ACÓRDÃO - AC01 - 279/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/2214/2017
PROTOCOLO	: 1786634
TIPO DE PROCESSO	: PROCEDIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	: FUNDO ESPECIAL DE SAÚDE DE MS
JURISDICIONADOS	: 1. ROBSON YUTAKA FUKUDA 2. GERALDO RESENDE
INTERESSADO	: ABBVIE FARMACEUTICA LTDA
VALOR	: R$ 324.543,70
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: PROCEDIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO – SITUAÇÃO EMERGENCIAL – AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS PARA ATENDIMENTO DE PACIENTES EM CUMPRIMENTO DE AÇÕES JUDICIAIS – REGULARIDADE – NOTA DE EMPENHO – SUBSTITUIÇÃO AO TERMO DE CONTRATO FORMALIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DO FISCAL DO CONTRATO – EXECUÇÃO FINANCEIRA – AUSÊNCIA DO CERTIFICADO DE REGULARIDADE FISCAL JUNTO À FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO.

1. É declarada a regularidade do procedimento de dispensa de licitação realizado para aquisição de medicamentos em cumprimento de ações judiciais, com fundamento no inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/93 que desenvolvido em consonância com as exigências legais e instruído com a documentação obrigatória; mas a regularidade da formalização da Nota de Empenho de Despesa em substituição ao Termo de Contrato e da sua execução deve ser ressalvada em decorrência de falta de designação do fiscal do contrato e da ausência do Certificado de Regularidade Fiscal junto à Fazenda Pública Estadual, que resultam na recomendação ao gestor.

2. A falta de designação do fiscal do contrato, com atribuições de acompanhar e fiscalizar a execução contratual, viola o disposto no art. 67 da Lei (Federal) n. 8.666/93, contudo, deve ser ponderada caso a caso, podendo ser dispensável como no que possui o objeto de aquisição de medicamentos para atender decisão judicial, com entrega imediata de coisa certa e determinada, e qualidade e quantitativos especificados na nota, diante da possibilidade da realização de controle satisfatório pelo próprio gestor do contrato no momento do recebimento.

3. Não obstante a ausência do Certificado de Regularidade Fiscal junto à Fazenda Pública Estadual na execução estar em desacordo como a previsão legal, a impropriedade é passível de ressalva diante da verificação de que a execução da contratação atendeu às determinações legais e regulamentares, e apresentada a comprovação de que os recursos financeiros foram devidamente liquidados, com a entrega adequada dos medicamentos.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 14ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada de 21 a 24 de junho de 2021, ACORDAM os

Senhores Conselheiros na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em declarar a **regularidade** do procedimento de Dispensa de Licitação, para aquisição de 130 unidades do medicamento HUMIRA – Adalimumab 40mg – seringa de 8ml, para o atendimento de 15 (quinze) pacientes, conforme determinado em ações judiciais, e a **regularidade com a ressalva** da formalização da Nota de Empenho de Despesa nº 476/2017, emitida pelo Fundo Especial de Saúde de Mato Grosso do Sul, em favor da empresa ABBVIE Farmacêutica Ltda., em substituição ao Termo de Contrato, em razão da ausência de designação do fiscal do contrato, e da **execução contratual,** pela ausência do Certificado de Regularidade Fiscal junto à Fazenda Pública Estadual, no ato de emissão da Ordem de Pagamento nº 10824; e **recomendar** ao Sr. **Geraldo Resende,** atual Secretário de Saúde do Estado de Mato Grosso do Sul, ou a quem substituí-lo no cargo, que se atente para a designação de fiscal de contrato para o acompanhamento da execução contratual, conforme dispõe o art. 67 da Lei (federal) n. 8.666/93, e que exija da empresa contratada a apresentação das Certidões Negativas de Débitos, notadamente do Certificado de Regularidade Fiscal junto à Fazenda Pública Estadual, no decorrer da execução contratual, em atendimento ao disposto no art. 55, inciso XIII, da Lei (federal) 8.666/93, de modo a prevenir a ocorrência de futuras irregularidades.

Campo Grande, 24 de junho de 2021.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria dos autos trata da emissão da Nota de Empenho de Despesa nº 476/2017, pelo Fundo Especial de Saúde de Mato Grosso do Sul, em favor da empresa ABBVIE Farmacêutica Ltda., em substituição ao Termo de Contrato, tendo como objeto a aquisição de 130 unidades do medicamento HUMIRA – Adalimumab 40mg – seringa de 8ml, destinado ao atendimento de 15 (quinze) pacientes, conforme determinação judicial.

