



RECURSO ORDINÁRIO

Processo nº 997.531

Recorrente: Carlos Alberto Pereira Gomes

Processo principal: 912.069 (Representação)

Apensos: 986.679 e 986.680 (Embargos de Declaração)

1- Relatório

Carlos Alberto Pereira Gomes, ex-presidente da Fundação Ezequiel Dias, interpôs o presente recurso ordinário, contra o acórdão proferido pela 1ª Câmara deste Tribunal na representação nº 912.069, na qual eram apurados indícios de irregularidade em procedimentos licitatórios realizados pela FUNED, relacionados à terceirização de produção de remédios para o combate à AIDS, os chamados antirretrovirais, fornecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Foram publicadas, no jornal “O Tempo” do dia 28/03/2011, notícias de irregularidades na contratação da empresa Blanver Farmoquímica Ltda., cuja apuração gerou o relatório de auditoria nº 2260.3744.11 elaborado pela Controladoria Geral do Estado, constante do anexo 4 do processo nº 912.069, no qual foi constatado que a FUNED firmou com o Ministério da Saúde entre 2005 e 2010, 7 convênios para fornecer o medicamento Lamivudina 150mg + Zidovudina 300mg (fls. 7) e 7 contratos com a BLAVER, dos quais 5 tiveram como objeto inicial a produção deste antirretroviral, 1 foi aditado para incluir a sua produção e 1 não envolvia este medicamento. Desses 6 contratos, 4 foram realizados por meio de pregão eletrônico, 1 foi por dispensa de licitação e 1 por inexigibilidade.

Na sessão da Segunda Câmara do dia 07/04/2016, o recorrido foi condenado ao pagamento de multa de R\$ 24.000,00, assim distribuídos:

- R\$20.000,00 (vinte mil reais) em decorrência da execução de despesas com burla ao dever de licitar e sem previsão contratual (art. 37, XXI, da Constituição da República, arts. 2º, 3º e 41 da Lei n. 8.666/93), caracterizadas pela aquisição de itens não previstos no instrumento convocatório e por dispêndios em valor superior ao previsto no Contrato

- n. 729/08, extrapolando-se o limite de aditamento de 25% fixado no § 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93;
- R\$1.000,00 (mil reais) em razão da não aplicação da punição cabível diante da desistência desmotivada de proponente habilitada no Pregão Presencial n. 114/07, com grave ofensa a disposições contidas no § 6º do art. 43 da Lei n. 8.666/93, art. 7º da Lei n. 10.520/02 e art. 12 da Lei Estadual n. 14.167/02 (item 2.2);
 - R\$3.000,00 (três mil reais) em face da contratação direta para realização de despesas de R\$238.857,63 (duzentos e trinta e oito mil, oitocentos e cinquenta e sete reais e sessenta e três centavos) sem comprovação de alguma das hipóteses previstas nos arts. 24, 25 ou 26 da Lei n. 8.666/93 no Processo de Inexigibilidade n. 032/08 (item 3).

Contra essa decisão foram opostos dois embargos de declaração, sendo que o de número 986.680 foi oposto pelo ora recorrente e o de número 986.679, por Felipe Augusto Moreira Gonçalves. Na sessão da Segunda Câmara do dia 02/08/2016 ambos os recursos foram conhecidos e, no mérito, rejeitados.

Em seguida, foi interposto o presente recurso ordinário que passo a examinar.

2- Análise

2.1 - Quanto aos Pressupostos Recursais

2.1.1 Quanto ao cabimento

Observo na petição recursal que a parte impugna o acórdão proferido na representação nº 912.069, que extinguiu o processo com resolução de mérito. Nos termos do art. 334 do Regimento Interno cabe recurso ordinário contra decisões definitivas proferidas pelas câmaras, razão pela qual, s.m.j., o recurso é cabível.

2.1.2 Quanto à tempestividade

Conforme consta às fls. 1.106 da Representação de nº 912.069, o acórdão impugnado foi publicado no Diário Oficial de Contas de 05/07/2016. Em 15/07/2016, foram interpostos os Embargos de Declaração nº 986.679 e 986.860, o que interrompeu a contagem do prazo, nos termos do art. 344 do Regimento Interno.



Com a publicação da decisão dos embargos em 13/09/2016 e 07/10/2016, o prazo para interposição do recurso ordinário reiniciou a partir de 07/10/2016.

Nos termos do art. 335 do Regimento Interno o prazo para interposição do recurso ordinário é de 30 dias. Como o recurso foi interposto em 31/10/2016, ele é tempestivo.

2.1.3 Quanto à legitimidade e ao interesse recursal

O recorrente foi condenado ao pagamento de multa no acórdão impugnado, razão pela qual tem legitimidade bem como interesse em recorrer, nos termos do art. 325, inciso I e II do Regimento Interno.

Ante o exposto, sugerimos que o recurso seja conhecido, uma vez que estão presentes os pressupostos recursais.

2.2 Quanto ao Mérito

2.2.1 Impugnação da multa de R\$ 20.000,00, em virtude do 3º termo aditivo ao contrato 729/2005 que inseriu no objeto a produção de 6.000 milheiros do medicamento Lamivudina 150mg + Zidovudina 300mg.

O recorrente foi condenado ao pagamento de multa de R\$ 20.000,00, em virtude do 3.º termo aditivo ao contrato nº 729/2005 que inseriu no objeto a produção de 6.000 milheiros do medicamento Lamivudina 150mg + Zidovudina 300mg, o que não foi previsto no Edital n. 004/2005.

O recorrente inicia a impugnação desta multa partindo do pressuposto de que a condenação baseou-se na afirmação de que haveria tempo hábil para a realização de um novo processo de compra.

Afirma que não havia tempo hábil para realização de novo processo de compra, já que o termo aditivo foi celebrado em 09/08/2006 para atender ao convênio 01/2006 datado de 23/03/2006, e que previa o fornecimento do medicamento a partir de 30/09/06, com a liberação da primeira parcela pelo Ministério da Saúde em 05/04/2006, e que a decisão partiu da premissa de que em 6 meses seria possível deflagrar o processo de compra,



finalizá-lo, determinar o início de sua execução para a industrialização do medicamento, seguidos do envasamento e da entrega ao Ministério da Saúde, e que essa afirmação não é lastreada por nenhum tipo de comprovação técnica apta a sustentá-la.

