DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 6697/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/1098/2018
PROTOCOLO	: 1884822
ÓRGÃO	: FUNDO ESPECIAL DE SAÚDE DE MS
ORDENADOR DE DESPESA	: ROBSON YUTAKA FUKUDA
CARGO DO ORDENADOR	: ORDENADOR DE DESPESA (22/7/2017 a 22/1/2018)
TIPO DE PROCESSO	: NOTA DE EMPENHO DE DESPESA N. 5.397/2017
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	: DISPENSA DE LICITAÇÃO
CONTRATADO(A)	: BRISTOL-MYERS SQUIBB FARMACÊUTICA LTDA
OBJETO	: AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS PARA CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL
VALOR INICIAL	: R$ 135.734,88
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

A matéria dos autos refere-se à Nota de Empenho de Despesa nº 5.397/2017, emitida pelo Fundo Especial de Saúde de Mato Grosso do Sul (FES-SA) em favor da empresa Bristol-Myers Squibb Farmacêutica Ltda., em substituição ao Termo de Contrato, tendo por objeto a aquisição de 36 unidades do medicamento *NIVOLUMABE/Marca: OPDIVO – 10 mg/ml, solução injetável, frascos com 10 e 4 ml*, destinadas à beneficiária Diomar Ramos, conforme determinado na ação judicial nº 0800583-65.2017.8.12.0027 – 1407987-05.2017.8.12.0000

Ao analisar os documentos, a então 1ª Inspetoria de Controle Externo (1ICE), concluiu na Análise 6791/2018 pela **regularidade** dos atos relativos à Dispensa de Licitação e da formalização da Nota de Empenho de Despesa nº 5.397/2017 (pç. 20, fls. 122-126).

O membro do Ministério Público de Contas (MPC), por sua vez, emitiu o Parecer 2ª PRC 11692/2020 (pç. 40, fls. 172-181), opinando:

> **I – Pela ILEGALIDADE e IRREGULARIDADE do procedimento de seleção do fornecedor, realizado por meio de licitação dispensável**, com lastro nas disposições do artigo 121, I, da Resolução Normativa TCE/MS nº 98/2018, c/c os artigos 37, 42, II, e 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160/2012, e do artigo 27, V, da Lei nº 8.666/1993;
> **II – Pela ILEGALIDADE e IRREGULARIDADE do contrato administrativo formalizado por meio da Nota de Empenho nº 5.397/2017**, com lastro nas disposições insculpidas no artigo 121, II, da Resolução TCE/MS nº 98/2018, c/c os artigos 37, 42, II, e 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160/2012, e dos artigos 55 e 62, § 2º, da Lei nº 8.666/1993;
> **III – Pela ILEGALIDADE e IRREGULARIDADE da execução do contrato** administrativo formalizado por meio da Nota de Empenho nº 5.397/2017, com lastro nas disposições do artigo 121, III, da Resolução TCE/MS nº 98/2018, c/c os artigos 42, IX, e 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160/2012;

IV – Aplicação de MULTA ao responsável pelas irregularidades e ilegalidades, com fulcro no artigo 44, I, da Lei Complementar nº 160/2012; e

V – Pela RECOMENDAÇÃO, a quem tenha sucedido o gestor infrator, que adote providências no sentido de prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas às destes autos, com fulcro no artigo 172, IV, 'b', da Resolução Normativa TCE/MS nº 76/2013.

É o Relatório.

DECISÃO

Analisando detidamente os documentos dos autos, observo que, em uma primeira oportunidade, o Procurador do MPC opinou pela declaração de irregularidade da prestação de contas sob exame (PAR 2ª PRC – 9553/2019, fls. 127-134), ratificando tal posicionamento no PAR 2ª 11692/2020 (pç. 40, fls. 172-181), em razão de ter constatado as seguintes falhas:

- **ausência de declaração de cumprimento do disposto no inciso XXXIII, do art. 7º da Constituição Federal** (declaração de não empregar menores de 18 anos), exigida como documento de habilitação em licitações pelo art. 27, inciso V, da Lei (federal) 8.666/93;
- **ausência do ato de designação do fiscal do contrato**, em descumprimento ao art. 67, da Lei (federal) 8.666/93;
- **ausência das cláusulas necessárias do contrato administrativo**, previstas no art. 55 e seguintes da Lei (federal) 8.666/93;
- **ausência termo de encerramento do contrato**, nos moldes do art. 78, parágrafo único, da Lei (federal) 8.666/93.

