

SENHOR DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE LOGÍSTICA DA SECRETARIA EXECUTIVA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

Ref.: Despacho DLOG/CGORF/DLOG/SE/MS de 17/12/2020 – SEI nº 0018200943 (“Despacho CGORF”)
Despacho DLOG/SE/MS de 17/12/2020 – SEI nº 0018208974 (“Despacho DLOG”)
Contrato Administrativo nº 250/2020 (“Contrato”)
Dispensa de Licitação nº 140/2020 (“Procedimento de Dispensa”)
Processo nº 25000.114385/2020-74 (“Processo Administrativo”)

LIFE TECHNOLOGIES BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA BIOTECNOLOGIA LTDA (“Thermo Fisher”), já qualificada nos autos do Processo Administrativo, vem, por seu representante manifestar-se em face dos supracitados Despacho CGORF e Despacho DLOG, com base nas razões de fato e direito a seguir.

I. Resumo dos Fatos

- Os fatos relativos ao Processo Administrativo encontram-se detalhados na defesa apresentada pela Thermo Fisher por ocasião de ofício¹ em que se comunicou a intenção do Ministério da Saúde de anular o Procedimento de Dispensa, com a consequente anulação do Contrato, em razão de suposto vício insanável “*ao realizar o julgamento das propostas dos licitantes em detrimento dos requisitos previstos no Projeto Básico, com fundamento no artigo 59 da Lei nº 8.666/1993*” (“**Defesa**”)².
- Discute-se a potencial anulação do Contrato por supostos vícios insanáveis relacionados à aceitação da proposta apresentada pela Thermo Fisher no âmbito do Chamamento Público (SIN Processo nº 30.435 e Ofício Circular nº 132/2020/CGEIS/DLOG/SE/MS – “**Chamamento Público**”), que deu origem ao Contrato. Tais vícios teriam origem em suposta inadequação da proposta apresentada pela

¹ Ofício nº 634/2020/DIVAN/COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (SEI nº 0017354826)

² SEI nº 0017499691

Thermo Fisher, pois essa não incluía o fornecimento de determinados itens requeridos pelo projeto básico do Chamamento Público (“**Projeto Básico**”).

3. Ao longo das discussões acerca da potencial anulação contratual, a Thermo Fisher manifestou-se no sentido de que, embora não entenda haver sido demonstrados quaisquer vícios insanáveis ao longo Processo Administrativo, não apresentará oposição à anulação parcial do Contrato que considere:

- Que a Thermo Fisher não causou ou é responsável de qualquer forma pela ocorrência do alegado vício insanável;
- Que a anulação parcial não gerará efeitos retroativos à 1ª Parcela do Contrato, já entregue pela Thermo Fisher – *ou seja, sendo necessário seu regular pagamento*;
- O direito da Thermo Fisher a receber indenização pelas etapas de execução contratual realizadas e pelos prejuízos incorridos até a data da anulação contratual, nos termos do parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações.

4. No momento da manifestação da Thermo Fisher nos termos acima (em 20/11/2020), a necessidade de regular pagamento à Thermo Fisher em relação à 1ª Parcela do Contrato, já entregue, já havia sido reconhecida em diversos documentos ao longo do Processo Administrativo, seja por documentos emitidos pela área jurídica do Ministério da Saúde³, seja pelo próprio Despacho DLOG de 13/11/2020⁴, assinado pelo Sr. Diretor Geral do Departamento de Logística (DLOG/SE/MS), em que se afirmou:

*“Assim, diante de todo o aqui exposto, **A ANULAÇÃO PARCIAL DO CONTRATO É MEDIDA QUE SE IMPÕE**, devendo contudo, ser considerada a execução parcial do quantitativo total, nos termos solicitados pela área demandante e pela Secretaria Executiva.”* (grifo do original)

- a. Reconhecimento nos autos do Processo Administrativo da necessidade de pagamento pela entrega da 1ª Parcela Contratual – cancelamento parcial da Nota de Empenho

5. Com base no acesso franqueado à Thermo Fisher, pode-se verificar que, na sequência da inclusão aos autos de Termo de Anulação do Procedimento de Dispensa (e, por conseguinte, do Contrato), o posicionamento reiterado desse Ministério da Saúde no sentido de que a anulação contratual não atingiria a entrega da 1ª Parcela do Contrato e a necessidade de seu pagamento:

³ Incluindo o Parecer Jurídico nº 00949/2020 CONJUR-MS/CGU/AGU (SEI nº 0016910132) e o Parecer nº 01026/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU (SEI nº 001738329).