Não procede a alegação. Em primeiro lugar observo nas notas taquigráficas que essa afirmação não fez parte das razões da condenação, mas apenas do relatório que antecedeu a decisão, *in verbis*:

Ao analisar as defesas, o órgão técnico reiterou as anotações iniciais, observando que os responsáveis não apresentaram justificativas ou documentos capazes de sanar as falhas inicialmente anotadas, fls. 908/911 e 916/921.

O Parquet ratificou o apontamento de irregularidade, alegando que a declarada urgência não foi caracterizada, fls. 938-v/939, *in verbis*:

“Todavia, o cronograma dos fatos demonstra que havia tempo hábil para que se realizasse o regular procedimento licitatório. É que o referido convênio foi celebrado em 23/3/2006 (f.18 do anexo 4), com previsão de distribuição dos remédios no período de 9/2006 a 12/2006. Já o referido termo de aditamento foi celebrado somente em 9/8/2006, ou seja, mais de 4 (quatro) meses após a celebração do convênio”.

No art. 65 da Lei n. 8.666, de 1993, estabeleceu-se que o limite máximo para as alterações contratuais é de 25%, e que “os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas”:

Por outro lado, em caso de emergência deve-se realizar a contratação por dispensa, com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, e não ampliar fora do limite legal o objeto de outro processo de licitação. Ressalte-se que, mesmo que estivesse configurada a hipótese de dispensa, seria necessário que o procedimento fosse formalizado, instruído com os documentos do art. 26 da Lei 8.666/93, entre os quais destaco a justificativa de preço, documento indispensável para demonstrar a economicidade da contratação, o que não ocorreu.

Além disso, a condenação não foi baseada na existência ou não de tempo para realizar o processo licitatório, já que não se tratou de dispensa por emergência, mas se fosse, competia à parte demonstrar a ausência de tempo hábil, o que não ocorreu, como apontou o Ministério Público de Contas no trecho transcrito.

Por outro lado, mesmo que fosse demonstrada a ausência de tempo hábil, ainda sim permanece a irregularidade, por tratar-se de uma emergência “fabricada”, uma vez que o Convênio n.º 01/2006 foi assinado em 23 março de 2006 pelo recorrente (fls. 74), que



no momento da sua assinatura, deveria considerar o prazo necessário para realizar o processo licitatório, fabricar, e entregar o medicamento.

Assim, em consonância com a Orientação Normativa 04/2010 da AGU, para que essa dispensa possa ocorrer, deveria ser apurada concomitantemente sua causa:

ON nº 11/2009 da AGU: “A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, **exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei**”.

Como neste caso **a causa da emergência foi gerada pelo responsável pela contratação**, já que ele foi quem representou a FUNED na assinatura do convênio 01/2006, a dispensa seria ilícita, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO DE CESTAS BÁSICAS. LEI 8.666/1993. DISPENSA. **EMERGÊNCIA FABRICADA OU FICTA. ILICITUDE**. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DANO IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO PELO CUSTO DE PRODUÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. RELATO DOS FATOS

1. Trata-se na origem de Ação Popular movida em 2004 em decorrência de celebração, sem licitação, de contrato de fornecimento de cestas básicas com a municipalidade de Santos, no montante de R\$ 3.235.410, 00 (com a atualização do valor, aproximadamente R\$ 5 milhões). A contratação foi feita por dispensa de licitação por suposta emergência, nos termos do art. 24, IV, da Lei 8.666/1993. Pediu-se a nulidade do contrato de devolução dos valores despendidos.

2. A sentença julgou procedente a ação, que foi mantida pelo acórdão, exceto pela determinação de que a "restituição aos cofres públicos deve limitar-se e compreender aos valores efetivamente despendidos e que se referem a dois meses de contratação irregular". Não se conheceu do Recurso Especial interposto por Roca Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda. Examina-se aqui o Apelo de Paulo Roberto Gomes Mansur e Emerson Marçal.

CASO ANÁLOGO COM SOLUÇÃO IDÊNTICA À PROPOSTA

3. Anoto que já houve Ação Popular anterior, que envolvia as mesmas partes e versava sobre contratação emergencial seis meses antes, também julgada ilegal pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em acórdão que recebeu a seguinte ementa: "**Ação popular - Situação de emergência - Não se considera situação de emergência aquela originada na própria Administração. Tal situação toma ilegal o contrato e determina a devolução do prejuízo ao Erário, que se apurará em liquidação de sentença**". O STJ não conheceu da respectiva questão de mérito (Ag 1.274.815/SP). AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC

[...]

DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO

10. Admite-se dispensa de licitação "nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo

de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos" (art. 24, IV, da Lei 8.666/1993).

11. **É preciso cautela com a referida contratação sem certame, especialmente em razão das chamadas emergências fabricadas ou fictas: "a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tivesse sido realizada.** Isso coloca a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidades impostergáveis) ou realizar a contratação direta (sob invocação da emergência). O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias. Deverá fazer-se a contratação pelo menor prazo e com o objeto mais limitado possível, visando a afastar o risco de dano irreparável. Simultaneamente, deverá desencadear-se a licitação indispensável" (Comentários à Lei de Licitações, 13ª ed., São Paulo, Dialética, 2009, pp. 296). **Apura-se o motivo da emergência, se ela ocorreu por falta de planejamento, por desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, se ela não é atribuível, em alguma medida, à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir tal situação. 12. NO CASO CONCRETO, AS PREMISSAS FÁTICAS EXTRAÍDAS DAS DECISÕES PROFERIDAS APONTAM PARA UMA DISPENSA INDEVIDA RECORRENTE, DERIVADA DA POSTURA DESCUIDADA DO ADMINISTRADOR. As decisões proferidas reconheceram que "a Administração Pública tinha cabal conhecimento da necessidade da licitação"; "não ocorreu nenhuma situação de emergência ou de calamidade pública"; "a situação foi criada pelos próprios réus que, dolosa ou culposamente, pouco importa, deixaram transcorrer o prazo para se ultimar, de acordo com a lei, a contratação do fornecimento de cestas básicas".** A prova documental referida atesta ainda existirem preços inferiores ao contratado praticados no varejo e tal informação foi apresentada pelos próprios recorrentes à fl. 164/STJ, ao descreverem os procedimentos de licitação (dado, portanto, incontroverso). É inadmissível o reexame da matéria fática dos autos para identificar a existência ou não de situação emergencial que justifique a contratação na forma do art. 24, IV, da Lei 8.666/93. Precedente do STJ. QUANTIFICAÇÃO DO PREJUÍZO 13. Acolho a alegação dos recorrentes Paulo Roberto Gomes Mansur e Emerson Marçal no sentido de que a restituição não deve representar a integralidade do valor, mas o custo básico das cestas entregues (REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 24/5/2012). CONCLUSÃO 14. Recurso Especial parcialmente provido para determinar a indenização pelo custo básico das cestas entregues, a ser apurada em liquidação de sentença.¹

Ressalte-se que, neste caso, **não foi alegada outra causa para a emergência que não jurídica,** ou seja, necessidade de cumprir o convênio, o que não teria ocorrido se o recorrente não tivesse assinado o convênio 01/2006 (fls. 13 a 22 do Anexo 2 do processo nº 912.069).

