DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 6551/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/24373/2017
PROTOCOLO	: 1868577
ÓRGÃO	: FUNDO ESPECIAL DE SAÚDE DE MS
JURISDICIONADO (A)	: ROBSON FUKUDA (ORDENADOR DE DESPESAS À ÉPOCA)
TIPO DE PROCESSO	: NOTA DE EMPENHO N. 4262/2017
CONTRATADO (A)	: UNITED MEDICAL LTDA.
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

A matéria dos autos trata da prestação de contas referente à aquisição de medicamentos, pela Secretaria Estadual de Saúde de Mato Grosso do Sul (por meio do Fundo Especial de Saúde), para cumprimento de decisão judicial. Os medicamentos foram adquiridos da empresa United Medical Ltda., mediante a utilização de saldo da Ata de Registro de Preços n. 176/2016.

Cumpre anotar que os preços registrados são decorrentes do Pregão Eletrônico n. 84/2016, cuja realização foi considerada regular com ressalva por este Tribunal, segundo se observa na Decisão Singular DSG - G.ICN - 10355/2017 (peça 37, fls. 1662-1666, TC/24324/2016). No referido acórdão, também foi declarada a regularidade com ressalva da formalização da Ata de Registro de Preços n. 176/2016.

Neste momento, examina-se a regularidade:

- da contratação instrumentalizada na Nota de Empenho n. 4262/2017 (emitida em substituição ao termo de contrato);

- da execução contratual.

Ao examinar os documentos dos autos, os auditores da então 1ª Inspetoria de Controle Externo constataram que não consta nos autos o ato de designação do fiscal do contrato. Diante disso, concluíram pela regularidade com ressalva da formalização da nota de empenho e da execução contratual (Análise ANA - 1ICE - 18886/2018, peça 25, fls. 73-78).

Encaminhados os autos ao Ministério Público de Contas (MPC), o Procurador de Contas emitiu o Parecer PAR - 2ª PRC - 799/2020 (peça 26, fls. 79-87), em que considerou irregular a formalização da nota de empenho e a execução contratual. Intimado sobre as irregularidades apontadas pelo Procurador de Contas, o gestor apresentou sua defesa às fls. 94-135 dos autos. No entanto, a defesa apresentada não foi suficiente para modificar o entendimento do *parquet*, conforme se observa no Parecer PAR - 2ª PRC - 7710/2020 (peça 53, fls. 141-149).

É o relatório.

Inicialmente, tenho que o feito está adequadamente instruído, motivo pelo qual declaro encerrada a instrução processual para o julgamento da regularidade da formalização e execução da contratação a que se refere a Nota de Empenho n. 4262/2017 (emitida em substituição ao termo de contrato, em favor da empresa United Medical Ltda.), nos termos dos arts. 4º, III, "a", e 121, II e III, do Regimento Interno (Resolução TCE/MS n. 98, de 19 de dezembro de 2018).

Passando ao mérito da matéria, verifico que o Procurador de Contas opinou pela irregularidade da formalização da nota de empenho pelos seguintes motivos:

a) não foi comprovado que os preços registrados são publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial;

b) não foi encaminhado o ato de designação do fiscal do contrato;

c) não foi apresentada a minuta da nota de empenho, a ser examinada e aprovada pela assessoria jurídica da Administração.

Quanto à falta de comprovação trimestral dos preços registrados na imprensa oficial, por exemplo, é preciso destacar que as atas de registro de preços formalizadas pela Administração estadual são disponibilizadas no sítio eletrônico www.centraldecompras.ms.gov.br, fazendo com que o objetivo principal da norma – publicidade dos preços para orientação da Administração – seja atendido. Além disso, o gestor informou que, atualmente, a Administração estadual já realiza a publicação trimestral na imprensa oficial dos preços registrados. Por isso, a meu ver, penalizar o gestor por essa falha seria uma medida desproporcional, cabendo, neste caso, uma recomendação para que o atual gestor[1] encaminhe a referida comprovação nas próximas prestações de contas de contratações decorrentes do sistema de registro de preços.

Já a necessidade de designação do fiscal do contrato, a meu ver, pode ser flexibilizada neste caso, tendo em vista a realização de um controle apropriado no momento do recebimento dos produtos, de forma a garantir que os produtos entregues correspondam ao objeto contratado, nas quantidades e especificações preestabelecidas. Nesse contexto, Marçal Justen Filho ensina que:

> Haverá casos nos quais será dispensável aplicação tão estrita do texto legal. A regra será atendida quando a atividade de fiscalização puder realizar-se satisfatoriamente no momento da entrega da prestação. **Em muitos casos, basta o controle de qualidade desenvolvido na ocasião do recebimento da prestação. (...) A fiscalização poderia desenvolver-se sob outras modalidades, tais como a exigência de relatórios mensais etc**. Enfim, o dispositivo apresenta relevância e aplicabilidade especialmente às hipóteses de obras e serviços de engenharia. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos

[1] A recomendação destina-se aos gestores que sucederam o ordenador em razão de seu falecimento.

administrativos. 17. ed. rev., atual. e ampl. 2.ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.247. Grifos adicionados.)

