

Autos nº 1023911-64.2020.8.26.0053

AÇÃO POPULAR

7ª Vara da Fazenda Pública da Capital

Autor: ANTONIO BIAGIO VESPOLI

Réus: MAGALI VICENTE PROENÇA e XCMG BRASIL
INDUSTRIA LTDA.

Manifestação do Ministério Público

MM. Juiz,

I. Trata-se de ação popular intentada
por **ANTONIO BIAGIO VESPOLI** em face da
Superintendente **MAGALI VICENTE PROENÇA e**

Rua Viaduto Dona Paulina, 80 – 8º andar – sala 802
- Centro | São Paulo/SP

1

XCMG BRASIL INDUSTRIA LTDA., insurgindo-se contra contrato emergencial celebrado para aquisição de 750.000 (setecentas e cinquenta mil) máscaras descartáveis, da empresa Ré, para serem utilizadas em suas unidades de saúde, que aponta como atos lesivos ao erário público.

Segundo narra o autor popular, a atual situação de pandemia do *coronavírus* (COVID-19), que passou a assolar gravemente também o nosso país, levou ao decreto do estado de calamidade pública pelo Município de São Paulo (Decreto nº 59283/20).

Nesse cenário atual, com numerosas vítimas e paralisação de diversos setores no país, o autor popular prossegue o seu relato noticiando que

Rua Viaduto Dona Paulina, 80 – 8º andar – sala 802
- Centro | São Paulo/SP

2

a Autarquia gerida pela ré realizou compra que "tramitou por meio do processo administrativo SEI nº 6110.2020/0007224-2, que encontra-se com acesso restrito (ou seja, sob sigilo), o que demonstra a violação aos princípios da publicidade e da transparência, e foi fechada no valor de R\$ 2.850.000,00 (dois milhões e oitocentos e cinquenta mil reais). Assim, cada unidade de máscara descartável simples foi adquirida por R\$ 3,80 (três reais e oitenta centavos), notadamente, mais que o dobro do valor praticado pelo mercado sobre o mesmo item".

O autor popular apontou violação dos princípios que norteiam a administração pública, em especial da eficiência, legalidade e publicidade.

Rua Viaduto Dona Paulina, 80 – 8º andar – sala 802
- Centro | São Paulo/SP

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 14/60.

Os autos vieram ao Ministério Público para pronunciamento acerca da liminar.

Passo à manifestação.

II. Cumpre inicialmente asseverar que a situação emergencial, prevista no Decreto nº 59283/20 está caracterizada, autorizando a dispensa do procedimento licitatório para a aquisição de bens e serviços destinados ao enfrentamento da pandemia.

Todavia, em que pese o caráter emergencial do procedimento, Marçal Justen Filho,

Rua Viaduto Dona Paulina, 80 – 8º andar – sala 802
- Centro | São Paulo/SP

salienta que: "A contratação direta não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O Administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado destinado a assegurar (ainda nesses casos) a **prevalência dos princípios jurídicos fundamentais**. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes."(Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 281, 12ª Ed.)

Com efeito, os arts. 3º e 4º da Lei de Licitações, expressamente determinam a observância do **princípio da publicidade**, nos seguintes termos:

"Art. 3.º - A licitação destina-se a

Rua Viaduto Dona Paulina, 80 – 8º andar – sala 802
- Centro | São Paulo/SP

garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

.....

§ 3.º - A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis aos atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

.....

Art. 4.º - Todos quanto participarem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1.º têm direito público subjetivo

Rua Viaduto Dona Paulina, 80 – 8º andar – sala 802
- Centro | São Paulo/SP

à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo Único - O procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.”