Portanto, o recurso não procede neste item.

2.2.1.1 Quanto à ausência de parecer jurídico prévio

¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo REsp 1192563 / SP RECURSO ESPECIAL 2010/0079932-5 Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 12/05/2015 Data da Publicação/Fonte DJe 06/08/2015

O acórdão recorrido também considerou para aplicação da multa a constatação de que o 3º aditivo foi realizado **sem que houvesse parecer jurídico prévio.** Apenas após 11 meses da elaboração do 3º Termo Aditivo, o Parecer n. 179/2007, ratificado pela Procuradora-Chefe, Srª. Adriana Araújo Ramos foi emitido, concluindo pela ilegalidade do ajuste.

Observo que a parte não recorreu desta irregularidade, razão pela qual ela transitou em julgado.

2.2.1.2 Quanto à ausência de justificativa técnica

Outra irregularidade considerada foi o **acréscimo R\$ 401.444,80 ao valor original do contrato sem justificativa técnica, contrariando o disposto nos arts. 57, § 2º e 65, caput, da Lei n. 8.666/93.**

A parte não recorreu dessa irregularidade.

2.2.1.3 Quanto ao fato de que o contrato foi aditivado acima do limite de 25%, previsto no art. 65 da Lei 8.666/93

Conforme o acórdão, o art. 65 da Lei n. 8.666/93 limita as alterações contratuais em 25%, mas no presente caso o objeto do contrato foi alterado significativamente e as limitações impostas pela legislação não foram observadas, desfigurando substancialmente a prestação contratada, fulminando a isonomia entre possíveis fornecedores do item posteriormente incluído e o próprio dever de licitar, em desacordo com o disposto nos arts. 2º e 3º da Lei de Licitações, uma vez que o contrato original previa dispêndios no valor de R\$2.951.800,00, os pagamentos que extrapolassem R\$3.689.750,00, valor resultante de aditamento na proporção de 25%, teto fixado no art. 65, § 1º, da Lei n. 8.666/93, configurariam despesas realizadas sem licitação. Assim, tendo em vista o pagamento do valor total de R\$4.023.726,68, resta caracterizada a burla ao dever de licitar na realização de despesas da ordem de R\$333.976,68, nos termos do referido dispositivo.

Segundo a defesa, a ampliação do escopo foi de 13,6%, enquadrando-se no § 1º, do art. 65, da Lei 8.666/93, que limita o percentual em 25%. Afirma que o acórdão considerou

todo o custo do registro da execução contratual e de pagamento feito pela CGE-MG no relatório de auditoria 2260.3744.11 (fls. 21, vol. 4), pelo qual foi pago R\$942.650,95 pela celebração do 3º Aditivo, mas que, conforme o 3º TA, foi pago apenas o valor de R\$ 401.444,80 (fls. 62).

Em primeiro lugar, nos termos do art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93, o contrato, **como todo**, somente pode ser aditivado em 25%; portanto, não basta que o valor do termo aditivo seja inferior a este percentual, a soma dos aditivos deve ser igual ou inferior a este percentual. Nesse sentido ensina Jorge Ulisses Jacobi:

As alterações quantitativas, no caso de obras, serviços ou compras, estão limitadas a acréscimos e supressões, **de forma que a repercussão financeira não exceda a 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato.**

Como regra, as modificações no objeto contratado deverão repercutir em ajustes proporcionais no preço para cima ou para baixo, conforme haja acréscimo ou supressão, respeitando os valores unitários constantes no contrato e os limites legais.²

Além disso, o próprio acórdão impugnado já havia constatado que o aditamento realizado foi de apenas R\$ 401.444,80, e a condenação deveu-se ao fato de que **foram pagos pelo termo aditivo valores além do contratado**, conforme trecho que transcrevo abaixo.

Ainda que se tratasse de ampliação do objeto devidamente licitado, considerando-se que o contrato original previa dispêndios no valor de R\$2.951.800,00, os pagamentos que extrapolassem R\$3.689.750,00, valor resultante de aditamento na proporção de 25%, teto fixado no art. 65, § 1º, da Lei n. 8.666/93, configurariam despesas realizadas sem licitação. Assim, tendo em vista o pagamento do valor total de R\$4.023.726,68, resta caracterizada a burla ao dever de licitar na realização de despesas da ordem de R\$333.976,68, nos termos do referido dispositivo.

Some-se a isso que, **na execução** do 3º Termo Aditivo, referente à inclusão do item “Lamivudina + Zidovudina 150+300”, que não foi objeto da licitação, deu-se parcela considerável da referida extrapolação, haja vista que, **da previsão original de R\$404.444,80, foram executados R\$942.650,95, ou seja, 243,27% do originalmente previsto.**

Para demonstrar essa extrapolação, transcrevo a seguir o quadro demonstrativo da execução físico-financeira do Contrato n. 729/2005, constante do relatório de Auditoria 22603744.11, conforme fls. 20 e 21 do anexo 4:

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O gestor do contrato e alterações das cláusulas contratuais. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 4, n. 46, out. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=31601>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

