TC 023.274/2009-0

Tipo: Tomada de Contas Especial (Recurso de Reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Fundação Nacional de Saúde (Funasa)

Recorrentes: Wagner de Barros Campos (065.525.877-91), Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho (464.092.461-53), Eduardo Tarcísio Brito Targino (297.014.061-68), José Carlos Cativo Gedeão (023.723.202-20), Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (00.085.822/0001-12), Unicom Produtos Hospitalares Ltda. (38.054.979/0001-53), Hospfar Ind. e Com. de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21).

Advogados: Marta de Castro Meireles, OAB/RJ 130.114 (peça 52, p. 36); Joel de Menezes Niebuhr, OAB/SC 12.639 (peça 50, p. 20); Cauê Vecchia Luzia, OAB/SC 20.219 (peça 50, p. 20); Munir Ramos Curi, OAB/RJ 125.923 (peça 176); Antônio Perilo Teixeira, OAB/DF 6.098 (peça 50, p. 12); Lincoln Magalhães da Rocha, AOB/DF 24.089 (peça 50, p. 2).

Sumário: Tomada de Contas Especial. Aquisição de medicamentos destinados a Distritos Sanitários Especiais Indígenas mediante Sistema de Registro de Preços. Irregularidades na licitação. Sobrepreço e superfaturamento. Contas irregulares. Débito. Multa. Inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Pública. Embargos de declaração acolhidos parcialmente para sanar omissão, sem a concessão de efeitos infringentes. Recurso de Reconsideração. Conhecimento. Ausência de prejuízo às partes em face da nova estimativa do débito e, por consequência, de nulidade processual. A escolha do pregão presencial conjugado com a adjudicação por lote de medicamentos caracterizou restrição à competição. Empresas que ofertam propostas com valores acima dos praticados pelo mercado contribuem para o superfaturamento dos serviços, mesmo que o orçamento elaborado pela administração esteja superestimado. A metodologia de apuração do débito foi adequada

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

e, inclusive, conservadora. Inobservância do requisito referente à maioria absoluta exigido pela Lei Orgânica do Tribunal para aplicação da sanção de inabilitação. Inocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Provimento parcial para anular os subitens 9.3 e 9.4 do acórdão do Acórdão 2901/2016-TCU-Plenário.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Wagner de Barros Campos, ex-Diretor do Departamento de Administração da Funasa (peça 213), Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos da Funasa (peça 214), José Carlos Cativo Gedeão, ex-Pregoeiro (peça 217), Eduardo Tarcísio Brito Targino, ex-Assessor Técnico da Coordenação Geral de Recursos Logísticos (CGLOG) e ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Funasa (peça 217), Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (peça 249), Unicom Produtos Hospitalares Ltda. (peça 250), Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. (peça 266) contra o Acórdão 2901/2016-TCU-Plenário (peça 185), o qual apresenta o seguinte teor, destacados os itens impugnados:

> **9.1. com fundamento no art. 16, inciso III, alíneas "b" e "c", da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, dessa lei, julgar irregulares as contas dos Srs. Eduardo Tarcísio Brito Targino (297.014.061-68), José Carlos Cativo Gedeão (023.723.202-20), Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho (464.092.461-53) e Wagner de Barros Campos (065.525.877-91), bem como das empresas Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (00.085.822/0001-12), Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (26.921.908/0001-21) e Unicom Produtos Hospitalares Ltda. (38.054.979/0001-53), e condená-los, em solidariedade, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, com a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea 'a', do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres da Fundação Nacional de Saúde, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas, até a data do recolhimento, na forma prevista na legislação em vigor:**
>
> **9.1.1. responsáveis solidários: Srs. Eduardo Tarcísio Brito Targino, José Carlos Cativo Gedeão, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, Wagner de Barros Campos e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.:**

Tipo	Data de Origem	Valor	
Débito	07/06/2006	R$	297.481,00
Débito	13/06/2006	R$	190.861,30
Débito	19/06/2006	R$	100.430,40
Débito	28/06/2006	R$	26.973,10
Débito	29/06/2006	R$	25.668,00
Débito	11/07/2006	R$	41.483,70
Débito	19/07/2006	R$	18.174,34
Débito	02/08/2006	R$	28.752,00
Débito	07/08/2006	R$	13.738,20
Débito	10/08/2006	R$	6.228,00
Débito	21/08/2006	R$	239.006,40
Débito	05/09/2006	R$	185.743,40

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

Débito	22/09/2006	R$	59.601,85
Débito	27/09/2006	R$	1.572,50
Débito	06/10/2006	R$	102.271,21
Débito	20/10/2006	R$	14.911,00
Débito	26/10/2006	R$	44.343,20
Débito	27/10/2006	R$	5.248,26
Débito	31/10/2006	R$	193.547,40
Débito	08/11/2006	R$	7.685,60
Débito	10/11/2006	R$	26.482,50
Débito	23/11/2006	R$	5.031,00
Débito	05/12/2006	R$	17.530,40
Débito	14/12/2006	R$	120.522,00
Débito	21/12/2006	R$	36.876,98
Débito	28/12/2006	R$	39.984,00
Débito	26/02/2007	R$	312.726,60
Débito	28/02/2007	R$	124.032,00
Débito	14/03/2007	R$	1.440,00
Débito	21/03/2007	R$	60.739,50
Débito	22/03/2007	R$	13.523,44
Débito	03/04/2007	R$	16.223,80
Débito	04/04/2007	R$	18,50
Débito	29/05/2007	R$	120.645,14
Débito	29/06/2007	R$	446.022,00
Débito	24/08/2007	R$	245.565,20
Débito	05/09/2007	R$	37.758,00
Crédito	14/07/2010	(R$	1.036.798,93)

