ACÓRDÃO - AC01 - 280/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/6255/2018
PROTOCOLO	: 1907089
TIPO DE PROCESSO	: CONTRATAÇÃO PÚBLICA
ÓRGÃO	: FUNDO ESPECIAL DE SAÚDE DE MS
JURISDICIONADOS	: 1. CARLOS ALBERTO MORAES COIMBRA 2. CLÁUDIO OSÓRIO MACHADO
INTERESSADO	: NOVARTIS BIOCIÊNCIAS S.A.
VALOR	: R$ 224.232,00
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: NOTA DE EMPENHO – AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS – SUBSTITUIÇÃO AO TERMO DE CONTRATO – FORMALIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DO FISCAL DO CONTRATO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PUBLICAÇÃO TRIMESTRAL DOS PREÇOS REGISTRADOS NA IMPRENSA OFICIAL – FALTA DE ENVIO DO EXTRATO DA QUANTIDADE DISPONÍVEL DOS ITENS REGISTRADOS EM ATA – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO.

1. A falta de designação do fiscal do contrato viola o disposto no art. 67 da Lei (Federal) n. 8.666/93, porém, a exigência deve ser ponderada caso a caso, podendo ser flexibilizada como no que possui o objeto de aquisição de medicamentos, com entrega imediata de coisa certa e determinada, diante da possibilidade da realização de controle satisfatório pelo próprio gestor do contrato no momento do recebimento. Contudo, a ressalva e consequente recomendação são medidas que se impõem.

2. Merece ser objeto de ressalva a ausência da comprovação de publicação trimestral dos preços registrados na imprensa oficial no caso em que se verifica a disponibilização das atas de registro de preços no sítio eletrônico do órgão, cumprindo com o objetivo principal da norma, a publicidade dos preços para orientação da Administração.

3. A falta de envio do extrato da quantidade disponível dos itens registrados em ata constitui falha que no caso merece ser ressalvada, considerando que o controle da utilização dos itens registrados é responsabilidade do gerenciador do ata (autoridade diversa do gestor do Fundo) e que uma suposta aquisição de medicamentos além do quantitativo registrado em ata não implicaria, a princípio, a penalização do gestor.

4. É declarada a regularidade da formalização da nota de empenho em substituição ao termo de contrato, devendo ser ressalvadas as impropriedades destacadas, que resultam na recomendação ao gestor para que nas próximas prestações de contas de contratações tais falhas não se repitam.

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, com a ressalva,** da contratação instrumentalizada na Nota de Empenho n. 1963/2018, emitida em substituição ao termo de contrato e em favor da empresa Novartis Biociências S.A.; e **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, encaminhe a este Tribunal: a) 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) o extrato contendo o saldo remanescente do quantitativo da ata de registro de preços utilizada para a contratação; c) 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, 24 de junho de 2021.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria dos autos trata da prestação de contas relativa à aquisição, pela Secretaria de Estado de Saúde de Mato Grosso do Sul (por meio do Fundo Especial de Saúde), de medicamentos da empresa Novartis Biociências S.A., em conformidade com os termos previstos na Ata de Registro de Preços n. 36/2017.

Cumpre anotar que a formalização da ata supramencionada e o procedimento licitatório que lhe deu origem (Pregão Eletrônico n. 222/2016) foram declarados regulares por este Tribunal, consoante se verifica na Decisão Singular DSG - G.ODJ - 2780/2018 (peça 25, fls. 798-799, do Processo TC/5127/2017).

Neste momento, examina-se a regularidade da contratação instrumentalizada na Nota de Empenho n. 1963/2018 (emitida em substituição ao termo de contrato).

A então 1ª Inspetoria de Controle Externo (1ª ICE), ao analisar a matéria, concluiu pela regularidade com ressalva da formalização da nota de empenho, em virtude do não encaminhamento do ato de designação do fiscal do contrato (Análise ANA - 1ICE - 17585/2018, peça 12, fls. 161-164).

Por sua vez, o representante do Ministério Público de Contas (MPC), conforme se observa no teor do Parecer PAR - 2ª PRC - 866/2020 (peça 16, fls. 205-201), considerou haver falhas e irregularidades na formalização da nota de empenho. Em razão disso, opinou que os responsáveis deveriam ser intimados para se manifestarem acerca de tais falhas e irregularidades, quais sejam:

1. Remessa intempestiva dos documentos referentes à prestação de contas da contratação instrumentalizada na Nota de Empenho n. 1963/2018.

