

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

SENTENÇA

Processo nº: **1015262-24.2020.8.26.0114**
Classe - Assunto: **Ação Popular - Violação aos Princípios Administrativos (COVID-19)**
Requerente: **Fábio Garibe**
Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outros**

Juíza de Direito: Dra. **Gilsa Elena Rios**

Vistos.

Trata-se de Ação Popular com pedido de tutela de urgência, ajuizada por **Fábio Garibe Arthur Hermogenes Sampaio Júnior** contra a **Fazenda Pública do Estado de São Paulo e Hichens Harrison Capital Partener LCC**, alegando, em síntese, o superfaturamento de preços na compra, pelo Governo Estadual, de cerca de 3.000 aparelhos respiradores sem licitação, destinados a guarnecer o sistema público de saúde no combate à pandemia do novo coronavírus (COVID-19). Sustenta haver ilegalidade na dispensa da licitação nº 50/2020 cujo objeto supera o montante de R\$ 550.000.000,00 (quinhentos e cinquenta milhões de reais), considerando a existência de ofertas de equipamentos respiradores com preços mais razoáveis no mercado. Requer a concessão de liminar para que seja determinada a imediata suspensão dos atos administrativos que autorizaram a compra e importação dos aparelhos da empresa estrangeira. Aduz que referida aquisição se deu de maneira muito suspeita, vez que inúmeros órgãos de imprensa noticiaram a existência de respiradores extremamente parecidos e que atingiriam a mesma finalidade, por valores infinitamente menores. Ao final pleiteou a procedência do pedido para declarar e decretar a nulidade integral dos atos administrativos que determinaram a aquisição emergencial por importação de ventiladores de anestesia e ventilador pulmonar, com a devolução de todos os valores porventura recebidos. Com a inicial vieram os documentos de fls. 19/41.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Distribuída na Comarca de Campinas, a ação foi encaminhada à Comarca da Capital com a competência sendo declinada (fls. 42/44).

A liminar foi indeferida pela r. decisão de fls. 53/55.

O Estado de São Paulo, às fls. 60/65, apresentou manifestação preliminar requerendo o reconhecimento da litispendência, para o fim de se extinguir a presente ação popular nos termos do art. 485, V, do CPC, ou, subsidiariamente, o reconhecimento da conexão e a remessa dos autos à 12ª Vara da Fazenda Pública da Capital, preventa, para julgamento conjunto com os autos nº 1023928-03.2020.8.26.0053.

Houve manifestação ministerial pelo acolhimento das preliminares suscitadas (fls. 92/95).

A fls. 96/99 suscitou-se a prevenção do Juízo da 15ª Vara da Fazenda Pública, com requerimento para vinda dos autos nº 1023928-03.2020.8.26.0053, relativos à ação conexa.

Requerida medida cautelar de arresto dos bens da corrê Hichens Harrison (fls. 122/127), restou indeferida a fls. 196/197.

A Fazenda Pública do Estado ofertou sua contestação a fls. 201/241, reiterando a preliminar de litispendência ou, ao menos, de conexão, com necessidade de reunião das ações conexas. No mérito, defende a inexistência de ilegalidade ou lesividade no negócio jurídico impugnado, que se justificou no combate à atual pandemia. A contestação veio acompanhada dos documentos de fls. 244/1.251 dos autos.

A fls. 1.260/1.268, sobreveio nova manifestação ministerial atentando à necessidade de regularização do polo passivo, para observar o litisconsórcio passivo necessário com as autoridades públicas responsáveis pela contratação impugnada. Reiterou as preliminares de litispendência e conexão.

Após tentativas de citação da corrê Hichens Harrison, que restaram frustradas, foi informado pela Fazenda Pública do Estado nestes autos o endereço onde a empresa ré está sediada nos EUA, sendo citada por encaminhamento ao endereço

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

eletrônico info@hichenscapital.com.

Diante disso, a corrê Hichens Harrison foi citada e ofereceu contestação a fls. 1.334/1.371, acompanhada de documentos, arguindo, preliminarmente, a inépcia da inicial, litispendência e impugnando o valor da causa. No mérito, defende a legalidade e economicidade de sua contratação, destacando a excepcionalidade dos tempos atuais de Pandemia.

Houve réplica (fls. 1.478/1.486).