⁴ SEI nº 0017598413

- Em 03/12/2020 - Despacho assinado pela Sra. Chefe da Divisão de Análise das Aquisições de Insumos Estratégicos para Saúde (DIVAN/COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS), requer à CGORF que tome as devidas providências para o cancelamento da nota de empenho 2020NE800787 referente ao Contrato (“**Nota de Empenho**”)⁵;
- Em 04/12/2020 - O Sr. Coordenador-Geral de Execução Orçamentária e Financeira (DLOG/CGORF/DLOG/SE/MS) emite despacho em que afirma⁶:

“2. Ocorre que em consulta ao sistema SEI, foi constatado a tramitação de Notas Fiscais da empresa em apreço registrados sob NUP 25000.142259/2020-18 (R\$ 4.467.960,00) e 25000.142857/2020-89 (R\$ 35.424.540,00), referente a entregas realizadas pela mesma amparados pelo contrato em voga.

3. Face ao exposto, sugere-se que seja verificado junto à Coordenação-Geral de Laboratórios de Saúde Pública - CGLAB/DAEVS/SVS/MS, bem como com a Coordenação-Geral de Logística de Insumos Estratégicos para Saúde - CGLOG/DLOG/SE/MS, demais eventuais entregas realizadas pela empresa, antes do prosseguimento na anulação do empenho em apreço.”

- Em 09/12/2020 – O Sr. Coordenador-Geral de Laboratórios de Saúde Pública (CGLAB/DAEVS/SVS/MS) emite despacho em que confirma que as notas fiscais referentes ao pagamento da 1ª Parcela do Contrato já se encontravam em tramitação e, por isso, o pagamento deveria ser realizado, **sendo cabível apenas o cancelamento parcial da Nota de Empenho**, para o saldo referente às parcelas contratuais não entregues⁷:

“Conforme Despacho CGORF/DLOG (0017945703) há em tramitação de pagamento as Notas Fiscais da empresa em apreço, referente as entregas descentralizada e centralizada somando o quantitativo total de 3.000.000 de testes. As Notas fiscais estão registradas sob NUP 25000.142259/2020-18 (336.000 testes - R\$ 4.467.960,00) e 25000.142857/2020-89 (2.664.000 testes - R\$ 35.424.540,00), respectivamente.

Considerando a anulação parcial do referido Contrato, esta Coordenação-Geral de Laboratórios de Saúde Pública (CGLAB/DAEVS/SVS/MS) se dispõe favorável a devolução de R\$ 93.307.500,00” (grifou-se)

- Em 11/12/2020 – O Sr. Diretor Geral do Departamento de Logística (DLOG/SE/MS), em linha com o posicionamento reiterado de diversos setores deste Ministério da Saúde acerca da regular entrega da 1ª Parcela Contratual e do processamento das notas fiscais emitidas pela Thermo Fisher determina a adoção de medidas para o **cancelamento parcial da Nota de Empenho**⁸:

“A propósito, salientamos que **o valor do saldo do empenho a ser cancelado corresponde a R\$ 93.307.500,00**, o qual foi informado no Despacho CGLAB, SEI nº 0018033850, que foi devidamente vinculado ao Despacho DLOG SEI nº 0018071672.” (grifou-se)

⁵ SEI nº 0017932210

⁶ SEI nº 0017945703

⁷ SEI nº 0018033850

⁸ SEI nº 0018087259

- Ainda em 11/12/2020 – O Sr. Chefe da Divisão de Execução Orçamentária (DIVEO/CGORF/DLOG/SE/MS) profere despacho dirigido ao Sr. Coordenador-Geral da CGORF com o seguinte teor: “*Segue para assinatura a Nota de Empenho 2020NE801099 (anulação parcial do 2020NE800787)*”⁹.

