DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 2788/2020

PROCESSO TC/MS	: TC/22332/2017
PROTOCOLO	: 1853955
ÓRGÃO	: FUNDO ESPECIAL DE SAÚDE DE MATO GROSSO DO SUL
ORDENADOR DE DESPESA	: CARLOS ALBERTO MORAES COIMBRA - SECRETÁRIO DE ESTADO DE SAÚDE – Gestão 13/12/2017 a 31/12/2018 NELSON BARBOSA TAVARES – SECRETÁRIO DE ESTADO DE SAÚDE - Gestão 01/01/2015 a 07/12/2017 CLAUDIO OSÓRIO MACHADO – ORDENADOR DE DESPESAS-SES - Gestão 24/01/2018 a 31/12/2018 ROBSON YATAKA FUKUDA – ORDENADOR DE DESPESAS-SES - Gestão 06/05/2015 a 23/01/2018
ASSUNTO DO PROCESSO	: NOTA DE EMPENHO N.2017NE003010
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	: DISPENSA DE LICITAÇÃO
CONTRATADO(A)	: BRISTOL MYERS SQUIBB FARMACÊUTICA LTDA
OBJETO	: AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTO PARA CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL
VALOR INICIAL	: R$ 150.816,48
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

A matéria dos autos trata do exame, para fins de julgamento, da regularidade do procedimento licitatório na modalidade **Contratação Direta por Inexigibilidade** (Processo Administrativo n. 27/000879/2017), da formalização da **Nota de Empenho n. 2017NE003010,** emitida pelo Fundo Especial de Saúde de Mato Grosso do Sul, em favor da empresa Bristol Myers Squibb Farmacêutica Ltda, como termo substitutivo do contrato, para aquisição de medicamento para cumprimento de decisão judicial, bem como da sua **execução financeira e orçamentária**.

Ao analisar os documentos, a Divisão de Fiscalização de Saúde-DFS concluiu na **Análise n. 30164/2018** (pç. 40, fls. 140-146) pela **regularidade** da contratação direta por inexigibilidade, pela **regularidade com ressalva** da formalização da Nota de Empenho n. 2017NE003010 e pela **regularidade** da sua execução financeira e orçamentária.

Em seguida, o Procurador do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o **Parecer n. 10196/2019** (pç.42 , fls.148-150), opinando pela:

> I – Pela **LEGALIDADE E REGULARIDADE da Dispensa de Licitação** com lastro nas disposições insculpidas no artigo 120, inciso I, ”b” e artigo 121, inciso II, alínea “a”, ambos da Resolução Normativa TC/MS nº 076/2013, e com o artigo 59, inciso I, da Lei Complementar nº 160/2012;
> II – Pela **LEGALIDADE E REGULARIDADE COM RESSALVA da formalização do Empenho nº 3010/2017** com lastro nas disposições insculpidas no artigo 120,

inciso II, da Resolução Normativa TC/MS nº 076/2013, c/c o artigo 59, inciso II, da Lei Complementar nº 160/2012;

III – Pela **LEGALIDADE E REGULARIDADE COM RESSALVA dos atos praticados no decorrer da Execução Financeira**, devido a ausência do termo de encerramento contratual, com lastro nas disposições insculpidas no artigo 120, inciso III, c/c o artigo 121, inciso IV, alínea "a", ambos da Resolução Normativa TC/MS nº 076/2013, e com o artigo 59, inciso II, da Lei Complementar nº 160/2012.

IV – **Pela APLICAÇÃO DE MULTA** ao responsável, conforme as disposições insculpidas no artigo 42, incisos IV e IX e artigo 44, inciso I, da Lei Complementar nº 160/2012.

É o Relatório.