Lote	Descrição	Milheiros Previstos	Valor Total Previsto	Milheiros Entregues	Valor Pago	% Físico Executado	% Financeiro Executado
02	Furosemida 40mg	66.000	712.800,00	55.010	587.817,57	83,35	82,47
03	Menbendazol 100mg	14.000	174.500,00	10.600	139.721,30	75,71	79,81
04	Paracetamol 500mg	44.000	519.500,00	29.457	410.315,20	66,95	78,98
05	Metildopa 500mg	10.000	150.000,00	8.269	136.448,04	82,69	90,97
08	Metronidazol 250 mg	15.000	165.000,00	18.366	210.498,96	122,44	127,58
09	Cloridrato de imipramina 25mg	27.000	286.000,00	33.477	365.498,14	123,99	127,80
11	Nifedipina 20mg	77.000	600.000,00	137.813	1.085.570,11	178,98	180,93
13	Sulfametaxazol +trimetoprima 400+80mg	27.000	344.000,00	10.586	145.656,41	40,21	42,34
Total do contrato original		280.000	2.951.800,00	303.848	3.081.075,73	108,52	104,38
3º TA	Inclusão medicamento Lamivudina + Zidovudina 150+300	6.000	401.444,80	14.596	942.650,95	243,27	234,81
Total (contrato + 3º TA)		286.000	3.353.245	318.444	4.023.727	352	339

Analisando o quadro acima, é possível constatar que vários itens do contrato 729/2005 foram adquiridos acima do contratado, e que o mesmo ocorreu no termo aditivo. Como o valor do contrato original foi de R\$ 2.951.800,00, nos termos do art. 65, §§ 1º e 2º, o valor máximo que poderia ser acrescido ao valor inicial seria de 25% deste montante, o que equivale a R\$ 737.950,00.

Como o valor total pago com fundamento no contrato e no termo aditivo foi de R\$ 4.023.727, foi acrescido ao contrato R\$ 1.071.927,00.

Portanto, a irregularidade apontada não foi o valor formal constante do 3º termo aditivo, mas o montante que foi executado, que foi superior ao limite de 25% do valor do contrato, razão pela qual, é improcedente a alegação.

2.2.1.4 Quanto à condenação pela modificação do objeto contratado no terceiro termo aditivo

A aplicação da multa de R\$ 20.000,00 foi fundamentada, ainda, no fato de que a “Lamivudina + Zidovudina 150+300”, não foi objeto da licitação que deu origem ao contrato 729/05. Argumentou que “o fato de se tratar de fornecimento de medicamentos não autoriza a livre alteração do objeto do contrato original, estritamente vinculado aos termos editalícios, nos termos do art. 41 da Lei Nacional de Licitações e Contratos”.

Alega a defesa que não teria ocorrido descaracterização do objeto contratado, uma vez que o objeto licitado foi prestação de serviços para a industrialização de medicamentos, e que o 3º termo aditivo ampliou o objeto para fornecimento de medicamentos, e que a etapa de produção do composto “Lamivudina + Zidovudina 150+300” era idêntica à do medicamento Cloridrato de Imipramina, conforme constou da justificativa técnica.

Não procede o alegado. A possibilidade de alteração quantitativa e qualitativa do contrato está disciplinada no art. 65 da Lei 8.666/93. Nos termos do art. 65 da Lei 8.666/93, os contratos administrativos somente podem ser alterados nas hipóteses que elenca.

Somente o inciso I, do art. 65 permite a realização de modificações qualitativas no objeto do contrato. Nos termos deste dispositivo, a Administração pode alterar unilateralmente o contrato, quando houver modificação do projeto ou de suas especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos, *in verbis*:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

Não obstante, observo que, no presente caso, não houve modificação do projeto ou das especificações. Havia sido licitada a fabricação de um medicamento e o contrato foi aditivado para que fosse fabricado outro medicamento.

A alegação de que a etapa de produção do composto “Lamivudina + Zidovudina 150+300” era idêntica à do medicamento Cloridrato de Imipramina não foi comprovada. Além disso, o contrato era para fabricação do medicamento, e não para realização de determinadas técnicas, e confronta com o depoimento do então Secretário de Saúde Antônio Jorge de Souza Marques às fls. 36v, na qual afirma que:

... é importante contextualizar historicamente o momento em que as denúncias remontam; **que havia uma diretiva do governo para a inserção da FUNED numa nova cadeia produtiva de medicamentos de alto valor agregado e de maior complexidade tecnológica**; que essa oportunidade à época se dava principalmente na produção de antirretrovirais para o enfrentamento da epidemia da AIDS e que tem conhecimento de que era uma solicitação constante junto ao Ministério da Saúde a abertura dessa parceria; que no ano de 2005, o Ministério da Saúde enfrentou o desabastecimento do medicamento em questão (Lami+Zido) gerando a oportunidade esperada,[...] que tem conhecimento que o termo aditivo produzido no contrato com a Blanver à época foi autorizado pela Procuradoria existente à época do contrato, foi publicado e atendeu a necessidade do Ministério da Saúde por um período, **representando um divisor de águas na história da FUNED do ponto de vista da produção de medicamento de alto custo** [...].

Com base nesse depoimento é possível concluir que Lamivudina + Zidovudina 150+300” foi o primeiro medicamento de alta complexidade produzido pela FUNED, o que confronta com a afirmação de que o processo produtivo seria o mesmo do Cloridrato de Imipramina.

Por outro lado, observo à fl. 83, que o preço foi acordado livremente entre as partes, sem fazer considerações em torno do preço fixado no pregão para registro de preço 04/05 para o Cloridrato de Imipramina. Com efeito, confrontando o preço e a quantidade previstos no contrato e termo aditivo, conforme quadro de fls. 20 e 21 do anexo 4, vemos que os preços não guardam relação:

	Quantidade prevista	Preço previsto	Preço por milheiro
Cloridrato de Imipramina	27.000	R\$ 286.000,00	R\$ 10,59

Lamivudina + Zidovudina 150+300	100.000	R\$ 401.444,80	R\$ 4,01
---------------------------------	---------	----------------	----------

Consoante a Súmula 86 deste Tribunal é irregular a substituição de objeto em contratos por meio aditivo:

ENUNCIADO DE SÚMULA N. 86. É irregular a substituição do objeto licitado dos contratos ou convênios, mediante termo aditivo.

No mesmo sentido foi a resposta da Consultoria Fórum ao questionamento sobre a possibilidade de acrescentar objeto estranho ao contrato por meio de aditivo:

Conclusão

Conseqüentemente, diante das considerações, a resposta à questão fica absolutamente fácil, porque quando se questiona em contrato da possibilidade de se realizar termo aditivo para acrescentar ao contrato objeto estranho ao objeto contratual, isto não há de existir, não conseguimos vislumbrar um exemplo onde um termo aditivo possa aditar algo estranho ao objeto do contrato. A lei ao permitir a alteração fala em acréscimos ao objeto e não introdução de objeto estranho ao contratado.

