

VOTO

O presente processo cuida de Tomada de Contas Especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa) para apurar irregularidades verificadas na aquisição de medicamentos no âmbito do Pregão Presencial 10/2006 e dos contratos dele resultantes (Contratos 27/2006, 28/2006 e 29/2006).

2. Nesta etapa processual, são apreciados embargos de declaração opostos pelas empresas contratadas, Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. e Unicom Produtos Hospitalares Ltda., contra o Acórdão 2.901/2016-Plenário.

3. Cabe inicialmente salientar que atuo no presente feito na condição de Redador, nos termos do art. 126, **caput**, do Regimento Interno do TCU, por ter proferido o voto vencedor do citado **decisum**.

4. A decisão ora combatida julgou irregulares as contas dos embargantes, bem como de outros responsáveis, condenando-os aos pagamentos dos débitos e multas indicados na tabela a seguir:

Embargante	Débito Imputado (em valores históricos)	Valor da Multa (art. 57 da Lei 8.443/1992)
Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.	R\$ 15.423.174,44	R\$ 7.400.000,00
Hospfâr Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A.	R\$ 2.192.042,99	R\$ 1.000.000,00
Unicom Produtos Hospitalares Ltda.	R\$ 1.913.703,80	R\$ 900.000,00

5. Para a devida contextualização dos fatos, convém ressaltar que a metodologia de apuração do prejuízo utilizada no exame de mérito deste processo se baseou no confronto entre os preços contratados dos medicamentos com parâmetros referenciais de mercado obtidos mediante utilização dos maiores valores unitários identificados dentre as seguintes fontes (peças 118 a 126):

- a) maior valor dos preços constantes do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS);
- b) valores praticados no Pregão 32/2007 (realizado pela própria Funasa, unidade central);
- c) valores praticados no âmbito do Pregão 44/2006 (também conduzido pela Funasa, regional do Mato Grosso do Sul).

6. Enfatizei, no voto por mim proferido, que o critério determinado para quantificação do débito pelo Ministro José Jorge, então relator do feito, trouxe elevada segurança de que o montante apurado pela SecexSaúde foi favorável aos responsáveis, conforme despacho inserto à peça 113:

*“**Determino** a restituição dos autos à antiga 4ª Secex, hoje SecexSaúde, para que refaça os cálculos do débito a ser imputado nos presentes autos, seguindo as orientações que se seguem:*

- a) *caso a marca do medicamento indicada na proposta da licitante, no âmbito do Pregão 10/2006 da Funasa, possua correspondente no BPS, adotar como parâmetro de mercado o maior valor disponível (registrado) para a referida marca;*
- b) *caso a marca do medicamento indicada na proposta da licitante não possua correspondente no BPS, adotar como parâmetro de mercado o maior valor disponível para o mesmo princípio ativo, independentemente da marca do medicamento eventualmente registrado;*

- c) *para cada item de medicamento licitado, considerar a existência de, pelo menos, 4 (quatro) registros no BPS para fim de cômputo do débito, excluindo-se registros relacionados a contratações diretas, isto é, sem prévia licitação;*
- d) *em caso de dúvida se o preço registrado no BPS corresponde ao preço unitário do medicamento ou ao valor global da caixa, efetuar diligência;*
- e) *os registros tomados como parâmetro não poderão abarcar quantitativos de medicamentos superiores àqueles envolvidos no Pregão 10/2006 da Funasa, condição essa favorável aos responsáveis no que concerne ao cômputo do débito, haja vista que aquisições de pequena monta, tendentes a valores maiores, não se beneficiam do ganho de escala;*
- f) *utilizar os preços do BPS como parâmetro para imputação de débito se, e somente se, os valores extraídos do banco de preços forem superiores aos praticados pela própria Funasa nos contratos decorrentes dos dois pregões contemporâneos mencionados nos autos;*
- g) *levando-se em conta que os distribuidores trabalham com margem média de lucro em torno de 15% sobre o preço de fábrica, conclusão extraída do voto condutor do Acórdão nº 95/2007-Plenário, os preços registrados no BPS praticados por fabricante/laboratório (e não por distribuidor) deverão ser acrescidos do referido percentual.”*

7. Assim, inconformadas com o desfecho processual, as supracitadas empresas opuseram embargos declaratórios ora em apreciação.

II

8. Preliminarmente, julgo que os presentes embargos de declaração atendem aos requisitos objetivos dessa modalidade recursal, uma vez que fazem menção à ocorrência de contradições, omissões e obscuridades na deliberação recorrida, bem como são tempestivos, motivo pelo qual conheço dos recursos, com fulcro nos artigos 32, inciso II, e 34, **caput** e § 1º, da Lei 8.443/1992.

9. No mérito, a empresa Hospfar alega contradição na decisão embargada em relação a outros julgados desta Corte de Contas sobre o uso do BPS como paradigma de análise. Por sua vez, a Unicom aduz haver omissão no Acórdão 2.901/2016-Plenário, colacionando trecho do parecer do MP/TCU em que a adequação do BPS é questionada. No mesmo sentido, a Especificarma apresenta alguns acórdãos do TCU que concluíram que o BPS apresentaria limitações para ser usado como referencial de preços de mercado. Assim, entendeu esta última embargante que seria imprescindível a busca em fontes diversas de informação.

10. Em consideração a tais alegações, observo que é impertinente arguir, em embargos declaratórios, contradição entre o acórdão recorrido e outras decisões deste Tribunal, uma vez que a contradição deve estar contida dentro dos termos do inteiro teor da deliberação atacada, composta pelo relatório, acórdão e voto condutor. A existência de votos divergentes proferidos por ocasião da apreciação do processo no colegiado competente também não caracteriza a existência de contradição passível de ser atacada por embargos de declaração.

11. Segundo explicitado pelo insigne Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao relatar o Acórdão 1.222/2016-Plenário, “o entendimento majoritário do Plenário, firmado pelo voto condutor do julgado, proferido pelo Ministro Redator, é divergente da corrente minoritária, capitaneada pelo Relator original, vencida na assentada, sendo os fundamentos adotados por ambos, necessariamente, divergentes e contraditórios, não surgindo daí nenhum vício que possa ser sanado pelos aclaratórios”.

12. Assim, embora não exista nenhuma contradição, omissão ou obscuridade na decisão embargada, permito-me transcrever o trecho do voto em que analisei a aplicabilidade do BPS como fonte referencial de preços. Faço alguns destaques neste momento para melhor aclarar o entendimento das embargantes:

“40. Preliminarmente, cabe enfatizar que o BPS é um sistema criado em 1998 pelo Ministério da Saúde com objetivo de registrar e disponibilizar informações das compras públicas e privadas de medicamentos e produtos para a saúde. A inserção de informações de compras no BPS é voluntária, embora o Ministério Público Federal, diversos Ministérios Públicos Estaduais e o próprio Tribunal de Contas da União venham reconhecendo sua importância e recomendando aos estados e municípios a alimentação rotineira do BPS.

*41. Nesse aspecto, o **Parquet** apresenta o primeiro questionamento quanto ao uso do BPS na avaliação da economicidade de contratações públicas de medicamentos. O fato de o cadastramento de dados no sistema ocorrer em caráter voluntário não compromete a fidedignidade das informações do sistema, pois a maior parte dos medicamentos ainda conta com elevado número de registros, tornando os valores praticados representativos de mercado. A título de exemplo, reproduzo na tabela a seguir pesquisa realizada pela minha assessoria no BPS para o antibiótico Amoxicilina 500 mg, ilustrando a existência de 50 registros de aquisições governamentais no período de 03/12/2013 a 03/06/2015. O valor médio ponderado das aquisições, mais de nove anos após a conclusão do certame em análise, foi de R\$ 0,1158 por comprimido, enquanto o contrato 28/2006, celebrado com a empresa Especificarma, estabeleceu um preço unitário de R\$ 0,60 para cada unidade do referido medicamento, um valor mais de cinco vezes superior à média das aquisições governamentais atuais do produto.*

(...)