2. Falta de encaminhamento dos seguintes documentos:

a. comprovação de que os preços registrados são publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial;

b. extrato contendo o saldo remanescente do quantitativo da Ata de Registro de Preço;

c. ato de designação do fiscal do contrato;

d. minuta do instrumento de formalização contratual, examinada e aprovada pela assessoria jurídica da Administração.

3. O teor da nota de empenho não contempla todas as cláusulas necessárias aos contratos administrativos, estabelecidas nas disposições do art. 55 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

4. A Ata de Registro de Preços nº 36/2017 contrariou o artigo 16 do Decreto Estadual nº 14.506/2016 por não contemplar a quantidade registrada de cada item e na prestação de contas não foi juntado o extrato do saldo do item contratado, o que obstaculiza a análise da regularidade da vinculação entre o quantitativo contratado e o registrado (peças 2 e 3).

Foram então intimados o senhor Carlos Alberto Moraes Coimbra, Secretário de Estado de Saúde na época dos fatos (Termo de Intimação INT - G.FEK - 3143/2020, peça 18, fl. 214), e o senhor Cláudio Osório Machado, ordenador de despesas na época dos fatos (Termo de Intimação INT - G.FEK - 3144/2020, peça 19, fl. 215), os quais, ao responder a intimação (peça 25, fls. 221-223), alegaram que:

- O prazo final para remessa dos documentos referentes à prestação de contas da contratação instrumentalizada na Nota de Empenho n. 1963/2018 ocorreu em 21 de abril de 2018, sábado. Em razão disso, os documentos foram encaminhados no primeiro dia útil subsequente ao encerramento do prazo, ou seja, no dia 23 de abril de 2018, segunda-feira.

- O órgão responsável pelo controle e acompanhamento das atas de registro de preços formalizadas pela Administração estadual é a Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização (SAD), que possui, dentre suas atribuições, a publicação trimestral na imprensa oficial dos preços registrados. Ao entrarem em contato com a SAD, os intimados foram informados de que, na época, a referida publicação na imprensa oficial não era realizada, pois as atas de registro de preços, enquanto vigentes, ficavam disponíveis no site da Central de Compras do Estado. Além disso, também foram informados de que, atualmente, além da publicação das atas no site da Central de Compras, a SAD também passou a publicar o registro de preços trimestralmente na imprensa oficial.

- Consta na fl. 159 dos autos os documentos de autorização de utilização da Ata de Registro de Preços n. 36/2017, em que são mencionados os itens de interesse e suas respectivas quantidades.

- Na época da contratação, não havia regulamentação para a designação de fiscal para as contratações da Administração estadual e, em consequência disso, a Secretaria de Estado de Saúde (SES) não adotava, como prática em seus processos, a designação de um fiscal para os contratos sob sua responsabilidade. No entanto, o recebimento dos medicamentos era realizado por uma comissão (designada pela Resolução “P” SES n. 73, publicada no DOE n. 9600, p. 22, de 22 de fevereiro de 2018 – juntada à fl. 226 dos autos) composta por servidores qualificados e com conhecimento para o desempenho da função. No que se refere especificamente aos medicamentos adquiridos por meio da Nota de Empenho n. 1963/2018, houve cumprimento das condições pactuadas, o que se comprova por meio do atesto de recebimento na nota fiscal.

- O edital de licitação para a Ata de Registro de Preços n. 36/2017 foi devidamente aprovado pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização, órgão responsável tanto pela condução da licitação quanto pelo acompanhamento da ata de registro de preços. Ademais, em se tratando de contratação decorrente da referida ata, não haveria necessidade de reproduzir na nota de empenho (utilizada como instrumento de contrato) todas as cláusulas previstas no art. 55 da Lei n. 8.666/1993, uma vez que essas cláusulas já constam na ata de registro de preços, assinada pelos representantes da empresa e da Administração.

- A contratação é referente a medicamentos dispensados a pacientes atendidos por força de determinação judicial, com aquisição individualizada. Dadas as características da situação, a interrupção no tratamento dos pacientes pode acarretar danos à sua saúde e aplicação de penalidades ao gestor responsável. Nesse contexto e em razão de esgotamento do estoque de medicamentos, o ordenador de despesas autorizou, em caráter excepcional, a entrega parcial de 27 caixas do medicamento adquirido por meio da Nota de Empenho n. 1963/2018, juntamente com a carta da empresa contratada comprometendo-se a trocar os medicamentos caso não fossem dispensados em tempo hábil.