Portanto, não é possível a existência de um termo aditivo que modifique, que ultrapasse os limites da lei, não temos no ordenamento jurídico brasileiro, dentro da lei de licitação, como sustentar a validade de um aditivo desta natureza. Cabe falar em aditamento ao contrato para fixar uma nova quantidade ao objeto do contrato, fora daí não tem como ter aditamento. Essa é a nossa orientação, salvo melhor juízo.³

Segundo Lucas Furtado:

Antes de prosseguirmos no estudo deste complexo tema, devemos observar que em hipótese alguma, em nome de alterar-se quantitativa ou qualitativamente contrato administrativo, poderia ser transformada a aquisição de bicicletas em compra de aviões, ou a prestação de serviços de marcenaria em serralheria. Isso não é alteração quantitativa, ou mesmo qualitativa. Isso implica a celebração de outro contrato com outro objeto.⁴
[...]

No presente caso, apesar da alteração do objeto ser dentro da mesma espécie de objeto, medicamento, a Lamivudina + Zidovudina 150+300” não foi licitada, não se tratou de

³ CONSULTORIA Fórum. Termo aditivo para a realização de serviço estranho ao contrato. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 2, n. 24, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=8644>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

⁴ FURTADO, Lucas. Contratos Administrativos e Contratos de Direito Privado Celebrados pela Administração Pública. R. TCU, Brasília, v. 31, n. 86, out/dez 2000.

modificação de projeto, nem de especificações, hipóteses em que o art. 65, inciso I, da Lei n. 8.666/93 permite a alteração do objeto, mas de inclusão de um remédio novo.

Ante o exposto, não procede a alegação.

2.2.1.5 Quanto à existência de outras empresas aptas a realizar o serviço

Segundo a defesa, naquele momento, a Blanver era a única empresa apta a prestar o serviço, como detidamente relatado pelos servidores nos depoimentos prestados pelos servidores da FUNED e do Ministério da Saúde no PAD.

Às fls. 29 a 55, foram juntados depoimentos colhidos no processo administrativo disciplinar instaurado para apurar irregularidades a **fornecedores inadimplentes** com a FUNED (fls. 58v.), e, por isso, a inquirição das testemunhas visava apurar os atrasos.

Afirma que, independentemente de haver outras empresas com capacidade técnica para fabricar o medicamento, a Blanver era a única habilitada sob os aspectos operacionais e regulatórios. Para comprovar suas alegações, cita trechos do depoimento, em processo administrativo disciplinar,⁵ de Maria Emília Costa Meira, na qual afirma que a FUNED não tinha condições de produzir o medicamento e que a FUNED já possuía contrato com a empresa para produzir outros medicamentos e de Renato Leal Paixão Raso, no qual afirma que a contratação era de extrema relevância pública.

Confrontando o trecho citado com o inteiro teor do depoimento de Maria Emília Costa Meira, às fls. 33 a 35, observo que, logo abaixo da afirmação de que a FUNED não tinha condições de fabricar o medicamento, afirma que:

[...] havia um contrato com a empresa Blanver para a produção de outros medicamentos básicos e de controle especial; que não sabe informar se a empresa Blanver seria a única a fabricar esse tipo de medicamentos e nem se teriam outras empresas aptas a atender a demanda; [...]

⁵ Foi juntado às fls. 57 a 60, cópia de publicação da Portaria 26/2005 e suas alterações constituindo comissão para aplicar penalidades a fornecedores inadimplentes, bem como os depoimentos de fls. 30 a 55.



Não se contesta que a produção desse medicamento, como a da grande maioria dos medicamentos, seja de relevância pública, como deve ser a maioria absoluta dos serviços prestados pela Secretaria da Saúde.

O que se discute é se foi realizada a licitação, da forma como prevista em lei, e, conseqüentemente, respeitados os princípios da impessoalidade e da economicidade; ou seja, se não foi dada preferência indevida a nenhuma empresa e se foi selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração.

Ressalte-se que caso a Blanver fosse a única empresa capaz de atender as necessidades deveria ter sido realizado o processo de inexigibilidade, instruído com os documentos aptos a demonstrar esse fato, o que não foi realizado. Ante o exposto, entende este órgão técnico que a alegação não procede.

2.3 Quanto à multa decorrente da inexigibilidade nº 32/2008

Alega o recorrente às fls. 3v e 4, que foi aplicada multa de R\$ 3.000,00 em virtude do processo de inexigibilidade nº 32/2008, sem comprovação das hipóteses previstas no art. 24, 25 ou 26 da Lei 8.666/93.

A defesa afirma que esta multa é a mais incompreensível de todas, já que a inexigibilidade nº 32/2008 foi justificada técnica e juridicamente pelos respectivos órgãos, tendo obtido certificado de conformidade pela auditoria seccional da FUNED, mas que nenhuma foi considerada para fins de exclusão de responsabilidade do recorrente.

As alegações da defesa não procedem. A condenação não decorreu da ausência dos documentos contendo as justificativas, mas pela ausência de demonstração fática das causas alegadas:

Pelo exposto, acorde com a CGE, a unidade técnica e o *Parquet*, tendo em vista que **não restou comprovada** a ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 24, 25, ou 26 da Lei n. 8.666/93, julgo procedente a representação nesse ponto, e aplico multa individual de R\$3.000,00 ao Presidente da FUNED à época, Sr. Carlos Alberto Pereira Gomes, e à Diretora de Planejamento, Gestão e Finanças, Adriana Araújo Ramos.



O recorrente transcreveu a justificativa técnica para a contratação na íntegra, às fls. 4 a 5v. Trata-se de texto de autoria do vice-presidente da FUNED, juntado às fls. 234 a 237, vol. 2, sem data, no qual relata a impossibilidade da FUNED produzir o medicamento pela ausência de documentos: Certificado de Boas Práticas de Fabricação emitido pela ANVISA e da atualização do registro do medicamento.

Afirma ainda que no registro que a FUNED possui, o local de fabricação é a empresa Blanver. Para obtê-lo foram gastos com estudos de bioequivalência exigidos pela Lei aproximadamente R\$ 270.000,00 e para repeti-los a FUNED teria que gastar mais R\$ 300.000,00.

Portanto, o registro da FUNED somente seria válido para a produção do medicamento na fábrica da Blanver. Afirma, ainda, que de acordo com o RDC 134/01, os antirretrovirais já registrados devem apresentar estudos de bioequivalência na primeira renovação do registro após a publicação da Resolução.