6. Os documentos incluídos no Processo Administrativo demonstram que, em linha com o posicionamento das mais diversas áreas deste Ministério da Saúde, procedeu-se com o cancelamento parcial da Nota de Empenho, anulando-se apenas os valores relativos às entregas contratuais não realizadas devido à suspensão determinada pelo próprio Ministério.

7. Ou seja, a parcela não anulada da Nota de Empenho deveria se destinar ao pagamento das notas fiscais emitidas pela Thermo Fisher em relação à entrega da 1ª Parcela Contratual.

b. Verificação de determinação de cancelamento dos valores da Nota de Empenho destinados ao pagamento da 1ª Parcela Contratual

8. Todas as manifestações acima indicaram, portanto, que a anulação do Contrato não teria efeitos retroativos à entrega da 1ª Parcela Contratual e, por consequência, não afetaria seu pagamento (uma das condições mencionadas pela Thermo Fisher para não se opor à eventual anulação do Contrato).

9. No entanto, ao acompanhar o Processo Administrativo, a Thermo Fisher surpreendeu-se com o conteúdo do Despacho CGORF, de 17/12/2020, assinado pelo Sr. Coordenador-Geral de Execução Orçamentária e Financeira, que já havia se manifestado pela necessidade de se verificar as entregas contratuais já realizadas antes de proceder com eventual cancelamento da Nota de Empenho, com o seguinte conteúdo¹⁰:

“Considerando o Termo DLOG (0017878786), esta Coordenação solicita, em caráter de urgência, autorização para o cancelamento do saldo remanescente da 2020NE800787 - LIFE TECHNOLOGIES BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA - no valor de R\$ 39.892.500,00 (trinta e nove milhões, oitocentos e noventa e dois mil e quinhentos reais), empenho este fruto de dispensa de licitação que teve seu ato anulado. 2. Ainda, conforme despacho CGORF (0017945703), os processos de pagamento informados que possuem notas fiscais da referida empresa em tramitação serão encerrados e se a execução contratual for devidamente reconhecida pelos fiscais de contrato como tendo sido executada por parte da empresa, esta poderá ser indenizada por meio de Reconhecimento de Dívida.”

⁹ SEI nº 0018087961

¹⁰ SEI nº 0018200943

10. No mesmo dia 17/12/2020, o Sr. Diretor-Geral do Departamento de Logística, também na contramão de suas manifestações anteriores, proferiu o Despacho DLOG no seguinte sentido¹¹:

“Considerando o Termo DLOG (0017878786), esta Coordenação solicita, em caráter de urgência, autorização para o cancelamento do saldo remanescente da 2020NE800787 - LIFE TECHNOLOGIES BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA - no valor de R\$ 39.892.500,00 (trinta e nove milhões, oitocentos e noventa e dois mil e quinhentos reais), empenho este fruto de dispensa de licitação que teve seu ato anulado. 2. Ainda, conforme despacho CGORF (0017945703), os processos de pagamento informados que possuem notas fiscais da referida empresa em tramitação serão encerrados e se a execução contratual for devidamente reconhecida pelos fiscais de contrato como tendo sido executada por parte da empresa, esta poderá ser indenizada por meio de Reconhecimento de Dívida.”

II. Ausência de fundamentos jurídicos para se proceder com o cancelamento do saldo remanescente da Nota de Empenho

a. Ausência de motivação

11. Conforme demonstrado acima, os documentos Despacho CGORF e Despacho DLOG vão na contramão de: (i) todas as manifestações anteriores sobre a questão da necessidade de pagamento das notas fiscais emitidas pela Thermo Fisher em referência à entrega da 1ª Parcela Contratual; e (ii) do próprio procedimento que vinha sendo adotado pelo Ministério da Saúde com o cancelamento parcial da Nota de Empenho realizado anteriormente.

12. Além do fato de, conforme demonstrado a seguir, não haver fundamentos possíveis para tal determinação de cancelamento do saldo remanescente da Nota de Empenho, chama atenção a completa ausência de explicações acerca da mudança de posicionamento por parte do Ministério da Saúde.

13. Os documentos simplesmente não trazem qualquer tipo de argumento acerca da necessidade de cancelamento do saldo remanescente da Nota de Empenho. Trata-se de situação que se agrava pelo fato de que não há quaisquer explicações acerca da contradição em relação fato de que anteriormente entendeu-se pelo cancelamento parcial da Nota de Empenho, e assim se procedeu.