Na fase de especificação de provas, a fls. 1.490/1.491 a Fazenda Pública do Estado requereu o julgamento antecipado da ação. A fls. 1.493/1.494 o autor popular também pugnou pelo julgamento antecipado, e subsidiariamente, em caso de dilação probatória, ressaltou a inversão do ônus da prova no microsistema de tutela coletiva. A fls. 1.495/1.497 a corrê Hichens Harrison também requereu o julgamento antecipado, por entender que o debate seria eminentemente de direito.

Manifestação do Ministério Público às fls. 1504/1512, na qual apresentou manifestação quanto as preliminares e reiterou pela necessidade de complementação do polo passivo, nos termos do artigo 6º da Lei n. 4.717/1965, para inclusão de autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado.

A decisão de fls. 1513 acolheu a manifestação do Ministério Público e determinou a emenda da inicial para a complementação do polo passivo.

Petição de complementação do polo passivo às fls. 1515/1516 para a inclusão do - Governador do Estado de São Paulo, Senhor João Agripino da Costa Doria Junior; Coordenador Geral de Administração do Estado de São Paulo, Sr. Adhemar Dizioli Fernandes; Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, Sr. Jean Carlo Gorinchteyn, cuja decisão de fls. 1517 acolheu o pedido de determinou a citação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Contestação de João Agripino da Costa Doria Júnior juntada nas fls. 1530/1553. Em preliminar alega litispendência com os autos n.1023928-03.2020.8.26.0053, na 12ª Vara da Fazenda Pública; inadequação da via eleita e falta de interesse processual; ilegitimidade passiva. No mérito argumenta a ausência de ato lesivo; tece considerações sobre a teoria da imputação volitiva; que a licitação para a compra dos respiradores ocorreu com dispensa de licitação em virtude da expressa disposição da Lei Federal nº 13.979/2020 e do artigo 22 da LINDB, além do quadro de pandemia; que a dispensa da licitação foi precedida de criteriosa análise técnica e parecer jurídico da Procuradoria do Estado; que o ventilador pulmonar criado pela USP não pode ser utilizado devido falta de autorização da ANVISA. Ao final requereu a improcedência da ação.

Contestação de Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, Sr. Jean Carlo Gorinchteyn juntada nas fls. 1597/1616. Em preliminar alega ilegitimidade passiva, eis que os fatos ocorreram em maio/2020, ocasião em que o requerido não atuava como Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, assumindo a função em 21/07/2020 e ausência de interesse processual. No mérito argumenta que a licitação para a compra dos respiradores se deu em caráter emergencial decorrente da pandemia de Covid-19, além do processo ter sido procedido de parecer jurídico autorizando a compra e do disposto no artigo 24, IV da Lei n. 8666/93. Tece considerações sobre o preço dos equipamentos e sobre a ausência de registro na Anvisa do protótipo de ventilador desenvolvido pela USP no cenário acadêmico, sendo que referida autorização foi concedida apenas em 13/08/2021 em caráter excepcional. Alega a impossibilidade de interferência do Poder Judiciário no mérito dos atos administrativos. Ao final, requer a improcedência.

Contestação de Secretário de Saúde do Estado de São Paulo Sr. Adhemar Dizioli Fernandes, juntada nas fls. 1625/1656. Alega em preliminar inépcia da inicial e falta de interesse de agir. No mérito argumenta a necessidade de exame dos fatos mediante incidência jurídico-hermenêutica do artigo 22, caput, da LINDB; que a aquisição dos respiradores se deu em razão do caráter excepcional da pandemia de Covid-19. A licitação foi procedida de Parecer CJ/SS nº 8/2020 da PGE/SP (fls. 333/347), a Nota Técnica CJ/SS nº 1/2020 da PGE-SP (fls. 349/356), a Nota Técnica SUBG nº 6/2020 da

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

PGE-SP (fls. 377/400), a Nota Técnica SUBG n° 8/2020 da PGE-SP (fls. 406/416), o Parecer SUBG-CONS n° 23/2020 da PGE-SP (fls. 419/428), o Parecer CJ/SS n° 441/2020 da PGE-SP (fls. 659/667), o Ofício GPC 160/2020 da PGESP (fls. 751/754) e o Parecer CJS n° 520/2020 da PGE-SP (fls. 819/829); que a decisão administrativa não partiu de ato administrativo solitário; a contratação questionada foi assinada pelo Secretário de Saúde, cuja ordem de pagamento foi subscrita pelo Requerido, frisa-se, após recebimento de apoio do amplo corpo técnico da Administração Pública Estadual; que o caso também reivindica a incidência normativa dos dispositivos fixados pela Lei n.º 13.979/2020, que dispõe sobre medidas para o enfrentamento da pandemia no âmbito das contratações públicas. Afirma que houve a entrega de 1280 ventiladores, que estão em funcionamento por todo o Estado de São Paulo. Tece considerações sobre o preço praticado; da regularidade da contratação. Afirma que o equipamento adquirido não se trata do mesmo equipamento desenvolvido pela USP, dificuldades de fabricação e disponibilidade, bem como o fato de que o equipamento não se encontrava aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ao tempo da contratação. Ao final, requer a improcedência do pedido.