42. O sistema também contempla compras privadas, conforme informado no endereço eletrônico do Ministério da Saúde. Como exemplo de aquisições privadas cadastradas no BPS, é possível citar as compras de medicamentos realizadas pelas Santas Casas, embora a ampla maioria dos dados cadastrados no BPS se refira a compras do setor público. Porém, tal fato não compromete o uso do BPS como sistema referencial de preços para medicamentos. Ao contrário, torna os dados cadastrados no sistema uma fonte referencial de preços mais conservadora e favorável aos responsáveis, pois há um viés, denominado “efeito Administração Pública”, que faz os preços das compras efetuadas por órgãos públicos em geral serem mais elevados do que os praticados pela iniciativa privada. Tal efeito é explicado pelos maiores custos de transação com o setor público, consubstanciados nos gastos dos licitantes para participarem de certames licitatórios. Também é de se ressaltar que a Administração Pública exige maiores requisitos técnicos e econômico-financeiros dos seus fornecedores em relação ao exigido pelo setor privado, bem como realiza pagamentos posteriormente ao fornecimento dos bens e serviços, o que acaba elevando os preços pagos.

43. Além disso, a própria Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 15, inciso V, exige que as referências utilizadas para aquisições públicas sejam baseadas em outras aquisições do setor público:

“Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...)

[]

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.”

44. Segundo a página eletrônica do Ministério da Saúde, o BPS tem quatro funções primordiais, a saber:

- a) atuar como ferramenta de acompanhamento do comportamento dos preços no mercado de medicamentos e produtos para a saúde;*
- b) fornecer subsídios ao gestor público para a tomada de decisão;*
- c) aumentar a transparência e a visibilidade no que se refere à utilização dos recursos do SUS para a aquisição de medicamentos e produtos para a saúde;*
- d) disponibilizar dados que possam subsidiar o controle social quanto aos gastos públicos em saúde.*

45. Assim, se empregado da forma adequada, a utilização do BPS como referência de preços é plenamente válida e desejável, seja pelo gestor público para balizar o preço de suas contratações, seja pelo TCU ou outros órgãos de controle para avaliar a economicidade dos contratos.

46. A base de dados do BPS é atualizada diariamente, conforme o sistema é alimentado pelos órgãos e instituições. No entanto, a jurisprudência colacionada no parecer do MP/TCU sobre as supostas limitações do BPS informa que sua média é calculada com base nos dezoito meses anteriores.

47. Tal fato também não afasta o débito apurado nos presentes autos, pois a SecexSaúde solicitou pesquisa específica à equipe do BPS do Ministério da Saúde dos itens constantes dos lotes do pregão ora tratado, com valores apurados no ano de 2007, exercício posterior ao da realização do certame, de modo a corroborar os valores apurados na fase interna da TCE e também afastar a alegação de reajustes não considerados.

48. A pesquisa realizada no BPS também adotou como referência o maior valor dentre todos os registros encontrados para cada medicamento, afastando qualquer alegação de defasagem nos preços pesquisados.

49. Enfatizo que a pesquisa encaminhada pela equipe do BPS incorporou os preços registrados no Siasg/ComprasNet, segundo funcionalidade desenvolvida por aquela equipe, havendo inclusive registros de aquisições derivadas de dispensas de licitação e convite. Tal fato afasta o argumento da fragilidade do BPS carreado pelo relator.

50. Registro um ponto fulcral para melhor entendimento do BPS: tal sistema pode ser utilizado como uma interface auxiliar para a pesquisa de preços nos sistemas da Administração Pública Federal, tais como o Siasg/ComprasNet. Assim, os preços coletados pela unidade instrutiva são, na verdade, provenientes dos sistemas de compras governamentais, critério eleito como prioritário pela recente Instrução Normativa SLTI nº 5/2014, que dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral.

51. Na verdade, o BPS é um consolidador de informações, servindo como instrumento aos gestores na obtenção de referência de preços de medicamentos e equipamentos de saúde. Com a utilização de tal banco, é possível eliminar grande parte do trabalho dos gestores, traduzido pela mudança da busca não sistematizada em diversas fontes e por mais de um meio (diários oficiais, sistemas de informação, internet etc.) pela consulta em lugar único, com variedade bem maior de registros. Assim, ao consolidar as informações de aquisições na administração pública, o BPS possibilita ao gestor ter uma referência de preços, com a facilidade de selecionar os registros que mais se aproximem da realidade de sua contratação, mediante a consideração de região de fornecimento, quantitativos, fabricante, fornecedor, tipo de entidade contratante etc.

52. Ainda que o BPS não tivesse sido utilizado para apuração do débito, seria possível verificar a existência de superfaturamento na aquisição de medicamentos mediante comparação com outras aquisições realizadas pela Administração Pública. E esse superfaturamento seria seguramente superior ao quantificado pela SecexSaúde.

53. Tal conclusão decorre do critério utilizado para seleção do preço referencial, que sempre foi obtido a partir do maior parâmetro observado nas seguintes referências:

pesquisa no BPS, qualificada com preços registrados no Siasg/ComprasNet, e outras duas licitações posteriores da Funasa (Pregões 44/2006 e 32/2007), o que aumentou a quantidade de registros, conferindo assim maior confiabilidade ao superfaturamento constatado. Os critérios de cálculo do suposto débito podem ser verificados às peças 118 a 126 dos autos”.

13. Em adição às considerações acima, ênfase que as embargantes cobraram por alguns medicamentos valores superiores em até 3.200% aos praticados no âmbito da Administração Pública, considerando-se os maiores valores registrados no Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS). No volume total das compras efetuadas pela Funasa nas três empresas, ocorreu superfaturamento nos três contratos da ordem de até 200% em relação aos preços tomados como parâmetros de mercado. Portanto, as discrepâncias observadas são extremamente significativas.

14. A Especificarma utilizou o estudo de caso do antibiótico Amoxicilina 500 mg - que realizei no trecho do voto condutor transcrito acima - para corroborar com suas alegações. Sustenta a embargante que apenas 50 registros de aquisições governamentais constantes do BPS para o citado fármaco, em um período de 18 meses, seria uma amostra inexpressiva em face do volume de compras da Administração Pública, sendo inservível para representar o mercado.

15. Discordo de tal entendimento, pois a normatização existente atualmente sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, objeto da IN SLTI nº 5/2014, exige a consulta de pelo menos três fornecedores distintos. Assim, a existência de 50 registros de aquisições governamentais representa uma pesquisa extremamente ampla e abrangente de mercado, raramente vista em licitações públicas.

16. Ainda quanto ao uso de fontes referenciais de preços de medicamentos, a Especificarma alega omissão e obscuridade nos parâmetros utilizados na apuração de sobrepreço, pois, em várias auditorias das bases de dados do sistema Siasg/ComprasNet, o TCU supostamente teria encontrado inconsistências nas informações do Siasg, verificando, por exemplo, que o Sistema de Registro de Preços (SISRP) *"permite a visualização de informações que não necessariamente refletem a realidade"* (Acórdão 1.793/2011-Plenário).

17. Observo que tal afirmação foi reproduzida pelo representante legal da Especificarma fora do contexto em que constou da aludida deliberação. Para melhor entendimento cito trecho do relatório que fundamentou o Acórdão 1.793/2011-Plenário (destaque acrescido):

*“3.1. Inconsistências nas informações do Sistema de Registro de Preços (SISRP) do Siasg
Situação encontrada*

52. Trata-se de procedimento de auditoria destinado a verificar se, em compras decorrentes de registro de preços constantes do Siasg, os favorecidos das minutas de empenho emitidas pelos órgãos contratantes eram fornecedores que não estavam incluídos na respectiva ata. O detalhamento de como foi executado tal procedimento no contexto da auditoria de dados consta da planilha P3_5 e do diretório ‘Procedimentos’ do DVD à fl.6 do anexo 15 destes autos.