14. A tomada da decisão que ora se questiona sem qualquer explicações em relação à alteração evidente de entendimento do Ministério da Saúde viola frontalmente o princípio constitucional que determina a devida motivação dos atos administrativos. Ressalte-se que o princípio da motivação se aplica

¹¹ SEI nº 0018208974

a todos os atos e decisões administrativas, ainda que ocorridos no âmbito interno de órgão ou entidade pública.

15. Atos administrativos que não obedeçam ao princípio da motivação são, simplesmente, nulos.

b. Inexistência de justificativas plausíveis possíveis para a anulação do saldo remanescente da Nota de Empenho

16. De toda sorte, a Thermo Fisher entende não haver justificativas posteriores cabíveis que possam ser apresentadas para demonstrar qualquer razoabilidade no cancelamento do saldo remanescente da Nota de Empenho.

17. A entrega da 1ª Parcela Contratual ocorreu de forma regular e legal, reconhecida diversas vezes ao longo do Processo Administrativo (assim como se reconheceu e afirmou a necessidade do Ministério da Saúde de manter o recebimento relativo à essa entrega).

18. A necessidade de pagamento pela entrega da 1ª Parcela Contratual foi igualmente reconhecida ao longo do Processo Administrativo. Não é por outra razão que, inicialmente, se procedeu com o cancelamento parcial da Nota de Empenho.

19. Além das mencionadas manifestações acerca da necessidade de pagamento ao longo do Processo Administrativo, os documentos incluídos no Processo nº 25000.142857/2020-89, aberto para efetivar os pagamentos relacionados ao Contrato (“**Processo de Pagamento**”), também reforçam a necessidade de efetivação do pagamento direto pela entrega da 1ª Parcela Contratual, ou seja, sem necessidade de procedimento indenizatório posterior para o “reconhecimento de dívidas”.

20. Em 14/12/2020, o Sr. Fiscal de Contrato emitiu atesto do recebimento dos produtos contidos na 1ª Parcela Contratual¹², demonstrando a regularidade da entrega e sua aceitação pelo Ministério da Saúde. No mesmo dia, encaminhou à CGORF as notas fiscais emitidas pela Thermo Fisher “*para as providências de pagamento*”¹³.

21. Ressalte-se que ambos despachos do Sr. Fiscal de Contrato são anteriores aos documentos que ora se discutem.

¹² SEI nº 0018102011

¹³ SEI nº 0018103451

22. Ora, havendo entrega regular e valores empenhados para seu pagamento, não há que se falar em eventual cancelamento integral da Nota de Empenho e potencial recebimento posterior pela Thermo Fisher por meio de reconhecimento de dívida.

23. A Thermo Fisher entende não haver fundamento plausível possível para o cancelamento do saldo remanescente da Nota de Empenho, uma vez que o direito ao recebimento do pagamento pela entrega da 1ª Parcela Contratual é direito líquido e certo da empresa.

24. Ademais nem no Processo Administrativo nem no Processo de Pagamento se discute quaisquer tipos de defeitos na execução da entrega da 1ª Parcela Contratual pela Thermo Fisher ou mesmo se levanta quaisquer dúvidas acerca dos valores devidos à empresa, que possam impedir seu pagamento imediato pelo Ministério da Saúde.

25. Nota-se que a Thermo Fisher, nesse momento, está discutindo tão somente a necessidade de pagamento imediato da 1ª Parcela Contratual, que já se encontra em atraso desde 13/11/2020¹⁴ – ou seja, antes da decisão de cancelamento do saldo remanescente da Nota de Empenho. Outras possíveis indenizações cabíveis à Thermo Fisher por prejuízos incorridos até a data da anulação contratual devem, aí sim, ser discutidas em processo administrativo específico.

c. Agravamento indevido e proposital da inadimplência

26. O cancelamento do saldo remanescente da Nota de Empenho e o conseqüente não pagamento à Thermo Fisher dos valores referentes à entrega da 1ª Parcela Contratual representa agravamento proposital e injustificado de situação de inadimplência deste Ministério da Saúde, já em curso.

