Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Primeira Câmara

ACÓRDÃO - AC01 - 383/2022

PROCESSO TC/MS	**:** TC/1640/2018
PROTOCOLO	**:** 1887702
TIPO DE PROCESSO	**:** CONTRATAÇÃO PÚBLICA – NOTA DE EMPENHO
ÓRGÃO	**:** FUNDO ESPECIAL DE SAÚDE DE MS
JURISDICIONADOS	: 1.ROBSON YUTAKA FUKUDA (Falecido) 2. CLÁUDIO OSÓRIO MACHADO
INTERESSADO	**:** HOSPFAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES S.A.
VALOR	**:** R$ 289.835,00
RELATOR	**:** CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: CONTRATAÇÃO PÚBLICA – ATA DE REGISTRO DE PREÇO – NOTA DE EMPENHO – AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO TRIMESTRAL DOS PREÇOS REGISTRADOS NA IMPRENSA OFICIAL – FALTA DE AGENTE PARA FISCALIZAR A EXECUÇÃO DA CONTRATAÇÃO – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO.

1. O objeto da contratação é compatível com a entrega imediata, tendo a ata de registro de preços previsto o prazo de 20 (vinte) dias úteis para entrega dos medicamentos, contados a partir do recebimento da nota de empenho, o qual também é compatível com o conceito de entrega imediata, contido na Lei n. 8.666/1993 (art. 40, § 4º).

2. É passível de recomendação a falta de comprovação da publicação trimestral dos preços registrados na imprensa oficial, diante da observação de que as atas de registro de preços são disponibilizadas no sítio eletrônico, atendendo ao objetivo principal da norma, e da informação de que, atualmente, a Administração realiza a publicação trimestral.

3. A falta de designação de agente para fiscalizar a execução da contratação, que tem por objeto a entrega de coisa certa e determinada, cuja qualidade e quantitativos dos produtos foram previamente estabelecidos, é passível de ressalva e de consequente recomendação.

4. É regular a formalização da contratação instrumentalizada na Nota de Empenho que atendeu aos requisitos legais, com ressalva, que gera recomendação para que, nas próximas prestações de contas de contratações, decorrentes do sistema de registro de preços, 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, e 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.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 28ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada de 19 a 22 de setembro de 2022, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, 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** da contratação instrumentalizada na Nota de Empenho n. 6347/2017, emitida em substituição ao termo de contrato e em favor da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A.; 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, ou a quem vier a sucedê-lo no cargo, 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.

Campo Grande, 22 de setembro de 2022.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Trata-se da análise da conformidade da formalização da Nota de Empenho n. 6347/2017, emitida pelo Fundo Especial de Saúde de Mato Grosso do Sul em favor da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A., visando à aquisição de medicamentos para atendimento de pacientes cadastrados na CEAF.

O procedimento licitatório Pregão Eletrônico n. 66/2017 e a Ata de Registro de Preços n. 74/2017 já foram objeto de análise nos autos do TC/10478/2017, em que foram declarados regulares por meio do Acórdão n. 1314/2018 (pç. 25, fls. 889-892).

Ao analisar a prestação de contas, a equipe técnica da então 1ª Inspetoria de Controle Externo expediu a ANA-1ICE-20078/2018 (pç. 14, fls. 105-108), concluindo pela regularidade com ressalva da formalização do Empenho n. 6347/2017, haja vista a falta de designação do fiscal do contrato por parte do fundo estadual.

Encaminhados os autos ao Ministério Público de Contas, seu representante expediu parecer apontando a existência de diversos fatos que, em seu entender, configurariam irregularidades (PAR – 2ª PRC – 703/2020, pç. 15, fls. 109-115), tendo ao final opinado pela intimação dos responsáveis para apresentação de justificativas e documentos em atenção ao princípio do contraditório.