Intimados à réplica e indicação de provas, a Fazenda do Estado, os requeridos Jeancarlo Gorinchteyn, Adhemar Dizioli Fernandes, João AGripino da Costa Doria Junior requereram julgamento antecipado (fls. 1664/1666 e 1672); réplica do autor popular, bem como pedido para julgamento antecipado (fls. 1668/1671).

Manifestação do Ministério Público às fls. 1679/1684, em que opinou pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva de Jean Carlo Gorinchteyn, com a inclusão do então Secretário Estadual da Saúde à época dos fatos.

A decisão de fls. 1694 acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva de Jean Carlo Gorinchteyn e determinou a inclusão do Secretário de Saúde do Estado de São Paulo Sr. José Henrique German Ferreira com a respectiva citação.

Devidamente notificado, o ex-secretário da Saúde do Estado de São Paulo, José Henrique Germann Ferreira, apresentou contestação a fls. 1.730/1.752 e encartou documentos de fls.1.754/1.778. Preliminarmente, alegou a preclusão

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

consumativa , porquanto sua inclusão só seria possível se sua identidade se tornasse conhecida no curso do processo. Aduziu sua ilegitimidade passiva por ausência de demonstração da sua efetiva relação com o ato impugnado , além da inépcia da inicial diante da falta de interesse processual por ausência de demonstração de ato lesivo, comissivo ou omissivo. No mérito, esclareceu que havia urgência na aquisição dos respiradores o que levou o Estado de São Paulo a buscar por empresas internacionais para fornecimento dos equipamentos, vez que houve “Aviso de Chamamento Público”, mas que este restou deserto. Afirmou ainda que o Governo Estadual fez ampla consulta de preços e fabricantes, tendo averiguado a idoneidade da empresa corré Hichens, assim como a assessoria jurídica da PGE que validou a requerida aquisição. Por fim, suscitou que a situação à época era de extrema urgência e que os respiradores da USP ainda estavam em fase de teste e não possuíam as mesmas funções, capacidade e eficiência tampouco poderiam ser produzidos em larga escala pela USP. Diante do exposto, pugnou pelo acolhimento das preliminares apontadas e, no mérito, pela improcedência da ação por falta de comprovação de qualquer ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

O autor apresentou réplica de fls. 1.787/1.795. Refutou as alegações trazidas pelo ex-Secretário de Saúde de São Paulo, reiterando seus pedidos constantes na inicial.

Os réus informaram não terem provas a serem produzidas, pugnaram pelo julgamento antecipado de improcedência da demanda, com condenação do autor nas penas de litigância de má -fé (fls. 1798/1802).

Os autos retornaram ao Ministério Público que emitiu o parecer de fls. 1807/1822, manifestando pela improcedência da ação popular.

É O RELATÓRIO.**FUNDAMENTO E DECIDO.**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Em razão da conexão com a Ação Popular n. 1023928-03.2020.8.26.0053 haverá julgamento em conjunto dos feitos.

Trata-se de ação popular ajuizada por Fábio Garibe e por Cleiton de Melo Souza na ação popular conexa, em face do Estado de São Paulo, Hichens Harrison Capital Partner Limited Liability Company, João Agripino da Costa Doria Júnior, Jean Carlo Gorinchteyn, Adhemar Dizioli Fernandes e José Henrique Germann Ferreira, alegando que houve dano ao erário e ofensa à moralidade administrativa por terem sido adquiridos ventiladores pulmonares no valor de US\$ 100 milhões (R\$ 550 milhões na cotação da contratação) para suporte a ações de saúde na pandemia do novo coronavírus através de dispensa de licitação, o que constituiria ilegalidade, além do preço praticado por respirador ser superior a outros respiradores de fabricação nacional e muito superior aos R\$1.000,00 que seriam pagos caso adquiridos os ventiladores de projeto em desenvolvimento pela POLI-USP, de modo que a Fazenda Pública do Estado poderia ter gasto apenas R\$ 3 milhões se assim tivesse procedido, o que demonstraria o prejuízo ao erário.