DECISÃO

Acerca da matéria em exame, tenho que o feito está adequadamente instruído, motivo pelo qual declaro encerrada a instrução para o julgamento da Contratação Direta por Inexigibilidade, da formalização da Nota de Empenho n. 2017NE003010 e da sua execução orçamentária e financeira, nos termos dos arts. 4º, III, "a" c/c art. 11, IV e 121, I, "b", II, III do Regimento Interno (Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018).

Ressalto, por oportuno, que após as devidas intimações houve manifestação nos autos do Sr. Carlos Alberto Moraes Coimbra (pç.33, fls.114-123), dos Senhores Claudio Osorio Machado e Robson Yataka Fukuda (pç.35, fls.125-129) e do Sr. Nelson Barbosa Tavares (pç.39, fls.133-139).

DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

De acordo com os documentos dos autos, verifico que o procedimento licitatório, na modalidade contratação direta por inexigibilidade (Processo Administrativo n. 27/000879/2017), atende as exigências contidas nas Leis Federais n. 8.666, de 1993, bem como às normas regimentais estabelecidas por este Tribunal (Resolução Normativa n. 54, de 16 de dezembro de 2016, vigente à época).

DA FORMALIZAÇÃO DA NOTA DE EMPENHO

A Nota de Empenho n. 2017NE003010 está de acordo com o § 4º, do art. 62, da Lei Federal n. 8.666, de 1993, uma vez que substitui o termo de contrato, tendo em vista a aquisição de medicamentos para cumprimento de decisão judicial.

Relativamente ao apontamento feito pela DFS quanto à ausência do ato de designação do fiscal do contrato, conforme prevê o art. 67 da Lei (federal) 8.666, de 1993, entendo que tal imposição deve ser ponderada, a depender do caso.

Sob esse aspecto os ordenadores de despesa, Sr.Claudio Osorio Machado e Sr.Robson Yataka Fukuda manifestaram no seguinte sentido (peça 35, fls.148-150):

> Quanto ao ato de designação de fiscal do contrato, ainda que previsto na Lei 8.666/1993, conforme alega a Equipe Técnica responsável pela análise da documentação apresentada, esta Secretaria de Estado de Saúde ainda está na dependência da normatização para a função de fiscal de contrato, que esta sendo providenciada pela Secretaria de Estado de Administração, ou seja, foge da nossa área de atuação.
> No entanto enquanto aguardamos essa normatização, que regerá todos os órgãos do Poder Executivo, para o recebimento de medicamentos/produtos nesta Secretaria de Estado de Saúde, anualmente é publicada uma Comissão, composta por profissionais (habilitados por conselhos de classes profissionais e conhecedores de áreas especificas), que dão Recebimento e Aceitação de Bens de Consumo ou Permanentes. Dentre os profissionais designados estão os Farmacêuticos-Bioquímicos que concentrados na Coordenadoria de Assistência Farmacêutica recebem os medicamentos/produtos adquiridos pela Secretaria de Estado de Saúde/Fundo Especial de Saúde para atender diversos setores. **Para o exercício de 2017 a designação foi por meio da Resolução "P" SES n. 64, publicada no DOE n. 9,357, de 23/03/2017 (anexo) com inclusão de profissionais de saúde pela Resolução "P" SES n. 106, publicada no DOE n. 9.397, de 27/04/2017 (anexo).** Reforçamos que no momento do recebimento dos materiais/produtos a Comissão faz a verificação dos seguintes requisitos; **especificação dos medicamentos/produtos; quantidades; marca/modelo; prazo de validade; condições de resfriamento, quando necessário. Ressaltamos ainda, que essas atividades são inerentes do fiscal de contrato, no entanto em face de não existir, ainda, a normatização para a função, as mesmas são executadas pela Comissão de Recebimento.**

A exigência de um fiscal para acompanhar a execução contratual cujo objeto é o fornecimento de medicamentos para cumprimento de decisão judicial pode ser dispensável, pois basta o gestor se certificar em realizar um controle de qualidade no momento do seu recebimento para que haja a efetiva comparação das especificações técnicas do medicamento recebido com o objeto contratado.