Na sequência, foi oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa aos Srs. Robson Yutaka Fukuda (Ordenador de Despesas do FESA à época dos fatos), Nelson Barbosa Tavares (Secretário de Estado de Saúde à época dos fatos) e Geraldo Resende (atual Secretário de Estado de Saúde), conforme se observa dos documentos presentes às fls. 135-138, ocasião em que apresentaram manifestação conjunta (pç. 33, fls. 146-151), defendendo, em suma, a regularidade dos atos praticados, na seguinte forma:

- em relação ao apontamento sobre o art. 27, inciso V, da Lei (federal) 8.666/93, os documentos de habilitação elencados no citado artigo são exigidos para licitações e não para contratações diretas, bem como são desnecessários pelo fato de não estarem elencados no rol de documentos de remessa obrigatória ao Tribunal para processos de dispensa licitatória, disposto na Resolução TCE/MS nº 88/2018;

- no referente à falta de designação do fiscal do contrato, não havia regulamentação no Estado para essa atribuição à época da abertura do processo de Dispensa de Licitação, o que foi justificado nos autos à fl. 104. Acrescentaram, também, que após análise dos procedimentos e intima-

ções expedidas pelo TCE nesse sentido, a Comissão de Recebimento e Aceitação de Bens de Consumo e Permanente passou a exercer as atividades de fiscalização da execução dos contratos, sendo que tal designação atualmente já faz parte de todos os processos;

- não havia necessidade de ser formalizado instrumento contratual para a citada aquisição, esclarecendo tratar-se de compra única e de entrega imediata, eis que o prazo para tanto foi estipulado em 10 dias, bem como que as obrigações e sanções foram enviadas aos fornecedores na consulta de preços e no termo de referência, e;

- quanto à ausência do termo de encerramento, considerando a aquisição caracterizar-se por entrega imediata, uma vez concluído o objeto e não restando qualquer obrigação entre as partes, o contrato se exaure automaticamente, dispensando o referido termo. Outrossim, pelo fato da beneficiária ter falecido antes da conclusão da transação com a fornecedora dos medicamentos, a nota de empenho não foi anulada.

Por fim, **saliento que foi noticiado nos autos TC/743/2018 o óbito do Sr. Robson Yutaka Fukuda**, conforme Certidão de Óbito que consta nas fls. 383-384, do referido processo.

Feitas tais considerações, passo a decidir.

O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (TCE/MS) 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).

No mesmo sentido, trago à lume julgado 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 ESTA-

DUAL - 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.

Contudo, em relação à falta de apresentação da Declaração de não Emprego de Menores da fornecedora, os argumentos dos jurisdicionados não merecem prosperar, haja vista que a dispensa de sua obrigatoriedade não é alcançada pelo art. 32, § 1º, da Lei (federal) 8.666/93, que assim dispõe:

> Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.
>
> **§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.**

Assim, a Declaração de não Emprego de Menores trata-se de regra inscrita no **art. 27, inciso V**, da Lei n. 8.666/1993 (não é alcançada pelo disposto no § 1º do art. 32 da citada lei), decorrente de imposição expressa no art. 1º do Decreto (federal) nº 4.358/02, que visa o cumprimento do disposto no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, a saber:

> **XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;**

O comando normativo da Carta Magna sobrepõe-se às demais disposições legais, sendo que a ausência de tal documento, dada sua relevância constitucional, implica na declaração de irregularidade, conforme precedentes desta Corte:

> EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE MATERIAIS ELÉTRICOS E ACESSÓRIOS – EDITAL – **AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO – MANDAMENTO CONSTITUCIONAL – NÃO ENVIO – IRREGULARIDADE – MULTA.**
> **A Constituição Federal de 1988 proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre por menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir de quatorze anos, e, em consequência, a Lei Geral de Licitações determina que para habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa ao cumprimento de tal mandamento; sendo que a ausência dessa exigência evidencia irregularidade do procedimento licitatório, assim como o não envio da aludida declaração por empresa vencedora, o que impõe aplicação de multa ao responsável.** (TCE/MS – TC/19155/2016 – AC01 617/2019. Primeira Câmara. Relator: Cons. Waldir Neves Barbosa. Data de Julgamento: 03/09/2019)

Prosseguindo para a formalização contratual, é facultado ao gestor público a substituição do Termo de Contrato pela Nota de Empenho de Despesa nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, tal como previsto no art. 62, §4º, da Lei (federal) 8.666/93.