Intimados, os gestores apresentaram resposta conjunta acompanhada de documentos, em que justificaram e impugnaram os fatos apontados como irregulares e pugnaram pela aprovação da prestação de contas (pç. 29, fls. 129-215).

Restituídos os autos ao Ministério Público de Contas para reanálise, entendeu seu representante pela persistência das irregularidades apontadas no parecer anterior, que restou ratificado nos seguintes termos (PAR-2ªPRC-5626/2020, pç. 39, fls. 288-235):

> A par do exposto, esta Procuradoria de Contas ratifica o posicionamento constante do Parecer PAR – 2ª PRC –703/2020 e se manifesta no seguinte sentido:
>
> **I –** Pela **IRREGULARIDADE** do contrato formalizado por meio da Nota de Empenho nº 6347/2017, com lastro nas disposições do artigo 121, II, da Resolução TCE/MS nº 98/2018, c/c os artigos 37, 42, II e IX, e 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012, e nos artigos 15, § 2º, 38, parágrafo único, 55, 57, caput, 62, §§ 2º e 4º, e 67 da Lei nº 8.666/1993;
>
> **II –** Pela aplicação de **MULTA** aos responsáveis pelas irregularidades, com fulcro no artigo 44, I, da Lei Complementar nº 160/2012; e

III – Pela **RECOMENDAÇÃO** à pessoa responsabilizada pela prática das irregularidades apuradas nestes autos, ou a quem a haja sucedido no cargo ou na função, para prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas, com fulcro no artigo 185, IV, 'b', da Resolução TCE/MS nº 98/2018.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Inicialmente, tenho que o feito está adequadamente instruído, motivo pelo qual declaro encerrada a instrução processual para o julgamento da regularidade da formalização da Nota de Empenho n. 6347/2017 (emitida em substituição ao termo de contrato), nos termos dos arts. 4º, III, "b", e 121, II, do Regimento Interno (Resolução TCE/MS n. 98, de 5 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) a nota de empenho não possui todas as cláusulas contratuais exigidas no art. 55 da Lei n. 8.666/1993;

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

e) a execução contratual ultrapassa a vigência dos créditos orçamentários;

f) não houve entrega imediata e integral dos bens adquiridos.

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 gestor 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 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. 6347/2017, 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 à vigência dos créditos orçamentários, é importante destacar que o empenho não cancelado pode ser inscrito em restos a pagar, o que prorroga a vigência do crédito orçamentário para o exercício posterior. Desse modo, não há irregularidade na formalização do empenho. O que deve ser observado no caso em julgamento, porém no momento da execução contratual, é se o empenho foi corretamente inscrito em restos a pagar para garantir a execução dentro da vigência do crédito orçamentário.

Por fim, entendo que a falta de entrega imediata e integral dos bens adquiridos impede, a princípio, a utilização da nota de empenho como instrumento substituto ao contrato. No entanto, o objeto da contratação é compatível com a entrega imediata, tendo a ata de registro de preços previsto, no item 7.5.2, o prazo de 20 (vinte) dias úteis para entrega dos medicamentos, contados a partir do recebimento da nota de empenho. Tal prazo é compatível com o conceito de entrega imediata contido na Lei n. 8.666/1993 (art. 40, § 4º). Em razão disso, entendo que não houve irregularidade na formalização da nota de empenho. Evidente que pode ter havido descumprimento das condições de entrega pela empresa contratada, porém entendo que essa questão deve ser examinada em momento posterior, quando do julgamento da execução da contratação.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **voto** no sentido 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** da contratação instrumentalizada na Nota de Empenho n. 6347/2017, emitida em substituição ao termo de contrato e em favor da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A.;

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, ou a quem vier a sucedê-lo no cargo, 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.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em declarar a regularidade com ressalva da formalização da contratação instrumentalizada na nota de empenho, com recomendação ao responsável.

Presidência e relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Osmar Domingues Jeronymo e Jerson Domingos.

Presente o Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 22 de setembro de 2022.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

LBS/GLX/ARP