Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Primeira Câmara

ACÓRDÃO - AC01 - 466/2020

PROCESSO TC/MS	**:** TC/12300/2018
PROTOCOLO	**:** 1943039
TIPO DE PROCESSO	**:** ATA DE REGISTRO DE PREÇO – NOTA DE EMPENHO
ÓRGÃO	**:** FUNDO ESPECIAL DE SAÚDE DE MATO GROSSO DO SUL
JURISDICIONADOS	**:** 1. CLAUDIO OSÓRIO MACHADO (ORDENADOR DE DESPESAS) 2. GERALDO RESENDE PEREIRA (SECRETÁRIO DE ESTADO DE SAÚDE DE MATO GROSSO DO SUL)
INTERESSADO	**:** PRODUTOS ROCHE QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS S. A.
RELATOR	**:** CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: NOTA DE EMPENHO – SUBSTITUTO CONTRATUAL – AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS PARA CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL – FORMALIZAÇÃO – REGULARIDADE – EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA– LIQUIDAÇÃO DA DESPESA – DÉBITO DA EMPRESA COM A FAZENDA MUNICIPAL – IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE PAGAMENTO – ATRASO NO PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE MULTA – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO.

1. A nota de empenho emitida como substituto contratual em conformidade com as normas legais é declarada regular.

2. A exigência de regularidade fiscal e trabalhista deve permanecer durante toda a execução do contrato e possui a função de garantir o cumprimento das obrigações contratuais; mas, a constatação de débito da empresa com a Fazenda Municipal no momento do pagamento não desabona os atos praticados pelo gestor, que deve realizar o pagamento diante do cumprimento do contrato, que não de duração continuada, finalizando, deste modo, a avença, um vez que não é permitida a retenção do pagamento em virtude da irregularidade fiscal ou trabalhista.

3. O atraso no pagamento à contratada, sem incidência de multa, é passível de ressalva ao julgamento regular da execução contratual, que devidamente comprovada, sendo importante recomendar ao gestor que cumpra rigorosamente as condições de pagamento previstas na lei e nas cláusulas contratuais.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 22ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada de 17 a 20 de agosto de 2020, ACORDAM os Senhores Conselheiros na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em declarar **a regularidade** da formalização da Nota de Empenho n. 9657/2018, emitida em substituição ao termo de contrato e em favor da empresa Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A., e a **regularidade, com a ressalva,** da execução do contrato instrumentalizado na Nota de Empenho; bem como **recomendar**, com fundamento na regra do art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012, ao atual Secretário de Estado de Saúde de Mato Grosso do Sul, ou a quem vier a sucedê-lo no cargo, que, ao celebrar contratos administrativos, cumpra fielmente as condições de pagamento previstas nos termos contratuais e na Lei n. 8.666/1993.

Campo Grande, 20 de agosto de 2020.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

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 Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S. A., mediante a utilização de saldo da Ata de Registro de Preços n. 187/2017.

Cumpre anotar que os preços registrados são decorrentes do Pregão Eletrônico n. 149/2017, cuja realização foi considerada regular por este Tribunal, segundo se observa no Acórdão AC02 - 1638/2018 (peça 28, fls. 1201-1203, TC/24217/2017). No referido acórdão, também foi declarada a regularidade da formalização da Ata de Registro de Preços n. 187/2017.

Neste momento, examina-se a regularidade:

- da contratação instrumentalizada na Nota de Empenho n. 9657/2018 (emitida em substituição ao termo de contrato);

- da execução contratual.

Ao examinar os documentos dos autos, os auditores da Divisão de Fiscalização de Saúde (DFS) concluíram pela regularidade da formalização da nota de empenho e pela regularidade com ressalva da execução contratual, em virtude das seguintes falhas (Análise ANA - DFS - 10657/2019, peça 15, fls. 243-247):

- no momento do pagamento a contratada possuía débitos com a Fazenda do Município de Goiânia;

- os documentos relativos à execução contratual foram encaminhados intempestivamente.

Em consonância com as conclusões da DFS, o Procurador de Contas opinou pela regularidade da formalização do substituto contratual e pela regularidade com ressalva da execução financeira (Parecer PAR - 2ª PRC - 20847/2019, peça 17, fls. 249-250).

O Procurador fundamentou que, em virtude dos débitos da contratada com a Fazenda Pública do Município de Goiânia, houve descumprimento à cláusula quinta da Ata de Registro de Preços n. 187/2017, que determina a obrigatoriedade da empresa signatária da ata manter, durante a vigência do registro de preços, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. Apesar dessa falha, o Procurador manifestou-se pela regularidade com ressalva em razão de o objeto contratado ter sido entregue e não ter havido prejuízo ao erário.

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. 9657/2018 (emitida em substituição ao termo de contrato) e da execução contratual, nos termos dos arts. 4º, III, "b", e 121, II e III, do Regimento Interno (Resolução TCE/MS n. 98, de 19 de dezembro de 2018).

Analisando os autos, verifico que os documentos relativos à formalização da nota de empenho estão em consonância com os dispositivos legais pertinentes, conforme apontado pela Divisão de Fiscalização de Saúde (DFS) e pelo representante do Ministério Público de Contas (MPC).

Quanto à execução contratual, entendo que ela deve ser declarada regular com ressalva, porém não em razão dos débitos da empresa contratada com a Fazenda Pública do Município de Goiânia, conforme passo a argumentar.