As questões de mérito a serem apreciadas são exclusivamente de direito, tornando desnecessária a produção de provas em audiência, razão pela qual promovo o julgamento antecipado integral do mérito, com fundamento no artigo 355, inciso I do Código de Processo Civil.

Diante do reconhecimento da conexão, prejudicada a preliminar de litispendência com os autos n. 1023928-03.2020.8.26.0053.

As preliminares de inadequação da via eleita e falta de interesse de agir confundem-se com o mérito, e serão analisadas em conjunto.

A preliminar de inépcia da inicial não merece acolhida, pois o pedido é certo e determinado, permitindo que as partes apresentem contestações sobre os pontos questionados.

A preliminar de ilegitimidade passiva alegada por Jean Carlo Gorinchteyn foi apreciada e acolhida pela decisão de fls. 1694.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

A preliminar de ilegitimidade passiva alegada por João Agripino da Costa Doria Júnior e José Henrique Germann Ferreira não comporta acolhida, pois o pedido consiste na reparação ao erário referente ao contrato celebrado pelo Estado de São Paulo para aquisição respiradores para o combate da COVID19, que em tese, seria ilegal e lesivo ao patrimônio público.

À luz do disposto no art. 6º da Lei da Ação Popular, e considerada a forma como o autor popular deduz a sua pretensão, está justificada a manutenção do então Governador do Estado e do Secretário Estadual da Saúde no polo passivo da demanda, principalmente, porque consta dos autos notícia de que o Governador João Doria foi quem determinou a contratação e a repactuação, com o cancelamento do remanescente, estando mantido o litisconsórcio passivo necessário.

Neste sentido colaciono a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação popular. Ex-Prefeito do Município de São Caetano do Sul. Exclusão do polo passivo. Indeferimento. Pretensão de reforma. Impossibilidade. Condições da ação que devem ser analisadas em tese. Suposta contratação irregular de empresa para realização de recapeamento asfáltico, com prejuízo ao erário, ocorrida à época do mandato do agravante Situação que justifica sua manutenção no polo passivo, à luz do art. 6º da Lei da Ação Popular. Ausência de ilegitimidade passiva manifesta. Decisão mantida. Não provimento do recurso. (TJSP nº Agravo de Instrumento nº 2246648-93.2018.8.26.0000 – 6ª Câmara de Direito Público - Des. Relatora Maria Olivia Alves – julgado em 24/04/2019)

A preliminar de impugnação ao valor da causa merece acolhida, pois o Contrato foi repactuado, tendo a administração estadual cancelado o valor empenhado remanescente, que equivaleria a R\$308.577.500,00.

Em razão deste fato, **acolho a preliminar para constar como valor da causa o montante contratado e executado no valor de R\$ 242.247.500,00.**

Superadas as preliminares, será iniciada a análise de mérito.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Nos termos do art. 1º da Lei 4.717/65, a ação popular tem como finalidade à anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios e demais entidades integrantes da administração direta e indireta especificadas no dispositivo legal.

A ação popular é instrumento da coletividade em proteção do patrimônio público, quando o ato administrativo praticado é ilegal ou ilegítimo, assim como lesivo, o que não ocorre na hipótese dos autos, conforme será exposto na fundamentação.

Em que pese o argumento do autor popular, não se evidencia a ilegalidade ou lesividade ao patrimônio público.

Consigne-se, que todo cenário da aquisição deve ser analisado em conjunto com o artigo 22 da LINDB, que dispõe:

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.

No ano de 2020, em razão do cenário excepcional da pandemia de Covid-19, o Ministério da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) através da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Além dos diplomas normativos federais foram editados no âmbito do Estado de São Paulo o Decreto estadual nº 64.879, de 20 de março de 2020, e o Decreto legislativo nº 2.493, de 30 de março de 2020, que também reconheceram o estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19.

O combate à Covid-19 tornou necessária a aquisição de insumos para a área da Saúde. Ocorre que para combater a pandemia os países saíram em busca de fabricantes para suprir a necessidade de equipamentos médicos como máscaras, luvas e respiradores, o que levou acirrada competição para a compra dos insumos, tendo a imprensa relatado o "desvio" de equipamentos que iriam m para Alemanha, França e Brasil pelos EUA.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

A União também determinou a requisição totalidade dos respiradores já produzidos e disponíveis para a pronta entrega e a totalidade da produção dos fabricantes nos próximos 180 (o que se encerrará 21 de outubro de 2020) através do Ofício nº 72/2020/DLOG/SE/MS, o que evidencia o cenário de escassez dos insumos.