Em consonância com a justificativa apresentada, percebo que as atribuições que são de responsabilidade do fiscal de contrato foram realizadas pela Comissão de Recebimento no momento da entrega do medicamento, cumprindo, portanto, a atividade de fiscalização exigida por Lei.

Sobre o tema, trago o ensinamento de Marçal Justen Filho, em *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, ed. Revista dos Tribunais, 17ª edição, pg. 1.247:

> Haverá casos nos quais será dispensável aplicação tão estrita do texto legal. A regra será atendida quando a atividade de fiscalização puder realizar-se satisfatoria-

> mente 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.

Dessa forma, entendo que a falta de designação de um agente para fiscalizar a execução da **Nota de Empenho n. 2017NE003010**, que tem por objeto a entrega imediata de coisa certa e determinada, cuja qualidade e quantitativo estão expressos às partes na nota de empenho, não configura infração passível à aplicação de multa.

DA EXECUÇÃO FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

Do ponto de vista financeiro, observo o atendimento às disposições da Lei (federal) 4.320/64, visto que existe harmonia entre o valor da contratação (R$ 150.816,48) e os valores registrados nos documentos da despesa (notas de empenho, notas fiscais e ordens de pagamento), conforme demonstrado no resumo da execução financeira elaborado pela unidade de auxílio técnico, nos seguintes moldes (pç. 40, fls. 140-146):

Valor Inicial do Contrato	R$ 150.816,48
Valor Total dos Termos Aditivos (T.A)	R$ 0,00
Valor Total do Contrato	**R$ 150.816,48**
Valor Empenhado (N.E)	R$ 150.816,48
Valor Empenhado Anulado (N.A.E)	R$ 0,00
Valor Total Empenhado (N.E – N.A.E)	R$ 150.816,48
Valor Liquidado (N.F)	R$ 150.816,48
Valor do Pagamento Efetuado (O.P/O.B)	R$ 150.816,48

No que tange ao apontamento feito pelo Ministério Público de Contas em face da ausência do termo de encerramento do contrato, observo na nota fiscal emitida pela empresa contratada (pç. 19, fls. 81-100), que a aquisição do medicamento pelo Fundo Especial de Saúde de Mato Grosso do Sul ficou adstrita à vigência da nota de empenho, ou seja, imediatamente, não havendo qualquer prejuízo ao erário a falta do aludido termo de encerramento, razão pela qual entendo ser viável a substituição da aplicação da multa pela ressalva e consequente recomendação sobre o necessário atendimento ao Anexo VI, item 8.1, B.9, da Resolução TC/MS nº 54/16 (vigente à época dos fatos).

Ante o exposto, acompanho parcialmente o posicionamento da Divisão de Fiscalização de Saúde e do membro do Ministério Público de Contas e **decido** no sentido de:

I - declarar, com fundamento na regra do art. 59, I da Lei Complementar (Estadual) n. 160/2012, a **regularidade do procedimento licitatório** na modalidade contratação direta por inexigibilidade;

II - declarar, com fundamento no art. 59, inciso II, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, a **regularidade com as ressalvas** inscritas no inciso seguinte, **da formalização Nota de Empenho n. 2017NE003010**, celebrado entre a Fundação Estadual Saúde de Mato Grosso do Sul e a empresa Bristol Myers Squibb Farmacêutica Ltda, **bem como da sua execução orçamentária e financeira;**

III – recomendar, com fundamento na regra do art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar (Estadual) n. 160/2012, ao responsável, ou a quem sucedê-lo, a adoção das medidas necessárias para a correção das impropriedades relatadas no bojo desta decisão, notadamente, pela ausência da designação de um fiscal para a Nota de Empenho e pela ausência da remessa do termo de encerramento contratual, de modo a prevenir a ocorrência de novas inadequações semelhantes;

É como decido.

Campo Grande/MS, 16 de março de 2020.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator

VCF