE/PE nº 91/2020 para sustentar que, em contratações emergenciais, a prioridade é a entrega do bem.

No tocante à existência de alteração na ordem lógica dos documentos, demonstrada no quadro acima colacionado, os defendentes admitem a existência de “divergências” na CI da demanda da aquisição e na proposta da empresa”.

Alegam que a data da proposta da contratada ocorreu, previamente, mediante “o uso do contato telefônico” o qual, posteriormente, foi reduzido a termo constando, então, a data da efetiva emissão da proposta.

Aduzem que o quadro elaborado pela Auditoria, acima colacionado, contém os principais eventos do processamento da despesa, “marcadores de que não houve a montagem de processos, eis que observada todas as fases de execução”.

Nesse sentido, ressaltam que o termo de dispensa de licitação, o empenho estimativo e o termo de ratificação cumpriram a sequência devida, salientando que as datas da emissão de empenho e da publicação não podem ser alteradas.

Para os documento cujas datas são consideradas pela auditoria como incoerentes, a defesa apresenta justificativas.

Sobre a antecedência do termo de dispensa à solicitação da despesa, asseveram que, ainda em janeiro, a SESAU iniciou cotações com fornecedores (doc.01) os quais voltaram a ser contactados em março, já existindo, portanto, definição prévia de quantitativos anteriormente à formalização da proposta, pelo que entendem que “redução a termo diverge de montagem de processos”.

Quanto à solicitação da despesa em idêntica data da ratificação da dispensa e da emissão de empenho, afirmam que reflete o processamento da despesa com a urgência necessária e acrescentam que:

(...) o art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, menciona “comunicada” para ratificação, não que restará o processamento suspenso, e na ocasião a emissão do empenho era medida necessária para garantir a aquisição, mas nenhum pagamento ocorreu antes da ratificação,(...)

Acerca da documentação da contratada, aduzem que estava adequada e que a atualização de seus dados junto ao Conselho de Farmácia de Pernambuco deveu-se à necessidade de renovação de registro no CRF-PE para distribuição e

comercialização no Estado uma vez que a empresa possui sede social na Paraíba.

Os defendentes arrematam alegando que a despeito da inclusão a destempo de documentos de instrução posterior, “no momento do pagamento, todos os documentos de apreciação da habilitação da empresa e de legalidade da dispensa estiveram instruindo os autos” e que as falhas apontadas “não causaram prejuízo ao erário, estando de acordo com a verdade real do processamento da despesa, e em período de calamidade pública que demanda urgência, consoante se apropriado do Acórdão TCU nºs 2049/2010 – Plenário, transcrita no parágrafo 42, desta Defesa, e no art. 9º, da Resolução TCE nº 91 /2020”.

Decido.

Um dos supostos indícios de montagem do processo de dispensa apontado no relatório técnico é a inversão da ordem lógica de algumas das fases do procedimento observada na contratação em exame.

Menciona-se a edição do termo de dispensa de licitação constando o nome da empresa escolhida na de 17/03/2020, um dia antes da solicitação de despesa veiculada pela CI n.º 333/2020 da Gerência Geral de Assistência Farmacêutica, datada de 18/03/2020.

Também se destaca que a cotação de preço fornecida pela contratada está datada de 19/03/2020, um dia após à emissão do empenho e à ratificação da dispensa, ambos datados de 18/03/2020.

Nas avenças emergenciais voltadas ao enfrentamento à COVID-19, o processo administrativo da contratação direta está disciplinado, de forma sumária, na legislação específica editada para este fim, notadamente nos artigos 4º a 4º-J da Lei 13.979/20.

Para o fim do presente exame, destaque-se, dentre tais dispositivos, o seguinte regramento voltado ao processo de dispensa:

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.

(...)

Art. 4º-E. Nas aquisições ou contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado referidos no caput deste artigo conterá:

I – declaração do objeto;

II – fundamentação simplificada da contratação;

III – descrição resumida da solução apresentada;

IV – requisitos da contratação;

V – critérios de medição e de pagamento;

VI – estimativa de preços obtida por meio de, no mínimo, 1 (um) dos seguintes parâmetros:

a) Portal de Compras do Governo Federal;

b) pesquisa publicada em mídia especializada;

c) sites especializados ou de domínio amplo;

d) contratações similares de outros entes públicos; ou

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores;

VII – adequação orçamentária.

Observa-se que o legislador ordinário estabeleceu a simplificação dos atos administrativos, privilegiando a celeridade das contratações e, conseqüentemente, das respostas à crise epidemiológica, não se ocupando de minudenciar regras instrumentais aos processos de contratação por ela alcançados.