Ao analisar os documentos dos autos, a então 1ª Inspetoria de Controle Externo (1ICE) concluiu na análise técnica ANA 22158/2018 (pç. 27, fls. 157-164) pela **regularidade** da contratação direta realizada por Dispensa de Licitação e da formalização do Empenho nº 476/2017 emitido pelo Fundo Especial de Saúde de MS, bem como pela **regularidade com ressalva** da execução financeira e orçamentária do Empenho nº 476/2017, pela falta de apresentação dos certificados de regularidade junto à Fazenda Estadual relativos a cada pagamento realizado.

O Procurador do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o Parecer PAR 10337/2019 (pç. 28, fl. 165-167), opinando:

> 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 476/2017 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, 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.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

RAZÕES DO VOTO

Compulsando os autos, adianto minha anuência aos posicionamentos da então 1ª Inspetoria de Controle Externo (1ICE) e do Ministério Público de Contas (MPC) com relação ao procedimento de Dispensa de Licitação, realizado pelo Fundo Especial de Saúde de Mato Grosso do Sul, em favor da empresa ABBVIE Farmacêutica Ltda., para aquisição de medicamentos, visando o cumprimento de determinação judicial, porquanto encontra-se em consonância com o disposto no art. 24, IV, da Lei (Federal) n. 8.666, de 1993.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul já entendeu que o gestor público, uma vez comprovada e justificada a situação emergencial, em especial para atender comando judicial, pode adquirir medicamentos por meio da dispensa de licitação, a conferir:

> EMENTA: **PROCEDIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO – AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS – ATENDIMENTO À ORDEM JUDICIAL** – NOTA DE EMPENHO – FORMALIZAÇÃO – **REGULARIDADE**.
>
> O procedimento de dispensa de licitação para atendimento à ordem judicial e a formalização da nota de empenho são regulares ao demonstrarem consonância com as prescrições legais vigentes, estando acompanhados dos documentos exigidos, encaminhados no prazo previsto.
>
> (TCE/MS – TC/3931/2019 – AC02 856/2019. Relator: Cons. Osmar Domingues Jeronymo. Data de julgamento: 24/09/2019).

E, de minha relatoria:

> EMENTA: **PROCEDIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO – AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS PARA CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL - REGULARIDADE** – NOTA DE EMPENHO – AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DO FISCAL DO CONTRATO – POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONTROLE APROPRIADO NO MOMENTO DO RECEBIMENTO – FLEXIBILIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA - EXECUÇÃO FINANCEIRA – DÉBITO COM A FAZENDA ESTADUAL - INADMISSIBILIDADE DE RETENÇÃO DE PAGAMENTO DEVIDO – ATRASO NO PAGAMENTO INEXISTÊNCIA DE MULTA – REGULARIDADE COM RESSALVA - RECOMENDAÇÃO.
>
> 1. O procedimento de dispensa de licitação para a aquisição de medicamentos, com vistas ao cumprimento de decisão judicial, que desenvolvido com as normas legais pertinentes, estando o processo instruído com as peças de envio obrigatório ao Tribunal de Contas, merece a declaração de regularidade; assim

> como a formalização da nota de empenho dele decorrente que cumpre os requisitos legais. (...)
>
> (TCE/MS – TC/6074/2018 – AC01 429/2020. Primeira Câmara. Relator: Cons. Flávio Kayatt. Data de Julgamento: 06/08/2020

Segundo Marçal Justen Filho (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pg. 376), a emergência é um *"estado de necessidade"*. Acrescenta ainda que:

> No caso específico das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a concretização do sacrifício a esses valores.

Considerando que o comando do inciso IV do art. 24 da Lei n. 8.666/93 não distingue a fonte causadora da situação emergencial, é certo que esta pode decorrer de uma decisão judicial, que visa a tutela imediata da saúde e/ou vida de outrem, como ocorre no caso em tela.

No tocante à formalização da Nota de Empenho de Despesa nº 476/2017, o Procurador de Contas opinou pela declaração de regularidade com ressalva, haja vista a ausência de designação do fiscal do contrato, em desacordo com o subitem 5, letra "b", item 4, Anexo VI, da Resolução TCE/MS n. 54, de 2016(vigente à época dos fatos).

Vale anotar que, a falta de designação do fiscal do contrato, com atribuições de acompanhar e fiscalizar a execução contratual, viola o disposto no art. 67 da Lei (Federal) n. 8.666/93, contudo, a meu ver, tal disposição legal deve ser ponderada caso a caso, conforme explico adiante.

A exigência legal de um fiscal de contrato para acompanhar a execução do objeto contratual em apreço, ou seja, o fornecimento de medicamentos, pode ser dispensável, pois, neste caso, o próprio gestor do contrato pode realizar satisfatoriamente o controle do fornecimento e recebimento dos produtos.

Nesse sentido, trago novamente a lição de Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Ed. Revista dos Tribunais, 17ª edição, 2016, pg. 1.247), que afirma o seguinte:

> 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.