Vale destacar, inclusive, que o Tribunal de Contas da União (TCU) considera *entrega imediata* quando esta ocorrer em até trinta dias do pedido formal realizado pelo órgão administrativo:

> SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO CONVERTIDA DE PARECER DA AUDITORIA INTERNA. DISCUSSÃO A RESPEITO DA LEGALIDADE DA DISPENSA DE TERMO DE CONTRATO E DA UTILIZAÇÃO DE OUTROS DOCUMENTOS NAS HIPÓTESES DE COMPRAS COM ENTREGA IMEDIATA. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO. POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE TERMO CONTRATUAL.
> 1. É juridicamente possível a formalização de contrato de fornecimento de bens para entrega imediata e integral, da qual não resulte obrigações futuras, por meio de nota de empenho, independentemente do valor ou da modalidade licitatória adotada, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei 8.666/1993 e à luz dos princípios da eficiência e da racionalidade administrativa que regem as contratações públicas.
> 2. **Entende-se por "entrega imediata" (mencionada no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993) aquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido de fornecimento formal feito pela Administração, que deve ocorrer por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta esteja válida na ocasi-**

ão da solicitação. (TCU – TC-025.898/2016-7. Representação/ATA nº 19/2018 – Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Data de Julgamento: 30/05/2018)

Nesse pensar, verifico não haver óbice em substituir o Termo de Contrato pela Nota de Empenho de Despesa nº 5.397/2017, pois o e-mail de consulta de preços (pç. 4, fls. 42-3), enviado às pretensas fornecedoras, informa o prazo máximo de 20 dias úteis para atendimento da solicitação, sem a indicação de qualquer obrigação futura ou acessória entre as partes contratantes, em consonância com o disposto no art. 62, § 4º, da Lei (federal) 8.666/93.

O §2º do mesmo artigo também prevê que "e*m carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra, ordem de execução de serviço ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei".*

Compulsando os autos, observo que o Termo de Referência de fl. 51 possui a indicação de algumas condições essenciais para a contratação, tais como objeto, prazo de entrega e documentos de Habilitação/Qualificação Técnica, todavia, conforme informado pelos próprios jurisdicionados, tal documento foi encaminhado incompleto para o Tribunal de Contas, confira:

> Vale dizer que as obrigações e sanções referentes a presente aquisição já foram previstas na consulta de preços enviada aos fornecedores, fls. 42/43 e no Termo de Referência, fls. 51, do processo TC/1098/2018, encontrando respaldo jurídico naquela. Considerando que o Termo de Referência juntado aos autos do TCE está incompleto, passamos a versão completa para instrução processual (anexo 1)

Oportunamente, registro que a complementação do Termo de Referência **não** foi anexada à manifestação acima mencionada (pç. 33 e 34, fls. 146-166)

Embora o Termo de Referência presente nos autos não esteja completo, percebo que, de fato, houve um equívoco dos gestores no encaminhamento da documentação ao Tribunal, sendo que os indícios das condições necessárias à aquisição dos medicamentos, presente à fl. 51, somado ao e-mail destinado aos pretensos fornecedores e as informações constantes nos documentos de fls. 42-43, a meu ver, suprem a exigência contida no art. 62, § 2º, da Lei (federal) 8.666/93, pelo que entendo ser necessária a substituição da penalização pela emissão de recomendação ao responsável.

Em relação à falta de designação do fiscal do contrato, com atribuições de acompanhar e fiscalizar a execução contratual, em que pese a violação do disposto no art. 67 da Lei (Federal) n. 8.666/93, entendo que 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 5.397/2017, 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.

Relativamente à execução contratual, **a Nota de Empenho nº 5.397/2017 foi integralmente anulada, tendo em vista a informação de seu óbito da beneficiária**. Logo, restou configurada a inexecução total do contrato, na forma prevista no art. 77, da Lei (federal) 8.666/93.

O Procurador de Contas se insurgiu ao fato de os jurisdicionados não terem encaminhado o termo de rescisão contrato, previsto no art. 78, parágrafo único, da Lei (federal) 8.666/93, o qual prevê:

> **Art. 78.** (...)
> **Parágrafo único.** Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Analisando os documentos que compõem o processo, observo ser possível visualizar nos e-mails de fls. 162-169 que foi demonstrada a motivação (*perda do objeto/falecimento do beneficiário),* bem como a comunicação à empresa fornecedora para que os fármacos não fossem entregues, em razão do ocorrido. Na fl. 166 consta a indicação da anulação total do empenho, representada pela Nota nº 2018ARN00273.