Afirma que essas circunstâncias caracterizam a inviabilidade de competição, nos termos do art. 25 da Lei 8.666/93, e que não era requisito de validade da contratação a comprovação de ausência de outros fornecedores no mercado, e que a inexigibilidade preenche os requisitos do art. 25 da Lei 8.666/93.

O recorrente não trouxe novos elementos para corroborar a justificativa técnica; não comprovou que o registro do medicamento Lamivudina 150mg e Zidovudina 300mg da FUNED foi realizado com a Blanver como local de produção.

Não obstante, pesquisando no site da ANVISA, obtivemos cópia do registro do medicamento e do andamento do processo do registro, que juntamos às fls. 123 a 130.

Observo que o registro foi deferido pela primeira vez em 24/11/98. Em 11/08/2003 (fls. 129v) foi publicada a primeira renovação do registro, e em **05/05/2008 (fls. 129), a segunda.** Não consta do registro o local de fabricação.

Conforme consta do relatório da auditoria realizada pela Controladoria Geral do Estado 2260.3744.11, às fls. 12 do anexo IV, **a Inexigibilidade 32/08 foi firmada em agosto de 2008 para atender ao convênio 09 de Dezembro de 2007,** firmado com o



Ministério da Saúde; **portanto, a renovação foi realizada com local de fabricação na empresa Blanver após a assinatura do convênio.**

Nos termos do § 6 do art. 12, da Lei n. 6.360/1976, a revalidação do registro deve ser requerida no primeiro semestre do último ano de validade, neste caso, **de 05/05/2007 a 05/11/2007**, período durante o qual foi realizado e revogado o pregão 114/2007, para contratação da fabricação do medicamento.

Observo no referido quadro que em setembro de 2007 foi realizado o Pregão 114/2007, visando a contratação da terceirização do medicamento, que foi revogado.

Conforme o relatório de auditoria às fls. 12 do anexo IV do processo 912.069, o último procedimento licitatório anterior à renovação do registro para contratação do medicamento que a Blanver ganhou foi o Pregão 004 **de 2005**, analisado acima, que não licitou a produção de Lamivudina 150mg e Zidovudina 300mg, o que foi objeto do 3º Termo Aditivo.

Portanto, não havia justificativa plausível para gastar R\$ 270.000,00 na obtenção do registro do medicamento com o local de fabricação na Blanver, já que não havia amparo legal para realizar novas contratações com a Blanver, sem que ela ganhasse uma nova licitação.

Logo, o ato de renovar o registro do medicamento utilizando o local de fabricação o laboratório da Blanver, violou o princípio da licitação previsto no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal/88, por criar voluntária e artificialmente um fornecedor exclusivo, escolhido pela FUNED, sem respeitar os princípios da impessoalidade, nem selecionar a melhor proposta para a Administração, e, portanto, não é causa para tornar regular a inexigibilidade de licitação n. 32/08.

Continua o recorrente afirmando que o parecer jurídico foi favorável e transcreve parte do parecer. Não obstante, o referido parecer baseou-se na justificativa técnica apresentada pelo vice-presidente da FUNED de que o registro tinha como local da fabricação a Blanver, e que assim, somente a Blanver poderia ser contratada para prestar



o serviço, sem questionar como o registro foi realizado, privilegiando a Blanver. Logo, os argumentos do parecer jurídico não afastam a irregularidade.

Argumenta, ainda, que houve parecer favorável da Auditoria Setorial. Todavia, o simples fato da Auditoria Setorial não ter apontado irregularidade não significa que ela não existe.

Afirma a defesa que a responsabilidade do vice-presidente e do parecerista foi afastada pelo Tribunal.

Não foi interposto recurso contra a decisão que absolveu o vice-presidente e o parecerista, razão pela qual ocorreu o trânsito em julgado destes capítulos do acórdão, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal:

COISA JULGADA – ENVERGADURA. A coisa julgada possui envergadura constitucional.
COISA JULGADA – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – CAPÍTULOS AUTÔNOMOS. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória.⁶

Portanto, salvo a interposição de pedido de rescisão, a decisão sobre o assunto é imutável. Não obstante, o recorrente traz essa absolvição como causa de reforma da sua condenação, razão pela qual faz-se necessário examinar a motivação da Primeira Câmara para afastar a responsabilidade do vice-presidente e do parecerista, e verificar se ela comunica ou não com o Presidente.

O relator fundamentou sua decisão de afastar a responsabilidade do então vice-presidente, em virtude do fato de que ele não sugeriu a contratação por meio de inexigibilidade, nem afirmou que a Blanver era a única fornecedora em potencial, conforme trecho do voto abaixo:

De fato, no documento indicado pela Corregedoria-Geral do Estado (fls. 234/237), relatam-se experiências prévias de contratação do referido laboratório, sua certificação técnica para prestação dos serviços almejados, estima-se o custo da aquisição e frisa-se a relevância do fornecimento do

⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 666589/ DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 25/03/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 02-06-2014 PUBLIC 03-06-2014

medicamento Lamivudina+Zidovudina pelo Sistema Único de Saúde – SUS.
Não há, efetivamente, ponderação acerca da exclusividade da Blanver nem recomendação de sua contratação direta, em razão do que se mostra pertinente a alegação do referido servidor.

Observo, também que a responsabilidade do parecerista também foi afastada, sob o argumento de que o parecer encontra-se devidamente fundamentado, defende tese aceitável, embasada na doutrina, *in verbis*:

Deve-se, contudo, ponderar que o parecer emitido (PARECER/PROCURADORIA/N. 216/2008 – fls. 239/241) encontra-se devidamente fundamentado, está embasado em lição de doutrina e defende tese aceitável, com base em interpretação aparentemente racional da lei. Pelo exposto, considerando o teor da defesa e do mencionado parecer, afasto a responsabilidade do servidor Felipe Augusto Moreira Gonçalves quanto a este item 3.

É necessário considerar que a responsabilidade do parecerista limita-se aos aspectos jurídicos enquanto o parecer técnico aos aspectos técnicos. Nesse sentido:

É necessária, contudo, mais cautela para não se responsabilizar pareceristas jurídicos em decorrência de vícios de ordem técnica nas licitações, ou pareceristas técnicos em consequência de vícios jurídicos. Cada qual deve ser penalizado na medida de sua culpabilidade e em razão de falhas ou irregularidades que sejam relacionadas ao campo de conhecimento de suas atribuições.