Desse modo, entendo que a falta de designação de um agente exclusivamente para fiscalizar a execução da Nota de Empenho nº 476/2017, que tem por objeto a entrega de coisa certa e determinada, em que a qualidade e os quantitativos dos produtos a serem fornecidos estão expressos às partes na citada nota, não deve ser tido como uma irregularidade sujeita à aplicação de multa. Ao invés, deve ser tratada como uma impropriedade e como tal, acarretar ao gestor uma recomendação, a fim de prevenir a ocorrência de falhas semelhantes nas próximas contratações.

Do ponto de vista orçamentário e financeiro, verifico o atendimento às disposições da Lei (Federal) n. 4.320, de 1964, visto que existe harmonia entre 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. 27, fls. 157-164):

Valor Inicial	R$ 324.543,70
Valor Final	R$ 324.543,70
Valor Empenhado (N.E)	R$ 649.087,40
Valor Empenhado Anulado (N.A.E)	R$ 324.543,70
Valor Total Empenhado (N.E – N.A.E)	R$ 324.543,70
Valor Liquidado (N.F)	R$ 324.543,70
Valor do Pagamento Efetuado (O.P/O.B)	R$ 324.543,70

Do quadro acima, observo que o gestor contratou o valor total final de R$ 324.543,70, tendo efetivamente empenhado, liquidado e pago todo o valor contratado, em consonância com as regras da Lei (Federal) n. 4.320/64.

A então 1ª ICE apontou a falta de apresentação pela empresa contratada do Certificado de Regularidade Fiscal perante a Fazenda Pública Estadual, no ato de emissão da Ordem de Pagamento nº 10824, em desacordo com o subitem 4, da

letra “b” do item 8.1, do Anexo VI, da Resolução TC/MS n. 54/2016 (vigente à época dos fatos).

Não obstante a impropriedade acima apontada pela unidade de auxílio técnico, é certo que a execução da contratação atendeu às determinações legais e regulamentares, com a comprovação de que os recursos financeiros foram devidamente liquidados e com a entrega adequada dos medicamentos, conforme atestado no verso da nota fiscal emitida pela empresa fornecedora (pç. 11, fls. 130-131).

Assim, considerando apenas que não se verificou a apresentação do Certificado de Regularidade Fiscal perante a Fazenda Pública Estadual e, sobretudo, tendo em vista o alcance dos objetivos da contratação direta, entendo que a declaração de regularidade com ressalva da execução, com a consequente recomendação por tal fato é razoável no caso em apreço.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanho em parte os entendimentos da então 1ª Inspetoria de Controle Externo (1ICE) e do Ministério Público de Contas e **voto** nos seguintes termos:

I – declarar, com fundamento no art. 59, inciso I, da Lei Complementar (Estadual) nº 160/2012, a **regularidade** do procedimento de **Dispensa de Licitação,** para aquisição de 130 unidades do medicamento HUMIRA – Adalimumab 40mg – seringa de 8ml, para o atendimento de 15 (quinze) pacientes, conforme determinado em ações judiciais;

II – declarar, com fundamento no art. 59, inciso II, da Lei Complementar (Estadual) nº 160/2012 a **regularidade com a ressalva** inscrita no inciso seguinte:

a) da **formalização da Nota de Empenho de Despesa nº 476/2017**, emitida pelo Fundo Especial de Saúde de Mato Grosso do Sul, em favor da empresa ABBVIE Farmacêutica Ltda., em substituição ao Termo de Contrato, em razão da ausência de designação do fiscal do contrato, na forma do art. 67 da Lei (federal) 8.666/93;

b) da execução contratual, pela ausência do Certificado de Regularidade Fiscal junto à Fazenda Pública Estadual, no ato de emissão da Ordem de Pagamento nº 10824;

III – recomendar, com fundamento no art. 59, § 1º, inciso II, da Lei Complementar (Estadual) nº 160/2012, ao Sr. **Geraldo Resende,** atual Secretário de Saúde do Estado de Mato Grosso do Sul, ou a quem substituí-lo no cargo, que se atente para a designação de fiscal de contrato para o acompanhamento da execução contratual, conforme dispõe o art. 67 da Lei (federal) n. 8.666/93, **e** que exija da empresa contratada a apresentação das Certidões Negativas de Débitos,

notadamente do Certificado de Regularidade Fiscal junto à Fazenda Pública Estadual, no decorrer da execução contratual, em atendimento ao disposto no art. 55, inciso XIII, da Lei (federal) 8.666/93, de modo a prevenir a ocorrência de futuras irregularidades;

IV – intimar os interessados acerca do resultado deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (Estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 2018).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em declarar a regularidade do procedimento de dispensa de licitação, a regularidade com a ressalva da formalização da nota de empenho de despesa e da execução contratual, 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, 24 de junho de 2021.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

NCB / VAB/DSSM