Como já mencionado no início deste voto, também se aplica às contratações em comento a legislação ordinária naquilo que o regramento provisório for omissivo. Portanto, a autuação dos respectivos processos atrai a aplicação subsidiária da legislação ordinária naquilo que não contrarie – expressa ou implicitamente – o regime excepcional.

Acerca da instrumentalização das contratações emergenciais afetas à Covid-19, Joel de Menezes Niebuhr comenta:

O regime emergencial de contratação pública para o enfrentamento à pandemia de COVID-19 da Lei nº 13.979/2020 não estabelece sistemática completa que permita que a estruturação dos processos de contratação ocorra exclusivamente com base em suas regras.

(...) é preciso aplicar subsidiariamente as regras previstas na legislação normal de regência (...) que não sejam contraditórias às regras da Lei nº 13.979/2020. A contradição, ressalva-se, pode ser explícita ou implícita (grifos nossos).

(NIEBUHR, Joel de Menezes. Regime emergencial de contratação pública para o enfrentamento à pandemia de COVID-19. Belo Horizonte: Fórum, 2020, os. 23 e 24)

No âmbito das contratações públicas regulares, a Lei nº 8.666/1993 estabelece em seu art. 26, procedimento simplificado para as dispensas de licitação emergenciais previstas no seu art. 24, IV:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

(...)

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

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.

Conclui-se, por conseguinte, que a formalização dos processos de contratação por dispensa de licitação para o combate ao coronavírus deve atender às disposições da Lei 13.979/2020, além destas, no que couber, serão observados os atos e os documentos instrutórios previstos no art.26 da Lei de Licitações que não for contraditório com a legislação provisória.

A análise do conjunto simplificado de requisitos que se extrai de ambos os diplomas legais para as contratações emergenciais relacionadas à Covid-19 evidencia que do art. 4º-E, §1º da Lei nº 13.979/2020, acima transcrito, estão presentes nos autos da Dispensa nº 028/2020 (Doc.01) a declaração do objeto (fl. 04); a fundamentação simplificada da contratação (fl.05); a descrição resumida da solução apresentada (fls.04 e 05); os requisitos da contratação (fls.11 e 12); os critérios de medição e de pagamento (fl.08 e 09); o bloqueio orçamentário (fl.75).

No tocante às exigências contidas no art. 26 da Lei nº 8.666/93, acima transcrito, tem-se que a disposição contida em seu inciso I, resta atendida por força do art. 4º-B, I da Lei nº 13.979/2020.

Quanto ao requisito previsto no inciso II do mesmo art.26, verifico que o item 12 do termo de dispensa remete a escolha do fornecedor a “Relatório Descritivo anexo aos autos do processo desta dispensa”, o qual se encontra às fls.90 e 91 dos autos da dispensa, consoante registrado no relatório de auditoria.

A apontada ausência de data em referido documento, no contexto de urgência em que foi processada a dispensa em apreço, revela-se de menor potencial ofensivo sem aptidão para ter causado prejuízo ao resultado da contratação, pelo que a remeto ao campo das determinações.

Acerca da estimativa de preços prevista em ambos os textos legais, consta dos autos da dispensa “relatório de cotação” (fls.14 a 25) contendo preços de fraldas descartáveis verificadas em contratações públicas diversas.

Consoante apontado pela auditoria, referido relatório foi juntado em 19/03/2020, posteriormente à ratificação da dispensa nº 028/2020. Tal circunstância, todavia, comporta temperamentos.

Cumpra mencionar que, em virtude de que o §2º do art.4º-E da Lei 13.979/2020, a dispensa da estimativa de preços pode ocorrer mediante justificativa.

Não tendo sido apontado sobrepreço, no presente caso, a ausência da justificativa formal para a referida dispensa da estimativa sobressai à própria ausência da juntada prévia da cotação de preços. Diferentemente, a falha ensejaria maior juízo de reprovação caso a auditoria houvesse constatado a contratação de preço acima do mercado sem que o jurisdicionado tivesse demonstrado a realização de prévia estimativa de preços ou justificado a sua ausência nos autos.

A aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 reclama, por fim, o exame da falha referente ao ato de ratificação procedido pela autoridade competente antes de aperfeiçoada a instrução do processo da contratação direta com a juntada da estimativa de preços ou a justificativa de sua ausência.