O resultado da escalada global da Covid-19 foi uma verdadeira corrida em busca de insumos e equipamentos, desencadeando a dificuldade de sua aquisição e a alteração substancial dos preços praticados no mercado e da condição de Pagamento.

O Estado de São Paulo tentou a aquisição diretamente junto a empresas nacionais, o que foi inviabilizado, pela medida federal de requisição da fabricação nacional para 180 dias (a findar em outubro de 2020), seja em razão do longo prazo para entrega dos equipamentos.

Visando adquirir os respiradores no mercado nacional, a Secretaria de Estado da Saúde publicou, em 08 de abril de 2020, "Aviso de Chamamento Público" (DOE 08.04.2020, Executivo I, p. 19), convocando empresas interessadas em fornecer, por meio de contratação direta e emergencial, a entrega de ventiladores pulmonares em até 15 dias, contudo, o edital restou deserto, conforme informação SES-PCR-2020/16884 (fls. 244 e seguintes e decisão colacionada nas fls. 216).

Considerando a ausência de interesse dos fabricantes nacionais em participar da licitação, o Estado de São Paulo buscou empresas internacionais.

O processo de licitação foi precedido de Parecer CJ/SS nº 8/2020 da PGESP (fls. 333/347), a Nota Técnica CJ/SS nº 1/2020 da PGE-SP (fls. 349/356), a Nota Técnica SUBG nº 6/2020 da PGE-SP (fls. 377/400), a Nota Técnica SUBG nº 8/2020 da PGE-SP (fls. 406/416), o Parecer SUBG-CONS nº 23/2020 da PGE-SP (fls. 419/428), o Parecer CJ/SS nº 441/2020 da PGE-SP (fls. 659/667), o Ofício GPC 160/2020 da PGESP (fls. 751/754) e o Parecer CJS nº 520/2020 da PGE-SP (fls. 819/829); asseverou a quantidade, a vantajosidade do preço, a qualidade técnica dos produtos e o prazo de entrega viável, contratouse a aquisição de ventiladores pulmonares, sendo 2.000 (duas mil)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

unidades do modelo UTI SH300 e 1.000 (mil) unidades do modelo AX400, a serem produzidos por empresas chinesas (Beijing Eternity Eletronic Technology Co. e Shenzen Comen Medical Instruments Co., respectivamente) e comercializados pela empresa americana Hichens Harrison Capital Partners LLC.

A compra foi dispensada de licitação por expressa disposição legal da Lei Federal nº 13.979/2020, que dispôs:

“Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

(...)

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

I - ocorrência de situação de emergência;

II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;

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

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

Quanto ao preço praticado, a Informação nº 243/2020/GES da Coordenadoria Geral de Administração indica que a oferta da empresa Hichens Harrison foi a mais vantajosa dentre as demais que foram apresentadas, sendo que foram contatados 11 fornecedores, nacionais e internacionais em duas pesquisas de preço para aparelhos de respiração mecânica, com o seguinte resultado de preços, condições de pagamento e de entrega na referida Informação nº 243/2020/GES (fls. 458/ 459).

Referida informação também seria possível verificar em consulta ao site (<https://www.saopaulo.sp.gov.br/coronavirus/transparência>), e pela leitura de fls. 458/459 é possível identificar que apenas a empresa Hichens Harrison Capital Partner LLC apresentava proposta de iniciarem 7 dias a entrega de 500 respiradores a cada

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

semana, e o valor praticado (US\$ 20 mil pelo modelo AX-400 e US\$ 40 mil pelo modelo SH-300).

Reitera-se, que foi realizada ampla pesquisa de preço entre fornecedores, após se ver fracassada a aquisição em território nacional, sendo que a opção da Administração Pública foi pelo fornecedor que ofereceu o preço mais barato, atendidas as exigências técnicas mínimas e também ao prazo a ser fornecido, o que evidencia a ausência de lesividade ao patrimônio público e observância do princípio da moralidade.

Outra informações a se considerar, consiste no fato de que a contratação da empresa Hichens contava com cláusula Incoterm CIF – GRU (Cost, Insurance and Freight) no aeroporto de Guarulhos (GRU), isto é, o vendedor ainda estava cobrindo os custos de transporte do produto, desembaraços da mercadoria e seguros até a sua entrega no aeroporto de Guarulhos (posteriormente contratando a Dux Forwarding Corporation e a Azul Linhas Aéreas)¹⁹, sendo mais vantajosa do que de outras importadoras que entregariam o produto na China, por preço superior, cabendo ao Estado de São Paulo cuidar do transporte, além do risco de perecimento da mercadoria, até o destino final.