53. Como resultado, foram identificadas 2.197 minutas de empenho emitidas para empresas que não estavam cadastradas como fornecedoras do respectivo registro de preço no módulo SISRP do sistema Siasg, a exemplo das ocorrências 1, 2 e 3 (fls. 81-105, anexo 13). Em alguns casos, constatou-se que também existia divergência de dados do favorecido registrado na minuta de empenho no Siasg e no empenho lançado no sistema Siasf, conforme verificado nas ocorrências 4 e 5 (fls. 106-122, anexo 13).

54. Em decorrência disso, foi enviado à SLTI/MP o Ofício de Requisição 6-540/2010 (fl. 25-25v), de 9 de agosto de 2010, solicitando esclarecimentos acerca dos indícios de

inconsistências identificados pelo procedimento de auditoria. Em resposta, remeteu-se a Nota Técnica 155/DLSG/SLTI/MP, na qual a referida Secretaria deixou assente que, para as três primeiras ocorrências, houve inclusão do fornecedor classificado em segundo lugar na licitação em substituição ao primeiro, por este não ter honrado o compromisso contratual. Aduziu, ainda, que o Siasg mantém apenas os dados que foram alterados (fl. 27).

55. No que diz respeito às duas últimas ocorrências, a SLTI/MP informou que, no período desses empenhos (maio de 2009), houve falha na tabela de empenho do Sistema de Minuta de Empenho (Sisme) pertencente ao Siasg, razão pela qual foi emitido comunicado aos usuários, além de ter sido acionado o Serpro, responsável pela manutenção do sistema. Por sua vez, o Serpro informou que, em função do problema ocorrido nos cabeçalhos de controle de numeração das minutas de empenho, foram perdidas informações de cerca de 2000 empenhos, sendo que já havia sido apresentada solução para mais da metade naquela época. Por fim, aduziu que os demais empenhos ainda serão tratados de forma pontual na medida em que forem identificados (fl. 27v).

56. Relativamente à emissão de empenhos registrados para fornecedores não cadastrados na ata de registro de preços, entende-se que o problema foi devidamente justificado pela SLTI/MP. No entanto, a sistemática adotada pelo sistema Siasg permite a visualização de informações que não necessariamente refletem a realidade, ou seja, minutas de empenhos para fornecedores não incluídos na ata de registro de preços do SISRP.

57. Nesse sentido, o ideal seria que o módulo SISRP consignasse os dados, segundo a ordem de convocação feita pela Administração para fornecimento do bem ou prestação do serviço, de todas as empresas que viessem a ser contratadas, de modo que não fossem perdidas as informações do primeiro colocado quando houvesse a necessidade de se emitir empenhos para os demais fornecedores.

58. O parágrafo único do art. 6º do Decreto 3.931/2001 dispõe que:

Excepcionalmente, a critério do órgão gerenciador, quando a quantidade do primeiro colocado não for suficiente para as demandas estimadas, desde que se trate de objetos de qualidade ou desempenho superior, devidamente justificada e comprovada a vantagem, e as ofertas sejam em valor inferior ao máximo admitido, poderão ser registrados outros preços.

59. Desse dispositivo, entende-se que apenas a empresa vencedora da licitação poderia ter seu preço registrado, permitindo-se, apenas em casos excepcionais, o registro de preços dos demais licitantes.

60. No entanto, isso não inviabiliza que o módulo SISRP do sistema Siasg armazene os dados dos demais fornecedores convocados para fins de fornecimento dos bens ou prestação dos serviços decorrentes do registro de preços, o que seria até recomendável. A inclusão dessas informações no sistema não significa que será feito o registro dos preços de todos os licitantes, mas visa apenas permitir o acompanhamento real das eventuais substituições de fornecedores durante a execução contratual, sem perder os dados das empresas que não estão mais fornecendo o bem ou prestando o serviço. Sem a manutenção desse histórico de fornecedores, fica prejudicada a rastreabilidade das informações do sistema.

61. No que tange à diferença entre informações constantes na minuta de empenho emitida no Siasg e no empenho lançado no sistema Siafi, considera-se razoável a explicação dada pela SLTI/MP. De qualquer forma, é necessário que os gestores do sistema continuem com o trabalho de recuperação dos empenhos perdidos a fim de que o sistema não apresente informações inconsistentes com a realidade.

62. Ressalte-se, por fim, a relevância de se manter consistentes as informações armazenadas no sistema Siasg de modo a refletir as situações ocorridas no mundo real,

dado sua importância como instrumento gerenciador das compras realizadas pela APF, diretriz alinhada ao objetivo de controle AI2.3 - Controle e Auditabilidade do Aplicativo - do Cobit 4.1”.

18. Dessa forma, a decisão referenciada pelo procurador da embargante não permite concluir que os preços constantes do Siasg estejam inconsistentes. Foi constatado tão somente que havia minutas de empenhos para fornecedores não incluídos na ata de registro de preços do SISRP.

19. Em outra alegação da Hospfar, é aduzido que somente em 25/5/2009, ou seja, três anos após a ocorrência do questionado pregão, a Secretaria Executiva do Ministério da Saúde teria emitido um "informe", mediante o qual determinou que as secretarias municipais e estaduais de saúde alimentassem a base de dados do Banco de Preços da Saúde, visando facilitar a pesquisa dos órgãos. No entender da embargante, tal fato significaria que o BPS não teria informações confiáveis de mercado até o ano de 2009.

20. Tal alegação é insuficiente para afastar as robustas evidências que fundamentam o débito ora em discussão. Conforme explicitado anteriormente, os registros do BPS foram complementados pelo próprio Ministério da Saúde com dados do Siasg. Além disso, outras licitações da Funasa também foram utilizadas como referência no cálculo do superfaturamento.

21. De sorte, nenhuma comparação de preços foi realizada sem que houvesse ao menos quatro registros de preços para cada fármaco contratado no Pregão Presencial 10/2006. E, ainda assim, o maior preço existente na amostra foi efetivamente tomado como referência.

III

22. A Hospfar também alega contradição e obscuridade do voto do Ministro Revisor pelo fato de não considerar os preços da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed) como balizadores confiáveis para comparativo de preços, enquanto este Tribunal supostamente teria consolidado o entendimento acerca do uso do Cmed por meio de recentes acórdãos proferidos. Entendeu a empresa que o comparativo apresentado em sua defesa com preços constantes de revistas especializadas deveria ser aceito, pois os Preços de Fábrica e Máximo ao Consumidor ali constantes seriam exatamente os mesmos constantes do site da Anvisa, tratando-se, portanto, de um simples repositório de preços.

23. Novamente, não verifico nenhuma contradição ou obscuridade no voto condutor da deliberação embargada. Pacífica jurisprudência desta Corte de Contas e do Poder Judiciário está consolidada no sentido de que os embargos declaratórios não são espécie recursal adequada para a rediscussão do mérito da matéria, o que parece ser a intenção da embargante.

24. Acerca do uso do Cmed como paradigma de mercado do preço de remédios, fiz exauriente exame no voto condutor da deliberação embargada, **in verbis**:

“60. No que tange ao uso dos preços da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed) para apuração do débito nesses autos, observo inicialmente que a Cmed é o órgão do governo federal responsável pelo controle dos preços do setor farmacêutico no País. A regulação do mercado de medicamentos é de extrema importância, tendo em vista a presença de fatores que possibilitam o exercício do poder de mercado pelos laboratórios, tais como: a baixa elasticidade-preço da demanda devido à essencialidade dos medicamentos; o reduzido poder decisório dos consumidores, já que os médicos influenciam as escolhas e a proteção dos princípios ativos mediante patentes, o que garante o monopólio para determinados medicamentos.