Não se pode aplicar sanções a gestor que ocupa cargo técnico de TI ou de engenharia por vícios apontados pelo Controle na área jurídica, quando, em toda a manifestação, o referido gestor apenas abordou detalhes técnicos.

Em síntese, **deve-se penalizar o parecerista técnico por vícios na análise técnica e o parecerista jurídico por equívocos de ordem legal, doutrinária ou jurisprudencial, questão bastante clara à luz do inc. VI do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, que diferencia tematicamente as duas espécies de pareceres: “O procedimento da licitação [...] ao qual serão juntados oportunamente: [...] VI – pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;”**⁷

No presente caso, o Tribunal não penalizou o parecerista técnico pelos vícios jurídicos na contratação, já que não se discute a veracidade dos fatos ali narrados, mas sim, se o registro criou a inexigibilidade de licitação, nem tão pouco o parecerista jurídico que se valeu dos fatos narrados, sem perquirir a razão pela qual o registro havia sido feito com o local de fabricação na Blanver e quando foi realizado.

⁷ Fernandes, J.U. Jacobi. Esclarecimentos do Professor, Informativo Fórum Jacobi de Gestão Pública, nº 1835, de 20 de abril de 2015, acesso em 27/06/2017, às 17h36min.

Não obstante, a responsabilidade da autoridade homologante engloba ambos os aspectos, já que tem o dever de fiscalizar:

[Consequências da homologação.] [...] a partir do momento em que ocorre o ato de homologação do procedimento licitatório pela autoridade competente, esta se torna solidariamente responsável pelos atos nele praticados. A homologação consiste na verificação, pela autoridade responsável pelo órgão ou entidade, da legalidade do procedimento e da conveniência da contratação que acarretará a celebração de um contrato administrativo. Trata-se de controle acerca da conformidade legal dos atos realizados pela Comissão de Licitação durante o fluxo decisório do procedimento licitatório. [Recurso de Revisão n. 665.374. Rel. Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão do dia 17/08/2005]

No mesmo sentido é o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

c) a aprovação da minuta pela Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas não tem o condão de vincular a administração, tendo em vista o entendimento desta Corte quanto ao tema, conforme exposto no TC 010.770/2000-7, quando ficou consignado que:

“Além disso, vale salientar que o parecer é opinativo e não vincula o administrador. Este tem o comando da empresa e assume a responsabilidade de sua gestão. **Se se entendesse de forma diversa, estar-se-ia considerando que o parecer jurídico é um alvará para o cometimento de ilícitos, o que constitui um absurdo. O dirigente de uma Companhia possui o comando da máquina administrativa e deve estar ciente de todas as decisões que adota, independentemente da natureza delas. O administrador público não é simplesmente uma figura decorativa na estrutura da empresa. Ao contrário, deve ter uma postura ativa no comando da empresa.** Com mais razão, nas licitações, os gestores devem ser ainda mais cuidadosos, vez que estas envolvem princípios fundamentais da administração pública, tais como: legalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, publicidade, controle, coordenação, planejamento, isonomia, proposta mais vantajosa, dentre outros (Constituição Federal, Decreto-lei nº 200/67, Lei nº 8.666/93).⁸

Assim, a Primeira Câmara considerou que a simples narrativa dos fatos na justificativa técnica, sem dar uma solução jurídica para o fato não gera responsabilidade do parecerista pela contratação irregular, já que não lhe pode ser imputado a aplicação errônea da lei. Considerou, também que o parecer proferido diante dos fatos narrados estava correto.

⁸ Brasil, Tribunal de Contas da União. Número do Acórdão 1379/2010 - PLENÁRIO Relator AUGUSTO NARDES Processo 007.582/2002-1 Tipo de processo SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL (SCN) Data da sessão 16/06/2010 Número da ata 21/2010 Relator da deliberação recorrida Auditor Augusto Sherman Cavalcanti.



Com efeito, o parecer proferido diante destes fatos apresenta tese aceitável e está devidamente fundamentado. O problema em questão é que os fatos examinados estão incompletos.

Não foi considerado no parecer que a contratação da Blanver para produzir os medicamentos em 2007 não tinha respaldo em processo licitatório, e que a última licitação que a Blanver ganhou foi em 2005, nem que o registro foi requerido utilizando a Blanver como local de fabricação durante um procedimento licitatório que foi anulado para logo em seguida contratar a Blanver diretamente, por preço superior ao que ela ofertou. Portanto, a condenação do Presidente não foi por fatos constantes dos pareceres.

Assim, independentemente da responsabilidade dos pareceristas, o Presidente da FUNED deve ser responsabilizado, já que ele efetivou as contratações da Fundação, e tinha obrigação de saber ao gastar os R\$ 270.000,00 para renovação do registro utilizando a Blanver como local de fabricação que somente ela poderia fabricar o medicamento.

Por outro lado, os pareceres não constituem salvo conduto para a Administração cometer ilícitos. Não excluem a responsabilidade do gestor pelo ato. Neste sentido:

Responsabilidade da autoridade que homologa a licitação

Acompanhando o voto do relator, o Plenário negou provimento a pedido de reexame interposto contra o Acórdão n.º 1.541/2007-Plenário, por meio do qual foi aplicada multa à recorrente em razão de: (i) não publicação do aviso de tomada de preços no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação, em afronta ao art. 21, I e III, da Lei nº 8.666/93; e (ii) desclassificação de licitante por exigência impertinente, desprovida de fundamento legal. A recorrente procurava se eximir da responsabilidade simplesmente tentando transferir o ônus aos seus subordinados. Segundo ela, estando a adjudicação na essência das atribuições da comissão de licitação, e inexistindo recurso ou erro claro, não seria razoável exigir-lhe que não homologasse o certame. Trouxe também como argumento recursal a suposta ausência de prejuízo, por ter sido a contratação efetivada pelo valor de mercado. **Para o relator, o ato omissivo da recorrente, investida como autoridade homologadora da licitação, estaria materializado na ausência de conferência dos requisitos essenciais do procedimento sob sua responsabilidade. Restaria caracterizada, portanto, “a negligência, ou seja, a inobservância de normas que lhe ordenariam a agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento”. Tal negligência, afirmou o relator, “não pode ser descaracterizada simplesmente alegando-se possível erro de subordinados ou suposta ausência de prejuízo financeiro computado. Mesmo porque a responsabilidade, neste caso, pode advir de**



culpa in eligendo, ou seja, da má escolha daquele em quem se confia a prática de um ato ou o adimplemento da obrigação, e da culpa in vigilando, decorrente da falta de atenção com o procedimento de outrem.