Infere-se do art.26 da Lei de Licitações, acima transcrito, uma sequência lógica, implícita, pela qual a ratificação da contratação direta pela autoridade competente pressupõe a instrução do respectivo processo de dispensa com as informações e documentos relacionados naquele dispositivo.

Todavia, conquanto, no presente caso, a ratificação tenha ocorrido em 18/03/2020, sem a prévia juntada de documento específico de justificativa de preços, tenho que a aprovação da dispensa pelo gestor não foi realizada “às cegas” quanto à expressão econômica da contratação, pois o quantitativo avençado e o valor total do contrato já constavam do termo de dispensa, datado de 17/03/2020.

Assim, a não observância da sequência instrucional lógica, apontada à contratação em exame, merece ser atenuada porquanto: (i) as informações exigidas pela disciplina das dispensas emergenciais instruem a Dispensa nº 028/2020; (ii) não lhes foi apontado conteúdo que revelasse impedimento à ratificação da contratação direta; (iii) não se revelaram aptas a prejudicar o resultado útil da contratação, tampouco evidenciaram fraude ou ilicitude; (iv) a Dispensa nº 028/2020 foi ratificada em março de 2020, no início da pandemia, momento excepcionalíssimo em que foram deflagradas pela Secretaria de Saúde do Recife várias contratações emergenciais a fim de promover o aparelhamento urgente do sistema de saúde público municipal para o enfrentamento à Covid-19.

Em outro giro, as falhas apontadas pela auditoria, também não são aptas a indicar montagem de processo com a finalidade de justificar a escolha prévia do fornecedor.

A montagem de processo licitatório ou de dispensa sugere o desiderato de conferir ao procedimento, artificialmente, a aparência de normalidade para burlar a competição, no caso de licitações, ou os pressupostos legais da dispensa.

No presente caso verifica-se que não foi apontada falsificação de datas ou de outros elementos constantes dos documentos apontados pela auditoria como juntados a destempo. Como sustentam os defendentes, a sequência dos documentos revela o momento em que efetivamente foram incluídos nos autos, evidenciando, por conseguinte, a verdade real dos fatos.

Em adição, ao mencionar ter havido atualização de dados da contratada junto ao Conselho de Farmácia de Pernambuco, a auditoria não indicou irregularidade em tal fato, mormente quando é comum interessadas em contratar com a Administração adotarem providências afetas à sua documentação de modo a se habilitarem aos requisitos e exigências do chamamento administrativo.

Ademais, a competição entre fornecedores é estranha às contratações diretas, sendo permitido à Administração escolher com quem irá contratar, desde que não faça discriminações arbitrárias. Nesse sentido, sobre as dispensas de licitação, Niebuhr assim leciona:

(...) a Administração Pública deve escolher com quem contratar e em quais condições. Nessa fase, ela não precisa tratar todos os possíveis interessados com igualdade, o que seria necessário se ela devesse proceder à licitação pública. Nos casos de contratação direta, são aceitos agravos à isonomia, que cede em face da impossibilidade de realizar a licitação pública.

(...)

É usual – porém nem sempre necessário – lançar uma espécie de cotação de preços entre possíveis interessados a fim de apurar a proposta mais vantajosa e, sob essas bases, escolher o futuro contratado (grifos nossos).

(NIEBUHR, Joel de Menezes. Regime Emergencial de Contratação Pública para o enfrentamento à pandemia de Covid-19. Belo Horizonte:Ed.Forum, 2020.p.85-86.)

Acerca do tema, o autor (2020, p. 87) colaciona a seguinte manifestação plenária do TCU, no Acórdão nº 1.157/2013 da relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

(...)

8. Entretanto, trata-se aqui de contratação direta. Ora, a essência desse instituto é exatamente a escolha do futuro contratado pela administração. Trata-se de opção do legislador, com expresso amparo no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, em que se entende que o interesse público será melhor atendido caso a administração efetue contratações sem a realização de prévia licitação.

9. Nessas situações, o princípio da isonomia tem a sua aplicação pontualmente afastada em prol de outros interesses públicos. No caso concreto, de acordo com o disposto no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, a urgência em atendimento de situações de calamidade pública provocou a necessidade de realização de contratações por dispensa de licitação.

10. Em sendo assim, não vislumbro sentido em se falar em direcionamento ilícito para a realização de contratações diretas.

11. É certo que a situação motivadora da contratação direta deve ser devidamente evidenciada, a escolha da contratada deve ser justificada e os preços praticados devem ser os de mercado, sempre de acordo com o disposto nos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993.