27. A referência realizada pelo Despacho CGORF de que “*se a execução contratual for devidamente reconhecida pelos fiscais de contrato como tendo sido executada por parte da empresa, esta poderá ser indenizada por meio de Reconhecimento de Dívida*”, agravaria a inadimplência do Ministério da Saúde.

28. Em primeiro lugar ressalte-se que a execução contratual já foi devidamente reconhecida pelos fiscais de contrato como tendo sido executada por parte da empresa, conforme demonstram os documentos citados acima, anteriores ao Despacho CGORF e à determinação de anulação do saldo remanescente da Nota de Empenho. Não, há, portanto, que se falar em termos condicionais.

29. Além disso, submeter o pagamento, que deveria ser imediato, dos valores referentes à parcela contratuais entregues à necessidade de condução posterior de processo de reconhecimento de dívida violaria o direito líquido e certo da Thermo Fisher, sem qualquer justificativa.

¹⁴ Considerando a última das entregas da 1ª Parcela Contratual em 14/10/2020 e a obrigação de pagamento no prazo máximo de 30 dias determinado pelo Contrato.

30. Viola-se, o direito do administrado de receber pela prestação contratual realizada à Administração Pública (e aceita por essa), conforme determinado pelo art. 37, XXI da Constituição Federal.

31. Trata-se de situação que, caso confirmada, gerará prejuízos injustificados à empresa que atuou de boa-fé ao longo de toda execução e discussão contratual. Além disso, a decisão teria o condão de gerar prejuízos injustificados também ao erário, uma vez que, a execução posterior do pagamento já em atraso e incontroverso terá o condão de acrescer aos valores a serem pagos correção monetária e juros legais.

32. Ressalte-se, por fim, que, além de violar o princípio da motivação e o direito líquido e certo da Thermo Fisher, eventual cancelamento do saldo remanescente da Nota de Empenho e postergação do pagamento à empresa em relação aos valores incontroversos violaria, também, as regras determinadas à Administração Pública pelo Decreto-Lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (“**LINDB**”):

- Não há efetiva motivação da potencial anulação do saldo remanescente da Nota de Empenho que demonstre “*a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas*”, conforme determinado pelo parágrafo único do art. 20 da LINDB; e
- Não restou demonstrado o cumprimento das determinações constantes do art. 21 da LINDB, uma vez que os documentos ora questionados não cumprem os requisitos de: (i) “*indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas*”¹⁵; (ii) “*indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos*”¹⁶; e (iii) Demonstrar “*a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade*” e, se for o caso, indicar “*as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais*”¹⁷.

III. Conclusão

33. Diante do exposto, a Thermo Fisher requer a esse Ministério da Saúde o pagamento imediato dos valores referentes à 1ª Parcela Contratual, conforme atesto e pedido de providências emitidos pelo Sr.

¹⁵ Caput do art. 21 da LINDB.

¹⁶ Parágrafo único do art. 21 da LINDB;

¹⁷ Art. 4º do Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta os referidos dispositivos da LINDB.

Fiscal de Contrato. Caso já tenha ocorrido a anulação do saldo remanescente da Nota de Empenho, requer sua imediata reversão, para que se proceda ao referido pagamento.

34. Nesse sentido, a Thermo Fisher ressalta que ainda não foi notificada de eventual anulação contratual, não havendo, portanto, óbice para que o Ministério da Saúde tome as medidas necessárias para proceder o pagamento em questão.

35. De toda sorte, a Thermo Fisher requer seja devidamente notificada acerca dos termos e condições da decisão final acerca de eventual anulação do Contrato, em especial, em caso de decisão que implique o não pagamento imediato da 1ª Parcela Contratual, para que possa exercer seu direito de defesa, corolário do devido processo legal substantivo.

36. Além disso, a Thermo Fisher reitera seu pedido de que, na hipótese de se decidir por anulação do Contrato nos termos acima, se abra prazo para apresentação das informações e documentos comprobatórios relativos à indenização a ser paga pelo Ministério da Saúde à Thermo Fisher em relação a prejuízos incorridos pela empresa, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.666/1993.

São Paulo, 21 de Dezembro de 2020.

DocuSigned by:

Rodrigo Tavares de Moura

FE253FF095D1435...

**LIFE TECHNOLOGIES BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA
BIOTECNOLOGIA LTDA**