Portanto, a falta de designação de agente para fiscalizar a execução da contratação instrumentalizada na Nota de Empenho n. 4262/2017, que tem por objeto a entrega de coisa certa e determinada, cuja qualidade e quantitativos dos produtos a fornecer foram previamente estabelecidos, não configura infração sujeita à aplicação de multa. Contudo, a ressalva e consequente recomendação são medidas que se impõem, por se tratar de falha de natureza formal.

Continuando o exame da matéria, tenho por oportuno registrar que, no sistema de registro de preços, as obrigações e condições contratuais são definidas no edital e na ata de registro de preços. É certo que haverá casos em que a contratação exigirá a formalização de um termo de contrato. Nesses casos, o termo de contrato será complementar à ata de registro de preços, ou seja, não poderá estabelecer cláusulas que contrariem o disposto na ata de registro de preços.

Porém, em se tratando de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, não resultando nenhuma obrigação futura às partes, a lei permite a substituição do termo de contrato por instrumentos mais simples, como a nota de empenho de despesa. São casos que não requerem obrigações e condições contratuais complexas, podendo tais obrigações e condições serem suficiente e previamente definidas no **edital** e na **ata de registro de preços**. Consequentemente, não considero necessária, nesses casos, a inclusão, na nota de empenho, de todas as cláusulas elencadas no art. 55, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Considerando a situação acima descrita, entendo que em tais casos a importância do exame da assessoria jurídica recai essencialmente sobre a minuta do edital e da ata de registro de preços, não havendo necessidade que a assessoria examine também a minuta da nota de empenho – documento de caráter simplificado e muitas vezes padronizado.

Quanto ao atraso no recebimento dos medicamentos adquiridos, o gestor justificou que notificou a empresa sobre a possibilidade de aplicação de sanção caso os medicamentos não fossem entregues dentro do prazo. Ocorre que, em resposta, a empresa justificou o não envio dos medicamentos em razão de débito não pago pela contratante e solicitou novo prazo para entrega dos medicamentos. Ao pesar o interesse público, o gestor informou que:

> *A Casa da Saúde, exercendo suas funções de zelar pelo bem público e nem deixar em risco a vida dos pacientes, sob pena de sanções por parte do poder judiciário por descumprimento de ordem judicial, proferiu manifestação técnica arrazoando para o recebimento do medicamento.* (peça 33, fl. 97)

Diante do caso concreto, vejo que, em que pese o atraso na entrega dos medicamentos e no pagamento da contratada, buscou-se a solução que melhor

atendesse ao interesse público, qual seja, a entrega dos medicamentos. Tanto que uma vez constatado o motivo do atraso, a Secretaria de Estado de Saúde prontamente tomou atitudes para garantir a entrega dos medicamentos, motivo pelo qual entendo que a multa pode ser afastada, cabendo ressalva ao gestor para que cumpra as condições de pagamento estipuladas no contrato, de forma a evitar situações semelhantes no futuro.

Ante o exposto, decido nos sentidos de:

I – **declarar**, com fundamento na regra do art. 59, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, a **regularidade, com a ressalva** que resulta na recomendação inscrita nos termos do inciso II, da **formalização e execução** contratação instrumentalizada na Nota de Empenho n. 4262/2017, emitida em substituição ao termo de contrato e em favor da empresa United Medical Ltda.;

II – **recomendar**, com fundamento na regra do art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012, ao Secretário de Estado de Saúde de Mato Grosso do Sul, que, nas próximas prestações de contas de contratações decorrentes do sistema de registro de preços:

a) encaminhe as cópias do diário oficial que comprovam a publicação trimestral na imprensa oficial dos preços registrados, a fim de demonstrar o cumprimento da regra do art. 15, § 2º, da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

b) encaminhe a cópia do documento de designação do fiscal do contrato, para demonstrar o cumprimento da regra do art. 67, *caput*, da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

c) cumpra fielmente as condições de pagamento previstas nos termos contratuais e na Lei n. 8.666/1993.

É a decisão

Campo Grande/MS, 10 de junho de 2021.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

RT