61. Considero, contudo, que os preços divulgados pela Cmed não sejam o parâmetro mais adequado para servir como referência para aquisições públicas de medicamentos ou como critério de avaliação da economicidade de tais aquisições por parte dos órgãos de controle.

62. Reconheço que foi consignado no relatório que fundamentou o Acórdão 1.146/2011-TCU-Plenário, o qual apreciou representação da Secex-MT acerca de possíveis irregularidades na utilização de recursos do SUS pela Secretaria de Saúde do Estado de Mato Grosso, que “a base de dados da Cmed, seria, então, mais qualificada do que a do BPS para o processo de construção de uma referência de preços, pois a Cmed possui controle do que é comercializado de fato, por concentrar o conjunto de todas as compras de fato, públicas ou não, consideradas todas as apresentações de medicamentos”. Tal julgado, juntamente com o Acórdão 384/2014-TCU-2ª Câmara, foi utilizado pelo relator para fundamentar suas conclusões.

63. Na verdade, não concordo com tal assertiva e, tampouco, vejo um alinhamento jurisprudencial claro nesse sentido, pois existem julgados do Tribunal em sentido diametralmente oposto. Em particular, cito o Relatório de Auditoria Operacional com o objetivo de avaliar se a atuação regulatória da Cmed reduz os efeitos das falhas de mercado, evitando a prática de preços abusivos. Tal fiscalização, apreciada pelo Acórdão 3.016/2012-TCU-Plenário, constatou o superdimensionamento dos preços de fábrica divulgados pela Cmed. Foi verificado, entre diversos achados, que os preços de tabela são significativamente superiores aos praticados em compras públicas, com casos em que chegam a mais de 10.000% de variação.

64. A debilidade na regulação dos preços de medicamentos e nos correspondentes procedimentos de aquisição também foi um dos temas de destaque do FiscSaúde, apreciado pelo Acórdão 693/2014-TCU-Plenário.

65. Entre os principais pontos do modelo que precisam ser alterados destaca-se a impossibilidade de revisão dos preços a partir de critérios relacionados a mudanças na conjuntura econômica ou internacional. Mesmo que os preços fixados no momento da entrada dos medicamentos no mercado brasileiro sejam baixos em comparação com o mercado internacional, ao longo do tempo eles sofrem distorções em decorrência da vinculação dos reajustes com a inflação. O comportamento dos preços dos fármacos é influenciado por fatores diversos, sendo necessária uma flexibilidade maior na revisão dos preços.

66. A avaliação de que medicamentos registrados mais recentemente possuem preços máximos mais coerentes com o mercado internacional explica-se pelas falhas identificadas no modelo regulatório brasileiro, dentre as quais se destacam: a impossibilidade de revisão dos preços a partir de critérios relacionados a mudanças na conjuntura econômica ou internacional e a vinculação do ajuste anual à inflação.

67. No modelo de teto de preços, chamado de “price cap”, o regulador determina o maior preço possível a ser praticado pela indústria e, periodicamente, determina a fórmula de reajuste dos preços. Nessa modelagem, uma vez fixado o preço teto, ele não é mais revisto, exceto por meio dos reajustes anuais, ainda que identificadas claras distorções em alguns dos Preços Fábrica. Portanto, cabe fazer alguns esclarecimentos para fundamentar o motivo pelo qual julgo que tal tabela não seja uma referência adequada para contratações públicas.

68. A Lei 10.742/2003 criou uma série de regras a serem observadas pelas empresas produtoras de medicamentos para o ajuste e determinação de seus preços, ficando vedado qualquer ajuste em desacordo com a referida Lei. Assim, o ajuste de preços de medicamentos é baseado em modelo de teto de preços calculado com base na variação do

IPCA e em fatores de produtividade e de ajuste de preços relativos ao intra setor e entre setores.

69. Também compete à Cmed propor critérios de composição dos referidos fatores e decidir sobre a aplicação de penalidades previstas na Lei 10.742/2003 e, relativamente ao mercado de medicamentos, aquelas previstas no Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo das competências dos demais órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

70. O problema é que tal modelagem de reajuste não capta devidamente as reduções nos preços de medicamentos oriundas de compras de grandes quantidades de medicamentos, típicas de aquisições governamentais, nem a influência do fim de período de monopólio da fabricação do princípio ativo, com a entrada de concorrentes no mercado de genéricos.

71. Após a edição da Lei 10.742/2003, os produtos novos e as novas apresentações de medicamentos que venham a ser incluídos na lista de produtos comercializados pela empresa produtora deverão observar, para fins da definição de preços iniciais, os critérios estabelecidos pela Cmed.

72. Os novos medicamentos embutem em seus preços os elevados investimentos em pesquisa e desenvolvimento realizados pela indústria farmacêutica. Com o transcurso do tempo e a conseqüente amortização de tais gastos, bem como o fim do período de monopólio, o preço dos fármacos segue uma natural tendência declinante, também não captada pela metodologia de reajustes implementada pela Cmed. Por isso e por outros motivos, a auditoria apreciada pelo Acórdão 3.016/2012-TCU-Plenário constatou maior aderência dos medicamentos novos aos preços internacionais e, por outro lado, maior discrepância entre os preços internacionais nos princípios ativos que já eram comercializados há mais tempo.

73. Portanto, os preços da Cmed são referenciais máximos que a Lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, fato que não dispensa a obrigação de os gestores pesquisarem e observarem os preços praticados pelos órgãos públicos nas contratações oriundas das licitações efetivadas.

74. No voto condutor do Acórdão 693/2014-TCU-Plenário, ponderei que, embora a Tabela Cmed não constitua o parâmetro mais adequado para o referenciamento de preços em aquisições públicas, ela ainda seria um referencial válido para o cálculo de eventuais sobrepreços em compras governamentais, sobretudo no caso dos medicamentos sujeitos a monopólio. Nesse caso, as deficiências metodológicas dos preços-fábrica, na prática, acarretam a utilização de critérios conservadores para o cálculo de débitos.

75. Destaca-se que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos estabeleceu, por meio da Resolução nº 4/2006, a obrigatoriedade de as empresas distribuidoras e produtoras de medicamentos aplicarem o coeficiente de adequação de preços (CAP) quando venderem determinados fármacos para entes da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A lista dos medicamentos sujeitos ao desconto obrigatório, que é definida mediante comunicado da Secretaria-Executiva da Cmed, atualmente contém 219 apresentações. Cabe destacar que, nas aquisições realizadas a partir de demandas judiciais, o CAP é aplicado para qualquer medicamento (devendo o poder público comprovar formalmente a existência da ação judicial, por ser essa a condição para que faça jus ao desconto).

76. Em conformidade com os normativos da Cmed, foi estabelecido o preço máximo de venda ao governo (PMVG), que é obtido a partir da incidência do CAP sobre o Preço Fábrica (PF) dos medicamentos. Dito de outra forma, foi definido um desconto mínimo obrigatório a ser aplicado pelas distribuidoras e laboratórios quando suas vendas tiverem como destinatária a Administração Pública Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

77. Quando o valor de um remédio não está limitado ao PMVG, seu custo em caso de venda à Administração Pública deve ter como limite máximo o Preço Fábrica, que é definido anualmente pela Cmed/Anvisa/MS para vigorar de 1º de abril de determinado exercício até 31 de março do exercício subsequente. Esse entendimento consta da Orientação Interpretativa Anvisa nº 2, de 13/11/2006, cujo teor foi ratificado pelo Tribunal de Contas da União, mediante o Acórdão nº 1.437/2007 - Plenário.