12. Nessa linha, a existência de outras propostas de preços, além daquela contratada, possui por objetivo justificar o preço a ser contratado. Não há que falar, como aponta a unidade técnica, na realização de um procedimento de disputa para se averiguar a proposta mais vantajosa. Caso assim fosse, não se estaria falando de dispensa de licitação, mas de licitação propriamente dita.

Consoante mencionei, a justificativa da SESAU para a escolha do fornecedor contratado consta do documento “Relatório Descritivo da Razão da Escolha do Fornecedor”, juntado às fls. 90 e 91 nos seguintes termos:

(...) o setor de compras desta Secretaria realizou pesquisa de mercado com vários fornecedores, quais sejam, MEGAMED COMERCIO LTDA; SAÚDE BRASIL COMERCIO DE MATERIAIS MEDICOS EIRELI; e FACEMED. Todavia, as empresas contactadas, não forneceram prazo de entrega condizentes com a realidade atual, tendo a empresa, DROGAFONTE LTDA, CNPJ: 08.778.201/0001-26, além de ter apresentado proposta mais vantajosa, foi a Única que disponibilizava do quantitativo para pronta entrega.

Antes da efetivação da compra identificou-se uma ATA vigente interna nº 017 /2019 da SDSJPDH, porém o prazo estipulado para a entrega dos produtos conforme termo de referência seria de 30 dias para entrega além do que o processo para adesão a ARP é mais demorada, sendo incompatível com a urgência que o aquisição requer.

Ademais foi acostado aos autos pesquisa de preços públicos no site do banco de preços do instituto negócios públicos, para comprovar compatibilidade de preço praticados no mercado adquirido por outros entes públicos. Acostamos também nos anexos desse relatório nota fiscal nº 305.957 da referida empresa com o valor unitário de R\$0,987, vendido para outro ente público com o valor mais alto (grifos nossos).

Destarte, afasto o apontamento de montagem de processo para favorecimento da contratante, remanescendo neste item apenas as falhas procedimentais já analisadas.

Em arremate, cumpre colacionar manifestação do Tribunal de Contas da União acerca de desconformidades de natureza procedimental em contratações emergenciais na qual falhas no processamento das exigências formais da contratação são relevadas em privilégio da urgência da execução contratual. É nesse sentido, o Acórdão nº 2049/2010 – Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes:

(...) Verifico, contudo, que uma delas diz respeito ao início dos serviços sem antes ter sido assinado o competente contrato com a firma contratada. No âmbito das obras emergenciais do Petse, o Tribunal tem relevado tal irregularidade, deixando de apenar os gestores estaduais do Dnit, os quais, em sua grande parte, cometeram essa infração. Esta Corte tem entendido, a meu ver de maneira acertada, que os serviços de restauração urgentemente demandados não poderiam se subordinar ao lento processamento burocrático das preliminares formais da contratação. São muitas as deliberações nesse sentido, bastando citar, apenas a título de exemplo, os Acórdãos 1.153/2006, 1.666/2006 e 395/2008, todos do Plenário.

Assim, não obstante deva a Administração Pública, mesmo em situações emergenciais, buscar o planejamento, a organização e o cumprimento sequencial, lógico e encadeado de etapas de uma contratação, tenho que as falhas de natureza formal e a alteração na sequência lógica das ações procedimentais não se revelaram, no presente caso, hábeis a impedir a produção de efeitos válidos ao contrato, porquanto restaram cumpridas e evidenciadas nos autos. Destarte, remeto-as ao campo das determinações.

2.1.3. Ratificação de dispensa sem comprovação do cumprimento dos limites atinentes ao trabalho de menores

O relatório de auditoria aponta a não existência da declaração de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, exigido pelo art. 4º-F da Lei 13.979/2020 como requisito de habilitação de empresas para a contratação direta. Indica-se que a ausência do referido documento maculou o ato de ratificação da Dispensa nº 028/2020.

Os defendentes alegam que a “declaração que não emprega menor de dezoito anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e não emprega menor de dezesseis anos apenas, integra os documentos necessários ao Cadastro de Fornecedores (SICREF) e este é o único documento que não possui data de validade”.

Para comprovar a alegação, reproduzem tela do referido sistema na qual se arrolam os documentos exigidos para o registro cadastral no portal de compras da Prefeitura do Recife e afirmam que “embora não tenha sido constada a declaração da empresa, resulta aferido o atendimento de tal disposição legal, mormente por tal documento integrar a base de dados do SICREF e, neste período excepcional da Pandemia, não está havendo serviços presenciais externos no prédio da Prefeitura do Recife, e o presente documento necessitar de assinatura”.