Tratando da questão do sigilo, o já citado autor preleciona: “Primeiramente, o sigilo na realização da seleção e contratação **apenas pode ser admitido quando essencial à realização dos valores buscados pelo Estado**. Em princípio, a única hipótese de ausência de ampla divulgação acerca do procedimento de contratação verifica-se

Rua Viaduto Dona Paulina, 80 – 8º andar – sala 802
- Centro | São Paulo/SP

7

no caso previsto no inc. IX, **relacionado com a segurança nacional**. Haverá casos em que a ausência de divulgação derivará da emergência da contratação. Fora dessas hipóteses, contratação direta, não autoriza, nem é compatível com a ausência de divulgação. Portanto, a Administração, não precisa seguir as formalidades acerca de publicidade impostas na Lei para a licitação comum – mas não está autorizada a atuar em segredo. Daí deriva o dever de dar a conhecimento público seu interesse em realizar um determinado contrato ainda que tal contratação esteja prevista para fazer-se diretamente.”(Ob. cit. p. 283).

Nesta esteira de raciocínio, causa estranheza a imposição injustificada de sigilo ao procedimento SEI nº 6110.2020/0007224-2, que não

Rua Viaduto Dona Paulina, 80 – 8º andar – sala 802
- Centro | São Paulo/SP

trata de questões que justifiquem tal medida.

Nunca é demais repisar que o Administrador Público, preso que está aos princípios consagrados no art. 37 da Constituição Federal, deve realizar a mais **rigorosa pesquisa de preços possível**, utilizando-se, principalmente, como base e para comparação, das cotações e valores praticados pelos diversos municípios, além de sistemas de registros de preços, inclusive nos âmbitos estadual e federal, além de, no que couber, as diretrizes traçadas pelo art. 15 da Lei de Licitações.

Além das informações relativas aos preços das máscaras cirúrgicas, que instruem a inicial, realizei consulta a BEC – Bolsa Eletrônica de

Rua Viaduto Dona Paulina, 80 – 8º andar – sala 802
- Centro | São Paulo/SP

Compra – SP, e obtive o seguinte resultado:

2328941 - Mascara Cirurgica Descartavel, Em Nao Tecido, C/ Fixacao Auricular BEC

Informações sobre Preços

Selecione a Unidade de Fornecimento: Caixa 50 Unidade

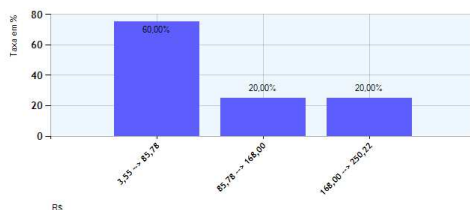
Fonte de Dados: Nota de Empenho BEC
De 14/11/2019 a 15/05/2020

Quantidade de negociações no período: 4

Indicadores de Preços



Gráficos de Preços



Rua Viaduto Dona Paulina, 80 – 8º andar – sala 802
- Centro | São Paulo/SP

Resta evidente a discrepância de preços, já que os praticados na BEC resultam em um custo individual de R\$ 0,90 (noventa centavos) a unidade, no período compreendido entre 14 de novembro de 2019 e 15 de maio de 2020.

Diante destes elementos, creio presente os requisitos autorizadores da concessão da liminar, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Por conseguinte, requero, se digne Vossa Excelência, nos termos do art. 7º, inc. I, alínea b da Lei n. 4.717/65, requisitar cópias, do procedimento administrativo que determinou a compra das máscaras, bem como do despacho que determinou o sigilo do procedimento e das providências para a pesquisa de preços dos

Rua Viaduto Dona Paulina, 80 – 8º andar – sala 802
- Centro | São Paulo/SP

equipamentos.

Proponho, ainda, o **deferimento da liminar**, para suspender os pagamentos até que os documentos acima requisitados venham aos autos, oportunidade em que poderá ser reavaliada a liminar. Sem prejuízo, aguardo a citação das rés.

São Paulo, 24 de abril de 2020.

Eloisa Virgili Canci Franco
1ª Promotora de Justiça de Mandados de Segurança

Rua Viaduto Dona Paulina, 80 – 8º andar – sala 802
- Centro | São Paulo/SP

12