78. Todavia, o entendimento exposto por mim no voto condutor do Acórdão 693/2014-TCU-Plenário não pode ser aplicado ao caso em exame, pois a Resolução Cmed nº 4/2006, que estabeleceu os CAP, foi editada apenas em 18/12/2006, após a realização do Pregão Presencial 10/2006. Dessa forma, os Preços Fábrica da Cmed à época da realização do certame estavam nitidamente superestimados”.

25. Nesta oportunidade, permito-me registrar mais algumas evidências da inadequação dos preços do Cmed como referência para as contratações públicas de medicamentos. Observo primeiramente que o endereço eletrônico site da Anvisa contém alerta sobre a matéria nos seguintes termos:

“A Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) alerta os gestores federais, estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde (SUS) sobre a necessidade de realização de uma pesquisa prévia e efetiva de preços no mercado, quando da realização de compras públicas de medicamentos.

Na interpretação do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 3016/2012), a aquisição de medicamentos por preços inferiores aos registrados na lista da CMED não isenta o gestor público de possíveis sanções, diante da possibilidade de superdimensionamento dos preços fábrica constantes da lista, que pode não refletir os descontos praticados no mercado.

Cumpra lembrar que os Preços Fábrica (PF) e Preços Máximos de Venda ao Governo (PMVG) são os preços teto, não servindo como parâmetro isolado para compras públicas”.

26. Também registro matéria publicada na revista do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (disponível em <http://www.idec.org.br/em-acao/revista/diferenca-que-incomoda/materia/diferenca-alem-da-conta/pagina/73>), em que o Sr. Ivo Bucaresky – ex-secretário executivo da Cmed - reconhece que distorção entre os preços teto do Cmed e o valor efetivamente praticado no mercado, bem como que a atual legislação que rege a atuação da Cmed (Lei no 10.742/2003) impede a redução do Preço Máximo ao Consumidor (PMC). Esclarece o Sr. Bucaresky que “da forma como a lei foi montada, não há flexibilidade para reajustar os preços para baixo”. Ele diz que os tetos só são reduzidos a pedido da própria indústria, o que acontece, em geral, quando a patente do medicamento está prestes a acabar, ou seja, quando a exclusividade na comercialização da droga chegará ao fim. “A indústria pede para baixar o PMC com o objetivo de afastar alguns interessados em produzir genéricos daquele medicamento. O genérico tem de ser pelo menos 35% mais barato que o preço teto do medicamento de referência, por isso, quanto menor for o teto, menor a margem de manobra para a entrada de concorrentes”, declara.

27. A citada reportagem apresenta o quadro comparativo reproduzido abaixo, que ilustra o descasamento existente entre os preços do Cmed os valores médios de mercado, que muitas vezes pratica preços com desconto superior a 80% da tabela do Cmed.

VARIÇÃO DE PREÇO DOS MEDICAMENTOS								
Medicamento	Maior preço (R\$)	Menor preço (R\$)	Varição entre o maior e o menor preço (%)	Preço teto da CMED (R\$)	Desconto praticado entre o menor preço e o teto da CMED (%)	Preço médio (R\$)	Desconto praticado entre o menor preço e o teto da CMED (%)	
Genéricos	Alprazolam	6,64 - Onofre	2,65 - Ultrafarma	150,57	13,28	80,05	4,64	65,02
	Amoxicilina	20,09 - Droga Raia	6,03 - Onofre	233,17	20,09	69,99	11,38	43,34
	Atenolol	12,05 - Drogasil	5,17 - Onofre	133,08	17,22	69,98	8,26	52,01
	Azitromicina	19,28 - Droga Raia	5,75 - Ultrafarma	235,30	19,28	70,18	11,56	40,06
	Diclofenaco potássico	7,18 - Drogaria SP	3,59 - Onofre	66,57	11,96	69,98	5,50	54,01
	Losartana potássica	19,90 - Drogasil	11,37 - Droga Raia e Ultrafarma	75,02	*	*	*	*
	Sinvastatina	40,78 - Drogasil	23,30 - Ultrafarma	75,02	*	*	*	*
Referência	Adalat® Retard	15,47 - Ultrafarma	13,65 - Drogasil	13,33	18,20	25	14,40	20,88
	Amaryl®	21,12 - Droga Raia	13,81 - Ultrafarma	52,93	27,61	49,98	15,82	42,7
	Aspirina Prevent®	10,08 - Ultrafarma	8,89 - Drogasil	13,39	*	*	*	*
	Blipress®	81,13 - Ultrafarma	71,59 - Drogasil	13,33	95,45	25	75,21	21,2
	Cataflan®	18,65 - Drogaria SP	16,31 - Ultrafarma	14,35	23,31	30,03	17,72	24
	Cymbalta® Retard	240,97 - Ultrafarma**	240,97 - Ultrafarma**	0	283,50	**	240,97	15
	Ebix®	223,54 - Droga Raia	160,95 - Onofre	38,89	223,54	28	187,77	16
	Fosamax®	137,48 - Ultrafarma	121,31 - Drogasil	13,33	161,75	25	127,46	21,2
	Frontal®	30,77 - Droga Raia	22,15 - Onofre	38,92	30,77	28,01	25,84	16,01
	Imuran®	130,15 - Ultrafarma	114,84 - Drogasil	13,33	*	*	*	*
	Meticorten®	17,18 - Drogaria SP	12,88 - Ultrafarma	33,39	21,48	40,04	19,81	7,76
	Peprazol®	45,75 - Drogasil	27,45 - Ultrafarma e Drogaria SP	66,67	61,00	55	33,55	45
	Profenid®	24,65 - Ultrafarma	21,75 - Drogasil	13,33	29,00	25	22,85	21,2
	Singulair®	83,43 - Ultrafarma e Drogaria SP	75,09 - Droga Raia	11,11	*	*	*	*
	Zitromax®	19,18 - Droga Raia	14,86 - Onofre	25,03	19,18	20,02	16,46	14,18
	Zocor®	51,70 - Drogaria SP	38,77 - Ultrafarma	33,35	64,63	40,01	47,1	27,13
	Zoloft®	61,01 - Droga Raia	43,93 - Onofre	38,88	61,01	28	51,25	16

* Nos medicamentos desuicados em 2010, a dosagem era diferente da atual que consta da lista da CMED. Portanto, não é possível comparar os preços com o teto da CMED em 2011

28. Também tive ciência que, em 17 de fevereiro de 2017, o Ministério Público Federal (MPF/DF) ingressou com a Ação Civil Pública nº 0008080-74.2017.4.01.3400 pedindo que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos seja obrigada a promover em, no máximo seis meses, um ajuste extraordinário nos preços de 43 medicamentos vendidos no país. Tal ação é resultado de investigações iniciadas em 2013 pelo MPF e tem como base a auditoria apreciada pelo Acórdão 3.016/2012-Plenário, já mencionado.

29. Friso que trago estas novas informações e elementos aos autos com o objetivo de tão somente esclarecer as embargantes sobre as supostas omissões, obscuridades e contradições apontadas quanto ao entendimento do voto condutor do Acórdão 2.901/2016-Plenário, que entendeu pela inadequação do Cmed como referência de preços para contratações públicas.

IV

30. A Especificarfa afirmou que o TCU desconsiderou especificações como marca e origem dos medicamentos utilizados como paradigmas, não verificando tratar-se de medicamento de referência, similar ou genérico, bem como se havia na Anvisa mais de um fabricante autorizado, supostamente restringindo-se a analisar os valores constantes do BPS e do SIASG/ComprasNet para produtos com as mesmas características solicitadas pela Administração Pública.