Também afirmam que “o empenho e pagamento apenas é autorizado no SOFIN para empresas habilitadas no SICREF”.

Por fim, exibem tela do mencionado portal de compras na qual se demonstra o cadastramento da empresa DROGAFONTE LTDA desde a data de 19/04/2005.

Das informações prestadas pelos defendentes infere-se que o cadastramento no SICREF e o empenho e pagamento no SOFIN exigem a prévia apresentação da declaração em comento, para a qual não há condição de validade temporal.

Destarte, a ausência nos autos da dispensa, da declaração exigida pelo art. 4º-F da Lei 13.979/2020 merece ser relevada tendo em vista as informações prestadas pela defesa de que a empresa contratada consta no Cadastro de Fornecedores (SICREF) do Portal de Compras da Prefeitura do Recife desde 10/07/2014 e, para estar nele cadastrada, é exigida a comprovação de que não emprega menor, em obediência ao art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Não obstante, em homenagem ao primado da transparência, remeto o fato ao campo das determinações para que, nas aquisições emergenciais futuras, o documento passe a integrar os autos.

Por fim, diante da ausência de irregularidades graves, cumpre reiterar a necessidade de sopesar à luz da LINDB as falhas formais apontadas pela

auditoria aos processos de dispensa nº 31/2020 e nº 41/2020 da Secretaria de Saúde do Recife:

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.

Diante do exposto,

VOTO pelo que segue:

CONSIDERANDO a natureza enunciativa do parecer jurídico, além da ausência de atuação abusiva, dolo ou erro grave e inescusável da parecerista;

VOTO, PRELIMINARMENTE, no sentido de acolher a prefacial de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada por Susan Procópio Leite de Carvalho;

CONSIDERANDO os fatos apontados pela auditoria;

CONSIDERANDO a defesa dos interessados;

CONSIDERANDO a natureza enunciativa do parecer jurídico, além da ausência de atuação abusiva, dolo ou erro grave e inescusável da parecerista;

CONSIDERANDO que a legislação provisória não exige que os processos das aquisições emergenciais sejam instruídos com estudos e/ou justificativas acerca da estimativa do quantitativo dos bens contratados, ex vi do teor do art.4º-C c/c o art.4º-E da Lei nº 13.979/2020;

CONSIDERANDO que a crítica realizada pela auditoria sobre o quantitativo de fraldas adquirido tomou por base o uso pelos pacientes de apenas uma fralda descartável/dia e que, em alterando-se o cálculo para considerar o uso mínimo de duas unidades do produto verifica-se a coerência do quantitativo contratado com o período estimado pela SESAU para uso do produto;

CONSIDERANDO que a alteração na sequência lógica de atuação do processo de contratação não representa ilegalidade nem se revelou, no presente caso, hábil a macular a respectiva ratificação;

CONSIDERANDO que as alterações apontadas na sequência lógica instrucional do procedimento da dispensa nº 131/2020 da SESAU não prejudicaram os resultados úteis da contratação; não acarretaram sobrepreço nem revelaram favorecimento ilícito à contratante;

CONSIDERANDO que as etapas do procedimento de contratação restaram cumpridas e evidenciadas nos respectivos autos;

CONSIDERANDO que a ausência nos autos da Dispensa nº 28/2020 da declaração exigida pelo art.4º-F da Lei nº 13.979/2020 merece ser relevada em face dos esclarecimentos da defesa de que a empresa consta do Cadastro de Fornecedores do Recife para o que, é condição a apresentação da referida declaração;

CONSIDERANDO o art.22, caput e §1º introduzidos à LINDB pela Lei nº 13.655 /2018;

CONSIDERANDO o disposto nos artigos 70 e 71, inciso II, 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:

Jailson De Barros Correia
Joao Mauricio De Almeida

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. que em futuras contratações relacionadas ao enfrentamento da crise do novo coronavírus:
 - 1.1 - seja observada a sequência lógica e encadeada das etapas e documentos pertinentes ao procedimento, juntando toda a documentação - devidamente formalizada - prevista na Lei nº 13.979 /2020 e, naquilo que couber, os documentos previstos na legislação ordinária para as contratações emergenciais;
 - 1.2 - instrua os processos das contratações públicas regidas pela Lei nº 13.979/2020 com a justificativa dos quantitativos contratados, evidenciando o planejamento das ações e facilitando o exercício do controle;

DETERMINAR, por fim, o seguinte:

À Diretoria de Plenário:

1. que seja dada ciência da presente decisão a todos os interessados.