Pelo que verifico, não houve falha do gestor nesse ponto, pois houve a fiscalização da manutenção, durante a vigência do registro de preços, das condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. Importante destacar que a Administração alertou a empresa contratada, por meio de documento complementar à nota de empenho (peça 14, fl. 218), da necessidade de apresentar certidões e certificados relativos à regularidade fiscal e trabalhista com prazo de validade abrangendo o momento do pagamento.

O fato de a contratada possuir, no momento do pagamento, débito com a Fazenda Pública do Município de Goiânia não desabona os atos praticados pelo gestor. Sobre esse aspecto, são esclarecedores os ensinamentos de Rony Charles Lopes de Torres:

> No que pese percebermos correta preocupação doutrinária com excessivas exigências na habilitação, que restringem a competitividade, a redação do dispositivo constitucional não deve ser percebida sob um foco literal. A não inclusão ou referência às exigências de regularidade fiscal ou trabalhista não gera óbice constitucional à imposição de tais habilitações.
>
> Parece mais importante perceber a "função" da cláusula apontada pelo constituinte. O dispositivo, ao restringir as exigências habilitatórias (..."nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.") buscava impedir que a habilitação, inclusive em relação às exigências técnicas e econômicas, fosse utilizada como um instrumento desproporcionalmente restritivo à competitividade. Por isso que, segundo o constituinte, essas exigências devem se limitar ao conteúdo indispensável "à garantia do cumprimento das obrigações".
>
> Mesmo as exigências legais de qualificação técnica e econômica devem guardar consonância com os princípios da razoabilidade/proporcionalidade. Em outras

> palavras, as exigências de habilitação devem ser adequadas ao fim constitucionalmente estabelecido ("a garantia do cumprimento às obrigações). Este é o vetor fundamental, que deve ser respeitado nas exigências de habilitação apresentadas pelos certames licitatórios, inclusive nos casos de regularidade fiscal e trabalhista.
>
> (...)
>
> Reiteramos, seja em relação às qualificações técnicas e econômicas, à regularidade trabalhista, à regularidade fiscal ou outra exigência de habilitação criada pelo legislador federal, suas aplicações nas licitações, por imposição do constituinte, **devem sempre respeitar uma função primordial, qual seja, "a garantia do cumprimento das obrigações".** Caso a restrição habilitatória exceda tal função, será inconstitucional e impugnável pelo licitante interessado. (TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 9. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 423. Grifos adicionados.)

Trazendo essas considerações ao caso em julgamento, verifico que a função primordial da exigência de regularidade fiscal foi cumprida, qual seja, o cumprimento das obrigações pela contratada, haja vista a entrega do objeto nos termos pactuados.

A meu ver, a ressalva seria pertinente se houvesse alguma recomendação a ser feita ao gestor diante da situação encontrada. No entanto, ele procedeu corretamente, fiscalizando o contrato, como determina a lei. O fato de a empresa incorrer em débito fiscal durante a execução contratual foge ao arbítrio do gestor. Fosse um contrato de duração continuada, o gestor poderia advertir a contratada ou mesmo rescindir a avença, caso houvesse risco que ela não cumprisse as obrigações pactuadas.

Sendo assim, ainda que constatado o débito com a Fazenda Municipal, não me parece que caberia outra atitude ao gestor a não ser realizar o pagamento devido à contratada, finalizando, assim, a avença. Ademais, não é permitida a retenção do pagamento em virtude de irregularidade fiscal ou trabalhista, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no RMS 24953/CE (grifos adicionados):

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO. IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO.
>
> 1. É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF.
>
> 2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser "obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação".
>
> 3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual.

> 4. Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal.
>
> 5. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. **Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna**.
>
> 6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.

Portanto, diferentemente do apontado pela DFS e pelo MPC, entendo que nada há a ressalvar nas medidas tomadas pelo gestor diante da constatação de débito da empresa com a Fazenda Municipal.

Por outro lado, verifico que houve atraso no pagamento à contratada. Nesse ponto, entendo que a ressalva é a medida mais adequada no presente caso, pois, ainda que a falha não tenha acarretado o pagamento de multa por parte da Administração na contratação em julgamento, tal situação pode ocorrer em contratações posteriores. Por isso, é importante que se recomende ao gestor que cumpra rigorosamente as condições de pagamento previstas na lei e nas cláusulas contratuais.

Além disso, verifico que, independentemente do tempo de remessa dos documentos a este Tribunal, o empenho, a liquidação e o pagamento da despesa foram corretamente processados e não infringiram dispositivos constitucionais e legais que pudessem comprometer a regularidade da prestação de contas referente à execução contratual.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanhando parcialmente o entendimento da Divisão de Fiscalização de Saúde (DFS) e do representante do Ministério Público de Contas (MPC), voto nos sentidos de:

I – **declarar**, com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, **a regularidade** da formalização da Nota de Empenho n. 9657/2018, emitida em substituição ao termo de contrato e em favor da empresa Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A.;

II – **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 III, da execução do contrato instrumentalizado na Nota de Empenho n. 9657/2018;

III – **recomendar**, com fundamento na regra do art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012, ao atual Secretário de Estado de Saúde de Mato Grosso do Sul, ou a quem vier a sucedê-lo no cargo, que, ao celebrar contratos ad-

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

DECISÃO

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

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiro Waldir Neves Barbosa e Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Presente o Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público de Contas José Aêdo Camilo.

Campo Grande, 20 de agosto de 2020.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

NCB/dssm