31. Tal informação não é procedente, pois, consoante registrei no sexto parágrafo deste voto, caso a marca do medicamento indicada na proposta da licitante, no âmbito do Pregão 10/2006 da Funasa, possuísse correspondente no BPS, o então relator, Ministro José Jorge, determinou a adoção como parâmetro de mercado do maior valor disponível (registrado) para a referida marca. Caso a

marca do medicamento indicada na proposta da licitante não tivesse correspondência no BPS, deveria ser utilizado como referência o maior valor disponível para o mesmo princípio ativo, independentemente da marca do medicamento eventualmente registrado.

32. Prosseguindo com o exame dos argumentos recursais, a Hospfar se referiu ao comparativo feito em sua defesa com preços constantes de revistas especializadas, que supostamente elidiriam o sobrepreço, pois os Preços de Fábrica e Máximo ao Consumidor ali constantes seriam exatamente os mesmos do site da Anvisa, tratando-se, portanto, de um simples repositório de preços. A Unicom alegou omissão da decisão embargada em analisar laudo pericial contábil, elaborado com base nos preços da revista ABCFarma.

33. Ocorre que o uso de revistas especializadas como referência no preço de medicamentos foi detidamente analisado nos itens 3.258 a 3.260 e 3.314 a 3.315 do Relatório que fundamenta o Acórdão 2.901/2016-Plenário, reproduzidos a seguir:

“3.258. Aliás – em que pese todo o empenho demonstrado na defesa da inexistência de superfaturamento da empresa – o fato de ter se tomado por comparativo de preço apenas uma publicação destinada a vendas de medicamentos a varejo do mercado de farmácias demonstra os patamares de preços a que estava nivelada a proposta apresentada pela empresa no certame em tela.

3.259. Destaca-se ainda que entendimento predominante do TCU considera impróprio adotar como padrão de referência de preços de medicamentos as listas de preços constantes em semelhantes tipos de publicações (como por exemplo Abcfarma e Brasíndice). Como exemplo, citam-se os Acórdãos 95/2007-TCU-Plenário e 201/2007-TCU-2ª Câmara, com transcrição a seguir de trecho do relatório do último acórdão mencionado, que traz ainda referências a outras decisões desta Corte no mesmo sentido:

8.1.9. as tabelas Abcfarma e Brasíndice não se prestariam para comparações, consoante jurisprudência do TCU (decisão 214/2000 e acórdão 35/2002 da 2ª Câmara, decisão 337/2002 e acórdão 6/2003 do Plenário e acórdão 1049/2004 da 1ª Câmara), por estipularem valores máximos para aquisição, no varejo, por consumidor final, de pequenas quantidades, que diferem de valores praticados em grandes aquisições;

3.260. Um fato que poderia reforçar a defesa das contratadas, relativa aos preços praticados no certame em análise, seria a apresentação de documentação de vendas realizadas por elas (ao setor público ou privado) em que constassem – em relação a quantitativos de medicamentos compatíveis aos do Pregão 10/2006 – preços em patamares semelhantes aos praticados no certame, porém nenhuma das empresas citadas trouxe aos autos esse tipo de documentação, tendo todas se limitando ao comparativo de preços praticados aos constantes em revistas destinadas a vendas a varejo do mercado farmacêutico

(...)

3.314. Quanto à compatibilidade alegada pela Especifarma dos preços por ela praticados com os registrados em publicações farmacêuticas (no caso ABCFARMA e do guia Brasíndice), conforme já argumentado quando da análise das alegações de defesa da Hospfar (itens 3.256-3.262), a comparação pretendida não se configura aceitável pelo fato de essas publicações conterem apenas preços praticados pelas distribuidoras junto ao mercado de farmácias e preços de vendas referentes à venda dos medicamentos farmácias ao consumidor final, ou seja, valores de referência para vendas de medicamentos em pequenas quantidades, situação não análoga com os elevados quantitativos de aquisição previstos no Pregão 10/2006.

3.315. Além do fator “quantidade”, que sempre concorre para reduzir sensivelmente os preços de aquisições de medicamentos, pelo efeito da economia de escala, também não se pode esquecer que estão incluídas no custo dos medicamentos registrados nas publicações mencionadas as parcelas de lucros das farmácias relativas às vendas a varejo ao consumidor final”.

34. Subsiste ainda um último argumento da empresa Hospfar acerca das fontes referenciais de preço dos fármacos. A embargante informou que os grandes laboratórios não teriam interesse em assumir a responsabilidade de distribuição de medicamentos em todo o território nacional, pois, se assim o fosse, participariam diretamente de todas as licitações sem credenciar uma única distribuidora para representá-los.

35. Considero que tal alegação não elide o superfaturamento apurado nos autos. Ademais, é forçoso ressaltar que as três embargantes, na condição de distribuidoras de medicamentos, poderiam comprovar os preços praticados à época mediante a apresentação de documentos fiscais de vendas efetuadas para outros clientes. Poderiam também apresentar as notas fiscais de entrada dos remédios adquiridos dos fabricantes, o que possibilitaria um exame das margens de lucro aplicadas nos contratos ora em exame. No entanto, as embargantes se limitaram, em todos os estágios processuais, a meramente questionar as referências adotadas pelo TCU, em vez de comprovarem a regularidade dos preços cobrados da Funasa nos contratos decorrentes do Pregão 10/2006.

V

36. A Unicon alegou que, pelo fato de ter sido contratada mediante processo licitatório, não se enquadraria na condição de gestor público, de modo que não caberia sua responsabilização por eventual equívoco referente a atuação desempenhada na fase interna do certame.

37. Com argumento semelhante, a Especificarma aduz que sua proposta decorreu de ação de agentes públicos que participaram da elaboração do ato convocatório do Pregão Presencial 10/2006 e que a empresa observou os limites impostos pelo orçamento estimativo do edital, razão pela qual não haveria qualquer razão para eventual presunção da prática de sobrepreço. Entende, assim, que inexistiria qualquer conduta dolosa ou culposa por ela praticada, sendo irrazoável sua condenação a devolver os valores ditos como superfaturados.

38. Os questionamentos ora trazidos pela embargantes de fato foram abordados superficialmente no relatório que fundamentou o Acórdão 2.901/2016-Plenário, de forma que tratarei dos aspectos da responsabilização das três empresas com maior profundidade nos tópicos a seguir.

VI – Da responsabilidade do particular perante o TCU

39. O texto constitucional, em especial o art. 70, parágrafo único, e o inciso II do art. 71, não fez distinção entre agentes públicos ou particulares e tampouco há a exigência de que esses últimos tenham agido em solidariedade com qualquer agente público. Assim, concluo que o particular que tenha dado causa a um dano ao erário está sujeito à jurisdição desta Corte de Contas, independentemente de ter atuado em conjunto com agente da Administração Pública. Além de remansosa jurisprudência desta Corte de Contas nesse sentido, vários julgados do STF reafirmam que a jurisdição do TCU não está vinculada à natureza do responsável – agente público ou particular -, mas sim à origem dos recursos fiscalizados. Com tal entendimento, cito as decisões proferidas por aquela egrégia corte nos autos dos MS 24.397 e MS 25.880.

40. A jurisdição do TCU sobre as empresas contratadas pela Administração também se encontra bem assentada na Lei 8.443/1992, sendo que o seu art. 5º, praticamente reproduzindo as disposições constitucionais, estabelece que:

“Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta assumam obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;”

41. Ressalto que a situação analisada nos autos visa evitar o enriquecimento sem causa do particular em detrimento da Administração, nos termos dos princípios da boa-fé contratual e probidade administrativa. A condenação ao ressarcimento do dano, do ponto de vista do Direito Civil, não pode ser considerada propriamente uma sanção.