Há que se considerar, ainda, que responsabilidade não se transfere”. Acórdão TCU n.º 137/2010, TC-015.583/2002-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 03.02.2010.

Assim, considerando que o Presidente da FUNED deve comandar todo o procedimento, que foi quem assinou o convênio com o Ministério da Saúde para fornecer o medicamento, devendo ter conhecimento macro da situação, não há como excluir sua responsabilidade pela contratação por inexigibilidade, quando era possível realizar a licitação.

Por fim, alega o recorrente que a inexigibilidade de licitação não foi fundamentada no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/93, mas sim no *caput* do mesmo art. 25, uma vez que a inviabilidade da competição decorreu da natureza da atividade a ser desenvolvida, uma vez que o fornecimento de medicamentos ao Ministério da Saúde naquele exato momento somente poderia ser feito nos termos do convênio se a empresa contratada fosse a Blanver.

Como exposto acima, não procede o argumento, uma vez que os elementos que compuseram a inexigibilidade foram gerados por ato da FUNED, durante a sua gestão.

A data da primeira renovação do registro foi em 11/08/2003, nos termos do § 6º do art. 12 da Lei 6.360/76, a revalidação deve ter sido requerida entre 05/05/2007 a 05/11/2007. No meio desse período foi revogado o pregão 114/2007, no qual a Pharlab havia sido declarada vencedora.

Após esse período é que foi assinado o convênio 09/2007, com o Ministério da Saúde para fornecimento do medicamento. Ou seja, no momento da assinatura do convênio já havia sido solicitado o pedido de renovação do registro com o local de fabricação sendo o laboratório da Blanver.

Portanto, as condições de inexigibilidade da licitação foram criadas por decisões de gestão, razão pela qual, sugerimos que o recurso não seja provido.

2.4 Quanto ao Pregão 114/2007

Conforme relatório técnico de fls. 51 e 52, a FUNED realizou o pregão presencial 114/2007 para o fornecimento de medicamento, que teve como vencedora a Pharlab, conforme quadro abaixo:

Licitante Vencedor	Proposta Inicial (R\$)	Lance Final (R\$)
Pharlab Indústria Farmacêutica Ltda.	360.000,00	149.340,00
Blanver Farmoquímica Ltda.	400.020,00	149.400,00
Mappel Laboratórios Farmacêuticos Ltda.	270.00,00	190.200,00

Conforme análise às fls. 295, após a desclassificação da Pharlab, foi chamada a Blanver, que recusou-se a manter o preço ofertado dentro do prazo de validade das propostas, contrariando o disposto no art. 43, § 6º, da Lei 8.666/93, mas o processo administrativo punitivo não foi encontrado. Restou claro que os dirigentes não acompanharam o trabalho de apuração e aplicação da penalidade.

Segundo o acórdão, a Blanver desistiu imotivadamente da proposta apresentada, contrariando o disposto no art. 12 da Lei Estadual 14.167/02, e o art. 7º da Lei 10.520/02, *in verbis*:

Art. 12 da Lei Estadual 14.167/02

“Art. 12 - O licitante que deixar de entregar documentação exigida para o certame, apresentar documentação falsa, ensejar o retardamento da execução do objeto do certame, **não mantiver a proposta**, falhar ou fraudar a execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal **ficará impedido de licitar e contratar com o Estado e, se for o caso, será descredenciado do Cadastro Geral de Fornecedores do Estado de Minas Gerais, pelo prazo de até cinco anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e em contrato e das demais cominações legais**”.

Art. 7º da Lei 10.520/02

“Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, **não mantiver a proposta**, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, **ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais**”.



A Câmara concluiu que os dirigentes da FUNED não acompanharam o trabalho de apuração e aplicação de penalidade referente à BLANVER, que não honrou com a proposta, e multou em R\$ 1.000,00 o recorrente pela não aplicação da sanção à Blanver, em virtude de sua desistência desmotivada na habilitação.

Afirma a defesa que comprovou que durante a sua gestão instituiu e manteve a Comissão de Apuração de Irregularidades e Indicação de Penalidades, conforme doc. 3. Trata-se de cópia da publicação da Portaria 026, de 25/08/2005 (fls. 57), que institui comissão para apuração de penalidades aos fornecedores inadimplentes no âmbito da FUNED.

Trata-se de comissão criada em 25/08/2005, portanto, antes da publicação do Pregão 114/07, e que trata de fornecedores inadimplentes. No caso, a Blanver não chegou a assinar contrato, era ainda licitante, razão pela qual não estava abarcada pela Portaria.

Às fls. 57v e 58, 58v. e 59 foi juntada cópia de Portarias alterando a composição da comissão.

Às fls. 60, consta cópia da Portaria 07/05, que constitui comissão para apurar irregularidades no descumprimento de **contratos ou no cumprimento de obrigações de pessoas físicas ou jurídicas contratualmente vinculadas com a FUNED.** Nos termos do art. 3º desse ato, constatado o descumprimento contratual, ainda que parcial, o responsável pelo setor emitirá parecer técnico fundamentado e o encaminhará para o Diretor responsável, que nos termos do art. 4º comunicará ao presidente da comissão, que terá o prazo de 30 dias para concluir o processo.

Assim, como no presente caso não houve contrato, não o caso não estava abarcado por essa comissão. Por outro lado, caso se entenda que ela tinha competência, deveria ter ocorrido decisão no prazo de 30 dias, o que não foi comprovado.

Ante o exposto, considerando que não foi demonstrado que foi instaurado processo administrativo e que este foi concluído, é improcedente o recurso.

3- Conclusão



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diretoria de Controle Externo do Estado
3ª Coordenadoria de Fiscalização do Estado



Ante o exposto, sugerimos que o recurso seja conhecido e julgado improcedente.

3ª CFE/DCEE, em 17/07/2017.

Juliana Fagundes Mafra
Analista de Controle Externo
TC-2409-8

De acordo.

Em 18/09/2017, encaminho os presentes autos ao Ministério Público junto ao Tribunal.

Jaqueline Lara Somavilla
TC 2768-2
Coordenadora