Quanto a forma de pagamento foi avençado entre as partes a necessidade de pagamento de 30% (trinta por cento) do valor dos produtos a título de sinal, sendo certo que os 70% (setenta por cento) remanescentes seriam pagos conforme a remessa dos respiradores, fracionada em lotes semanais, considerando a excepcionalidade das circunstâncias de saúde enfrentadas e a essencialidade da contratação.

Consigna-se, que o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 276/02 – 1ª Câmara – julgou admissível a previsão de pagamento antecipado em contratações públicas, desde que previsto no instrumento convocatório e acompanhado da prestação, pela contratada, de garantias do cumprimento do objeto avençado, além de demonstração de que tal medida represente *“a única alternativa para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço desejado, ou ainda quando a antecipação propiciar sensível economia de recursos”*.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Conforme informado nos autos, a repactuação do acordo inicial instituiu condicionantes para mitigação de riscos que eventualmente pudessem ocorrer, bem como previu a restituição de parte do valor que já havia sido pago, qual seja, o sinal de 30% (trinta por cento) do total dos 3.000 (três mil aparelhos, equivalente a 1.720 (mil, setecentos e vinte) ventiladores pulmonares, expressamente excluídos da nova pactuação. Foi exigida a restituição total do saldo de 70% (setenta por cento) pago no dia 27 de abril de 2020 para a aquisição do primeiro lote de 500 (quinhentos) ventiladores do modelo SH300. **Por conta da repactuação, foi cancelado o saldo remanescente no empenho anterior de R\$ 308.577.500,00.**

O pedido inicial para determinar que os respiradores "Inspire" fossem adquiridos pelo Estado da USP, não comporta acolhida, pois na época dos fatos (março/2020) o produto estava sendo desenvolvido pela Universidade de São Paulo (POLI-USP), não passando de protótipo, além do fato de que não possuía registro na ANVISA.

Em resposta à solicitação de informações do Ministério Público do Estado de São Paulo, a Secretaria de Estado da Saúde menciona:

“Quanto ao protótipo de ventilador de emergência da POLI, esclarecemos que em pesquisa realizada por esta pasta, não foram encontradas todas informações técnicas sobre o projeto que permitissem uma análise completa do equipamento.

Muito embora a tentativa de contato com o projeto, por intermédio do único meio disponível no site, seja ele, preenchimento de formulário, com o intuito de obter mais informações técnicas, que não houve retorno até o presente momento, há a declaração de que “Este é um projeto em andamento, não é um produto pronto (...)”

Em se tratando de protótipo, não há como se impor ao Poder Executivo na época dos fatos (março/2020), a compra de respirador da USP que não estava apto a ser comercializado, tanto que o registro na Anvisa foi concedido em caráter excepcional apenas em agosto/2021.

Conforme informado pela Fazenda do Estado, na esfera administrativa, instaurou-se procedimento para a aplicação de sanção e para a rescisão unilateral do contrato em virtude da inexecução parcial da avença, eis que apenas parcela dos equipamentos foram entregues.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA,80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Em que pese a atuação administrativa para impor sanção, não há que se falar em invalidade da contratação em razão de ilegalidade na dispensa de licitação, lesividade ou violação a princípios constitucionais, em razão da fundamentação acima exposta e do fato de que 1.280 respiradores adquiridos na fase inicial modelo AX400 ou os aparelhos de tipo SH300, foram entregues e estão em uso em diversos hospitais do Estado de São Paulo.

No que tange o pedido da Hichens em ver aplicado o disposto no artigo 13 da Lei n. 4.714/65, não se vislumbra ter sido a demanda temerária, considerando que o autor elencou os questionamentos que deveriam ser sanados para dirimir a questão, não devendo ser aplicada a pena de litigância de má-fé.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido formulado na petição inicial da presente Ação Popular n. 1015262-24.2020.8.26.0053 e da Ação Popular n. 1023928-03.2020.8.26.0053 conexa.

Translade-se cópia desta sentença para a Ação Popular n. 1023928-03.2020.8.26.0053 conexa.

Nos termos do artigo 5º, inciso LXXI, ausente condenação em custas e honorários advocatícios.

Oportunamente, ao reexame necessário (art. 19 da Lei nº 4.717/65).

P.I.C.

São Paulo, 28 de novembro de 2022.

GILSA ELENA RIOS
Juíza de Direito

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**