42. Apesar de o agente privado contratado pela Administração não ter a incumbência direta de gerir os recursos públicos, não se pode olvidar serem os beneficiários finais das verbas federais. Nessa perspectiva, é legítima a inclusão das três embargantes como responsáveis solidárias neste processo, na medida em que concorreram para a prática do dano apurado, nos termos da lei, ao deixar de ofertar preços compatíveis com os de mercado.

43. Não se pode olvidar que o contrato administrativo é espécie do gênero contrato, em que a vontade do contratado também é relevante para a formação do vínculo. Apesar de ele se submeter a potestade do Estado no que concerne às cláusulas e às disposições formais do ajuste - a minuta do contrato é parte do edital -, a vontade do contratado se faz plena na decisão de participar da licitação ou de ser contratado diretamente e na oferta da proposta de preço.

44. Dessa forma, o particular responde plenamente por essa manifestação voluntária tendente ao aperfeiçoamento do vínculo contratual, podendo a sua proposta ser desclassificada por sobrepreço ou por inexecuibilidade. Mais ainda, firmada a avença, a vontade do contratado se integra à da Administração, motivo pelo qual ele também responde por eventual superfaturamento.

45. Seria medida extremamente injusta deste Tribunal afastar a condenação das fornecedoras de medicamentos - que de fato foram as grandes beneficiárias dos pagamentos com sobrepreço - e manter a condenação apenas dos demais agentes públicos envolvidos, que deram causa ao dano ao erário, mas que dele supostamente não se beneficiaram.

46. Além de iníquo, tal julgamento estaria em expressa desconformidade com o § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992, o qual determina que o TCU, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária do agente público que praticou o ato irregular e do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

47. Concluo, portanto, que não há autorização legal para afastar a responsabilização do particular que contrata com a Administração e que concorreu ou se beneficiou da prática do ato ilegal, ainda mais em casos como o que ora se examina em que a injustificada exclusão da empresa do polo passivo do processo, além de indevida sob o ponto de vista jurídico, implicará, com alta probabilidade, a ineficácia do controle reintegratório deste Tribunal, pois o grande vulto dos débitos imputados provavelmente supera em muito o patrimônio dos agentes públicos envolvidos e, por consequência, e impedirá o ressarcimento integral dos danos.

48. Embora a responsabilização dos agentes públicos perante o TCU seja de natureza subjetiva, ou seja, depende da existência de dolo ou culpa por parte do agente causador do dano, pondero que a responsabilidade do terceiro contratante, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992, tenha contornos diferenciados, se assemelhando a uma culpa presumida. Em sua defesa cabe a discussão de aspectos subjetivos da matéria, tais como os preços de mercado ou a ocorrência ou não do dano.

49. Nesse aspecto, deve-se reconhecer assistir razão à Especificarma quanto ao argumento de que houve omissão na decisão recorrida do enquadramento na conduta da embargante nas hipóteses previstas na Lei 8.443/1992, pois o §2º do art. 16 da citada Lei não constou da parte dispositiva do Acórdão 2.901/2016-Plenário.

50. Assim, convém sanar o erro material cometido e acolher parcialmente os embargos da Especificarma, sem a atribuição de efeitos infringentes, apenas para sanar a omissão no subitem 9.1 do Acórdão 2.901/2016-Plenário, incorporando o §2º do art. 16 da Lei 8.443/1992 como fundamento legal para a condenação solidária das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A., Unicom Produtos Hospitalares Ltda. e Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. ao ressarcimento do débito.

51. Continuando com a linha argumentativa que estava sendo desenvolvida, saliento que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 23.560, tratou da condenação do particular que contrata com o Poder Público. O TCU, por meio do Acórdão 45/1999 e da Decisão 469/1999, ordenou a citação solidária, dentre outros responsáveis, da empresa Incal Incorporações S. A. e do Sr. Nicolau dos Santos Neto, para que recolhessem aos cofres da União a quantia relativa ao superfaturamento observado no contrato firmado entre o TRT da 2ª Região e a impetrante, a empresa Incal Incorporações.

52. Depois de pedido de vista, o Ministro Nelson Jobim abriu divergência e afirmou que o TCU poderia determinar ao TRT a anulação do contrato e que haveria a obrigação de a construtora devolver os valores recebidos a maior. Dessa forma, votou pela denegação da ordem.

53. O Presidente do STF, à época, Ministro Maurício Corrêa, afirmou que o TCU, ao examinar a nulidade de contrato, “*agiu no estrito cumprimento do que determina a Constituição Federal. Com efeito, se entendêssemos que seria o caso de deferir a segurança, estaríamos inibindo a própria atividade do Tribunal de Contas*”. Assim, acompanhou a divergência. Vencido o relator, Ministro Marco Aurélio, o Plenário do STF indeferiu a segurança em sessão de 20/9/2000.

VII – Da suposta ofensa ao instituto do ato jurídico perfeito

54. Dispõe a Carta Magna que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o que nos leva a perquirir se realmente uma decisão condenatória do TCU poderia obrigar o particular ressarcir o erário em vista de superfaturamento por preços excessivos observado no contrato.

55. Ocorre que um contrato eivado por sobrepreço não é um ato jurídico perfeito, assim entendido como aquele já realizado, acabado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, satisfazendo todos os requisitos formais para gerar a plenitude dos seus efeitos.

56. Dentre outras causas elencadas no art. 166 do Código Civil, considera-se nulo o negócio jurídico quando for ilícito o seu objeto; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; tiver por objetivo fraudar lei imperativa; e a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. O objeto do negócio jurídico administrativo é a contratação segundo os preceitos da Lei 8.666/1993. Por isso, o contrato com sobrepreço afigura-se ilícito, na medida em que não se adequa à Lei.

57. Nesse sentido, é oportuno colacionar diversos dispositivos legais que caracterizam como ilícito a contratação pela Administração Pública por preço superior ao de mercado, a começar pela própria lei 8.666/1993, em seu art. 96:

“Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa”.

58. A contratação por preço superior ao de mercado também é tipificada como ato de improbidade administrativa, previstos na Lei 8.429/1992, também aplicável àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta:

“Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

(...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;”

59. O ressarcimento integral do dano e a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio também são medidas previstas pela Lei de Improbidade Administrativa (art. 12, incisos I, II e III).

60. Continuando com tal abordagem, o art. 4º da Lei 4.717/1965, que regula a ação popular, considera nulos os atos ou contratos celebrados por entes públicos, nos quais ocorre a compra de bens por preço “superior ao corrente no mercado”, ou com “desobediência a normas legais” ou “regulamentares” (inciso V, alíneas “a” e “b”). Igualmente, a referida ação pode ser interposta contra o agente privado (art 6º) e a sentença proferida poderá decretar a invalidade do ato impugnado, condenando ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele (art. 11).

61. A nova Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) também prevê a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Entre outros atos lesivos tipificados na referida Lei estão fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

62. Outrossim, a correta aplicação da LAC torna imprescindível a apuração e a quantificação adequada do dano oriundo do ato ilícito, conforme se depreende do art. 6º, §3º, do referido diploma legal:

“A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.”

63. Tal obrigação também se encontra estatuída no parágrafo único do art. 21 da Lei 12.846/2013, dispondo que a condenação judicial torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

64. Diante disso, observo que as disposições da Lei Orgânica do TCU prevendo a condenação do terceiro que contrata com a Administração ao ressarcimento do prejuízo ao erário estão devidamente harmonizados com os princípios da unidade e coerência do ordenamento jurídico.