Ao analisar a resposta à intimação apresentada pelos responsáveis, o Procurador de Contas acatou a justificativa referente à remessa intempestiva de documentos a este Tribunal e manteve as demais falhas e irregularidades por ele anteriormente apontadas. Dessa forma, em seu parecer final (Parecer PAR - 2ª PRC - 6426/2020, peça 29, fls. 237-244), concluiu:

> ***I –*** *Pela* ***IRREGULARIDADE*** *do contrato formalizado por meio da Nota de Empenho nº 1963/2018, com lastro nas disposições do artigo 121, II, da Resolução TCE/MS nº 98/2018, c/c os artigos 37, 42, II, e 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012, e nos artigos 15, § 2º, 38, parágrafo único, 55, 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. 1963/2018 (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 19 de dezembro de 2018).

Passando à discussão do mérito da matéria, discordo, respeitosamente, da conclusão final do representante do Ministério Público de Contas (MPC), por entender – conforme discorrerei a seguir – que as impropriedades apontadas na prestação de contas em julgamento caracterizam falhas formais, não acarretando, portanto, dano ao erário (efetivo ou potencial), prejuízo à transparência das contas públicas ou afronta a normas legais e constitucionais.

Quanto à falta de comprovação de publicação 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.

Dando continuidade à discussão das impropriedades presentes na prestação de contas, destaco que, diferentemente do que pretendeu o gestor em sua defesa, o documento do gerenciador da ata de registro de preços autorizando a sua utilização não substitui o extrato contendo a quantidade ainda disponível de itens a serem adquiridos por meio da ata. Por outro lado, é preciso ponderar que o controle da utilização dos itens registrados é responsabilidade do gerenciador do ata (neste caso, a Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização – SAD) e que, portanto, uma suposta aquisição de medicamentos além do quantitativo registrado em ata não implicaria, a princípio, a penalização do gestor do Fundo Especial de Saúde. Por isso, entendo que, na presente prestação de contas, a falta de envio do extrato da quantidade disponível dos itens registrados em ata constitui uma falha formal, podendo ser ressalvada. Adicionalmente, vejo oportuna a recomendação para que, nas próximas prestações de contas, o gestor encaminhe o referido documento, uma vez que: a) permite ao controle externo um melhor

acompanhamento da execução da ata de registro de preços; b) se trata de um documento de remessa obrigatória a este Tribunal.

A meu ver, a mesma medida deve ser adotada em relação à falta de designação de fiscal para o contrato. Entendo que, no presente caso – contratação cujo objeto consiste no fornecimento de medicamentos –, essa exigência pode ser flexibilizada, 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. 1963/2018, 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. E, na prestação de contas em julgamento, é possível observar que tanto a minuta do edital quanto a minuta da ata de registro de preços foram examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica do Município (fl. 64 do Processo TC/5127/2017).

Em relação ao apontamento de que a ata em exame contrariou o art. 16 do Decreto Estadual n. 14.506, de 27 de junho de 2016, constato que esse item já foi objeto de exame por este Tribunal quando do julgamento da formalização da ata de registro de preços, conforme se verifica na Decisão Singular DSG - G.ODJ - 2780/2018 (peça 25, fls. 798-799, Processo TC/5127/2017), ocasião em que se recomendou ao gestor responsável que *"(...) enuncie na Ata de Registro de Preços a indicação do quantitativo estimado e do valor global do objeto para as futuras contratações, em atenção às disposições previstas no art. 16, I, "b" e "c", do Decreto n. 14.506/2016, c/c/ art. 3º da Lei n. 8.666/93 (...)"* (peça 25, fl. 799, TC/5127/2017).

Por fim, no que se refere à entrega dos medicamentos em duas parcelas, trata-se de questão que extrapola o exame da formalização contratual, devendo ser examinada quando do julgamento da execução contratual.

DISPOSITIVO

Assim, diante do que foi exposto, voto nos sentidos 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 contratação instrumentalizada na Nota de Empenho n. 1963/2018, emitida em substituição ao termo de contrato e em favor da empresa Novartis Biociências 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, encaminhe a este Tribunal:

a) 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) o extrato contendo o saldo remanescente do quantitativo da ata de registro de preços utilizada para a contratação;

c) 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 nota de empenho, com recomendação ao atual 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