Ademais, visualizo que a falta do termo de rescisão, neste caso em específico, não ocasionou qualquer prejuízo ao erário, podendo ser considerada como falha de natureza formal, consoante entendimento desta Corte:

> EMENTA: **CONTRATO ADMINISTRATIVO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS – EXECUÇÃO FINANCEIRA – TERMOS DE RESCISÃO E ENCERRAMENTO DO CONTRATO – NÃO ENCAMINHAMENTO – AUSÊNCIA DE REJUÍZO OU DANO AO ERÁRIO – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO.**
> É regular, com ressalva, o procedimento de execução do contrato administrativo que se desenvolveu em consonância com as disposições instrumentos da legislação aplicável e cujos Termos de Rescisão contratual e de Encerramento do Contrato não tenham sido encaminhados para análise da prestação de contas, na hipótese de não ocorrência de prejuízo ou dano ao erário (...) - (TCE/MS. TC/01866/2012. AC01 254/2016. Primeira Câmara. Cons. Relator: José Ricardo Pereira Cabral. Data de Julgamento: 29/03/2016)

> EMENTA: **CONTRATO ADMINISTRATIVO – AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS – EXECUÇÃO FINANCEIRA – ANULAÇÃO DE EMPENHO – AUSÊNCIA DE TERMO DE RESCISÃO – REGULARIDADE – RESSALVA – RECOMENDAÇÃO.**
> O registro de preços não obriga a administração pública a firmar o contrato, porém, uma vez formalizado o termo contratual, para o seu desfazimento, exige-se a rescisão, contendo as justificativas e informações que motivaram o ato não bastando somente as anulações dos empenhos realizados. **A ausência do termo de rescisão do contrato motiva a declaração da regularidade com ressalva da execução financeira e a recomendação ao atual ordenador de despesas para que observe com mais rigor as exigências do art. 77 e ss. da Lei nº 7.666/93.** (TCE/MS. TC/10652/2014. AC01 425/2020. Primeira Câmara. Cons. Relator: Márcio Campos Monteiro. Data de Julgamento: 6/08/2020)

Desta forma, considerando que os e-mails retro citados indicam o atendimento do disposto no art. 78, parágrafo único, da Lei (federal) 8.666/93, assim como a ausência de constatação de qualquer prejuízo ao erário pela falta do termo de rescisão, entendo ser cabível a declaração de regularidade com ressalva da execução contratual, com emissão de recomendação aos jurisdicionados para que dediquem maior atenção aos próximos casos.

Além do que fora exposto até então, **em que pese a constatação da(s) irregularidade(s) e impropriedade(s) alhures, verifico a impossibilidade de imputação de penalização ao Sr. Robson Yutaka Fukuda (ordenador de despesas à época dos fatos), ante a inequívoca informação de seu óbito, ocorrido em 10/01/2021, conforme se extrai da Certidão de Óbito acostada no TC/743/2018 (pç. 37, fls. 383-384).**

Nesse passo, a rigor do art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, há que se declarar a **extinção da punibilidade em relação aos atos praticados pelo jurisdicionado**, havendo jurisprudência desta Corte nesse sentido:

EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO – AQUISIÇÃO DE PEÇAS E SERVIÇOS – FORMALIZAÇÃO – EXECUÇÃO FINANCEIRA – EMPENHO, LIQUIDAÇÃO E PAGAMENTO – REMESSA INTEMPESTIVA – REGULARIDADE COM RESSALVA – FALECIMENTO DO ORNDENADOR DE DESPESAS – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.
É regular com ressalva a formalização de contrato administrativo em que se demonstra a clareza, legalidade e objetividade das cláusulas contratuais, bem como a execução financeira em que se verifica que a despesa foi devidamente empenhada, liquidada e paga, mas remetida a prestação de contas fora do prazo legal.
O falecimento do ordenador de despesas acarreta a extinção da punibilidade, vez que a punição é dirigida à pessoa do gestor público responsável pelos atos administrativos submetidos à apreciação.
(TCE/MS – AC01 2465/2017 – TC/17371/2014. 1ª Câmara. Relator: Cons. Ronaldo Chadid. Data de julgamento: 29/11/2016)

EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA NA ÁREA JURÍDICA –EXECUÇÃO FINANCEIRA –INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS ATINENTES À LIQUIDAÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS–AUSÊNCIA DE DOCUMENTO DE REMESSA OBRIGATÓRIA –TERMO DE ENCERRAMENTO –DESEQUILÍBRIO NOS ESTÁGIOS DA DESPESA PÚBLICA –SALDO EMPENHADO A MAIOR –VALOR PAGO A MAIOR SEM COMPROVAÇÃO FISCAL–IRREGULARIDADE –**FALECIMENTO DO ORDENADOR DE DESPESAS –EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE –NÃO APLICAÇÃO DE MULTA** –IMPUGNAÇÃO–ESPÓLIO –OBRIGAÇÃO DO SUCESSOR DE REPARAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO –RECOMENDAÇÃO.1.A verificação de saldo empenhado a maior na execução contratual, bem como de despesa realizada a maior sem comprovação fiscal no mesmo valor, demonstrando o desequilíbrio nos estágios da despesa pública e a inobservância das regras atinentes à liquidação dos contratos públicos, atrai a declaração de irregularidade da execução financeira do contrato administrativo.2.(...) 3.**É sabido que a morte, como fato jurídico que é, acarreta consequências na esfera do Direito e, nesses termos, a pretensão sancionatória extingue-se com a morte do gestor, visto que o cumprimento da sanção é personalíssimo, não ultrapassando a pessoa do condenado (princípio da intransmissibilidade da pena).** Considerando a extinção da punibilidade diante do falecimento do ordenador de despesas, não se aplica a multa em relação à irregularidade nas contas prestadas, o que não exime seu sucessor da obrigação constitucionalmente prevista de reparar o dano causado ao erário. (TCE/MS – AC02 255/2021 – TC/18095/2013. 2ª Câmara. Relator: Cons. Márcio Campos Monteiro. Data de julgamento: 08/04/2021)

Ante o exposto, acompanho parcialmente o Ministério Público de Contas e **decido** no sentido de:

I – declarar, com fundamento no art. 59, inciso III, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, a **irregularidade** do processo de **Dispensa de Licitação**, realizado pelo Fundo Especial de Saúde de Mato Grosso do Sul, cujo objeto é a aquisi-

ção de medicamentos em favor da beneficiária **Diomar Ramos**, diante do não encaminhamento da Declaração de Não Empregar Menores, exigida nos termos do art. 27, inciso V, da Lei (federal) 8.666/93, para atender o comando do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal;

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 5.397/2017**, emitida pelo Fundo Especial de Saúde de Mato Grosso do Sul, em favor da empresa Bristol-Myers Squibb Farmacêutica Ltda., substituindo o Termo de Contrato, em razão do encaminhamento do Termo de Referência incompleto, sem a indicação de todas as condições essenciais da contratação, conforme previsto no art. 62, § 2º, da Lei (federal) 8.666/93, bem como pela ausência de designação do fiscal do contrato, exigido na forma do art. 67, da Lei (federal) 8.666/93;

b) da **execução contratual,** haja vista a inexecução total da Nota de Empenho nº 5.397/2017 pela perda do objeto, consistente no **falecimento da beneficiária dos medicamentos – Diomar Ramos**, sem a elaboração do respectivo termo de rescisão contratual, em atenção ao disposto no art. 78, inciso XVII, Lei (federal) 8.666/93.

III – recomendar, com fundamento no art. 59, § 1º, inciso II, da Lei Complementar (Estadual) nº 160/2012, ao Sr. **Antônio César Naglis,** atual ordenador de despesas do Fundo Especial de Saúde de Mato Grosso do Sul, ou a quem substituí-lo no cargo, para que dedique maior atenção à prevenção das falhas descritas no inciso **II**, "**a**" e "**b**" desta Decisão, especialmente para atender o disposto nos arts. 62, §2º, 67, *caput*, 77 e 78, parágrafo único, todos da Lei (Federal) n. 8.666/93, com o propósito de evitar a reiteração de tais impropriedades em casos futuros;

IV – declarar extinta a punibilidade relativa à irregularidade declarada no inciso I desta Decisão, tendo em vista o falecimento do responsável à época dos fatos, SR. ROBSON YUTAKA FUKUTA, noticiada às **TC/743/2018 (pç. 37, fls. 383-384)**, com fundamento no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal;

V – intimar o(s) interessado(s) acerca deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (Estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (Resolução n. 98, de 2018).

É a decisão.

Campo Grande/MS, 14 de junho de 2021.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator

JLRS