65. Concluo também que o contrato administrativo com preço superior ao de mercado está eivado de vício e não pode ser tido como um negócio jurídico perfeito. Observo ainda que o sobrepreço não é a única irregularidade observada no Pregão Presencial 10/2006. Conforme de dessume da leitura do voto condutor do Acórdão 2.901/2016-Plenário, tal certame foi maculado por diversas impropriedades, tais como a injustificada escolha do formato presencial em detrimento do eletrônico; a pesquisa deficiente dos preços de mercado para compor o orçamento estimativo da licitação; e a desconsideração de recomendação de parecer jurídico pelo critério de adjudicação por item, em vez da adjudicação por lote.

VIII – Da caracterização do sobrepreço, ainda que observadas as disposições editalícias

66. O fato de a empresa não ter participado da elaboração do edital e do orçamento base da licitação ocorre em todos os casos em apuração no Tribunal, afinal tais atividades são atribuição exclusiva da Administração Pública. Nas hipóteses em que essa situação não é verificada, há ocorrência de ilícito de extrema gravidade, difícil de ser detectado sem meios próprios de investigação policial.

67. Entretanto, isso não é relevante para o deslinde da matéria, uma vez que, como será demonstrado a seguir, cabia à licitante, **sponte propria**, cumprir a regra deduzida do art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, qual seja, ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado, independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis” (grifo acrescido).

68. Ainda que a Administração, por meio de seus agentes, tenha incorrido em erro, ao definir, no Pregão Presencial 10/2006, um orçamento-base superestimado, a conduta da empresa contratada de propor preços acima dos valores de mercado constituiu ato ilícito, na medida em que infringiu o dever jurídico preceituado no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993. Tal comportamento foi concausa relevante do prejuízo causado ao erário, pois sem ele não teria havido o superfaturamento.

69. Ainda que os preços ofertados pelas distribuidoras de medicamentos estivessem em consonância com os limites fixados no orçamento-base do certame, é de se ressaltar que, se por um lado orçamento estimativo da licitação serve de parâmetro para apreciação das propostas da licitação, por outro, torna-se necessário, para que haja atendimento ao critério legal previsto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, ou seja, que os preços praticados na licitação e no referido orçamento reflitam os paradigmas de mercado, caso contrário, caberá a responsabilização solidária da empresa contratada – beneficiária dos valores superestimados - com os agentes públicos que praticaram os atos irregulares.

70. Embora o valor orçado pela administração se situe além dos preços praticados no mercado, o particular poderia ofertar proposta aderente aos valores de mercado. Reiterada jurisprudência desta Corte de Contas, a exemplo do Acórdão 454/2014-Plenário, da lavra do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, e do Acórdão 619/2015-Plenário, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo, tem entendido que *“não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados, elaborados por órgãos públicos contratantes, haja vista incidir, no regime de contratação pública, regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas a aferição de legalidade, legitimidade e economicidade por órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública. Sem embargo, sua responsabilização solidária pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedora de pagamentos por serviços superfaturados, contribui de qualquer forma para o cometimento do dano, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992”*.

71. Os contratos administrativos encontram-se subsumidos ao princípio da legalidade, de maneira que os direitos e obrigações gerados pelo ajuste não podem se sobrepor à norma legal. Assim, diferentemente da esfera do direito privado - em que as relações são regidas pelo princípio da não contradição à lei, podendo o particular fazer tudo o que não lhe é vedado pelo ordenamento jurídico -, as relações estabelecidas pelo Poder Público devem estar, necessariamente, subordinadas ao direito positivado, somente sendo legítimo fazer o que é expressamente previsto na legislação.

72. Ressalto que os comandos da Lei 8.666/1993 se direcionam tanto ao agente público quanto ao privado, que renuncia em alguma medida ao ambiente de liberdade econômica que prevalece nos contratos privados.

73. Esse é o ensinamento que se extrai da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado na relação entre a Administração e o particular:

“Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas” (Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 57).

74. Nesse sentido, recentemente o Supremo Tribunal Federal manteve condenação de ressarcimento ao erário imposta pelo TCU à empresa contratada pela Administração Pública. Tal decisão foi adotada no âmbito do Mandado de Segurança 29.599, impetrado por uma empreiteira com o objetivo de anular ato do Tribunal de Contas da União, o qual condenou a empresa a devolver valores ao erário em razão de superfaturamento de preços.

75. Naquele julgado, a situação era análoga ao caso em apreciação, pois o particular alegava exatamente ter participado de regular processo licitatório, tendo cumprido todas as especificações do

edital, inclusive com relação ao preço dos serviços a serem executados. Assim, a contratada entendia não haver nenhuma ilegalidade em sua conduta e que o TCU não possuía competência constitucional para promover alteração retroativa e unilateral dos preços, modificando cláusulas econômico-financeiras do contrato. Porém, ao contrário do que afirmara a construtora, entendeu o STF que ela não foi condenada a restituir os valores recebidos em razão da execução do contrato, mas a restituição aos cofres públicos da diferença dos valores em que se identificou o sobrepreço na forma calculada pelo TCU.

76. É relevante citar também decisão monocrática do Ministro Luiz Fux no âmbito do MS 30.924, em que o consórcio contratado para executar obra de usina hidrelétrica buscava a anulação do item 9.4 do Acórdão 2.234/2011 do Plenário do TCU, o qual teria determinado a retenção de parte do preço contratado entre o consórcio impetrante e a empresa Furnas Centrais Elétricas S.A. Entre outros pontos, a inicial do **writ** argumentava que o TCU não poderia interferir no conteúdo econômico-financeiro do contrato para impor unilateral e retroativamente os preços teóricos calculados pelos seus técnicos, inclusive com relação a serviços já executados e pagos.

77. O pedido formulado foi denegado pelo relator, que entendeu não haver “dúvidas de que o Tribunal de Contas pode exercer controle de economicidade de atos administrativos, sem que se possa vislumbrar nisso qualquer inconstitucionalidade”. Ademais, foi reconhecido que o Tribunal de Contas pode determinar a retenção de valores contratados em sede cautelar, conforme o inciso IX do art. 71 da Lei Maior.

XIX

78. Finalmente, a Especificarma aduz haver omissões quanto ao critério na dosimetria da multa aplicada.

79. A esse respeito, esclareço que o montante atualizado dos débitos até a data de apreciação do Acórdão 2.901/2016-Plenário resulta em um valor superior a R\$ 34 milhões. Como critério adotado para a gradação das penalidades, fixei para os ex-gestores da Funasa com maior grau de participação nas irregularidades observadas no Pregão Presencial 10/2006, Srs. José Carlos Cativo Gedeão, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho e Wagner de Barros Campos, multa no valor de R\$ 600.000,00, o que equivale a cerca de 1,7% do débito total atualizado, bem como a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública por um período de oito anos. Por sua vez, o Sr. Eduardo Tarcísio Brito Targino recebeu multa de R\$ 400.000,00, (aproximadamente 1,15% do débito atualizado) e a penalidade de inabilitação para cargo em comissão ou função de confiança por cinco anos.

80. As embargantes foram apenadas com multas de aproximadamente 25% do valor atualizado do débito, enfatizando que a penalidade capitulada no art. 57 da LO/TCU pode ser de até 100% do valor corrigido do dano. Assim, a multa aplicada encontra-se perfeitamente enquadrada no limite legal estabelecido.

81. No juízo sobre a dosimetria das penalidades, sopesei a gravidade das falhas atribuída a cada responsável, o benefício auferido pelas irregularidades e a capacidade financeira dos responsáveis. Assim, afigura-se razoável que as empresas contratadas, que foram as principais beneficiadas pelos pagamentos tidos por superfaturados, bem como possuem maior envergadura econômica, arquem com maiores valores de penalidade.



82. Também não se pode olvidar que é particularmente reprovável a magnitude do superfaturamento observado com os preços de alguns medicamentos, que superou 3000% em relação aos valores de mercado.

Ante todo o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 21 de junho de 2017.

BENJAMIN ZYMLER
Relator