9.1.2. responsáveis solidários: Srs. Eduardo Tarcísio Brito Targino, José Carlos Cativo Gedeão, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, Wagner de Barros Campos e Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.:

Tipo	Data de Origem	Valor	
Débito	15/05/2006	R$	121.637,21
Débito	26/05/2006	R$	772.356,93
Débito	02/06/2006	R$	116.354,80
Débito	13/06/2006	R$	256.983,06
Débito	14/06/2006	R$	281.226,00
Débito	21/06/2006	R$	243.191,70
Débito	29/06/2006	R$	8.299,20
Débito	14/07/2006	R$	159.960,00
Débito	18/07/2006	R$	165.499,90
Débito	20/07/2006	R$	30.198,00
Débito	21/07/2006	R$	164.723,40
Débito	24/07/2006	R$	108.595,50
Débito	27/07/2006	R$	26.482,00

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

Débito	31/07/2006	R$	178.407,20
Débito	01/08/2006	R$	18.690,00
Débito	02/08/2006	R$	28.341,85
Débito	03/08/2006	R$	270,00
Débito	07/08/2006	R$	9.132,00
Débito	09/08/2006	R$	68.287,00
Débito	10/08/2006	R$	78.204,00
Débito	14/08/2006	R$	319.232,48
Débito	15/08/2006	R$	570.796,17
Débito	17/08/2006	R$	353.878,00
Débito	21/08/2006	R$	155.615,00
Débito	25/08/2006	R$	159.492,40
Débito	31/08/2006	R$	358.643,84
Débito	05/09/2006	R$	142.995,98
Débito	11/09/2006	R$	66.092,00
Débito	13/09/2006	R$	51.773,60
Débito	22/09/2006	R$	22.384,40
Débito	10/10/2006	R$	45.926,80
Débito	23/10/2006	R$	1.065.927,70
Débito	25/10/2006	R$	321.899,60
Débito	27/10/2006	R$	91.815,14
Débito	31/10/2006	R$	231.849,30
Débito	10/11/2006	R$	125.195,20
Débito	21/11/2006	R$	28.097,50
Débito	07/12/2006	R$	560.435,48
Débito	11/12/2006	R$	446.990,36
Débito	13/12/2006	R$	872.124,84
Débito	27/12/2006	R$	160.458,94
Débito	24/01/2007	R$	1.677.033,60
Débito	05/02/2007	R$	780.661,70
Débito	06/02/2007	R$	683.075,88
Débito	20/03/2007	R$	988.073,30
Débito	03/05/2007	R$	256.309,43
Débito	16/05/2007	R$	805.279,45
Débito	29/05/2007	R$	618.232,87
Débito	18/07/2007	R$	399.233,26
Débito	07/08/2007	R$	122.494,00
Débito	10/08/2007	R$	104.316,47

9.1.3. responsáveis solidários: Srs. Eduardo Tarcísio Brito Targino, José Carlos Cativo Gedeão, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, Wagner de Barros Campos e Unicom Produtos Hospitalares Ltda.:

Tipo	Data de Origem	Valor	
Débito	15/05/2006	R$	217,00

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

Débito	31/05/2006	R$	149.432,50
Débito	07/06/2006	R$	84.555,60
Débito	12/06/2006	R$	105.766,30
Débito	14/06/2006	R$	191.748,00
Débito	20/06/2006	R$	90.442,80
Débito	23/06/2006	R$	136.218,00
Débito	29/06/2006	R$	63.159,30
Débito	14/07/2006	R$	31.449,75
Débito	25/07/2006	R$	30.368,80
Débito	03/08/2006	R$	92.895,40
Débito	09/08/2006	R$	126.084,60
Débito	11/08/2006	R$	35.486,00
Débito	14/08/2006	R$	37.456,65
Débito	21/08/2006	R$	142.361,90
Débito	18/09/2006	R$	15.492,61
Débito	27/09/2006	R$	22.850,00
Débito	24/10/2006	R$	75.560,39
Débito	31/10/2006	R$	25.706,20
Débito	30/11/2006	R$	25.051,70
Débito	13/02/2007	R$	86.261,30
Débito	03/05/2007	R$	85.119,00
Débito	16/05/2007	R$	67.123,50
Débito	06/07/2007	R$	170.510,25
Débito	08/07/2007	R$	6.300,00
Débito	09/08/2007	R$	16.086,25

9.2. aplicar aos responsáveis abaixo indicados a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, nos valores a seguir discriminados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, sob pena de cobrança judicial do valor atualizado monetariamente, na forma da legislação em vigor, desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento:

Responsável	Valor da Multa
Eduardo Tarcísio Brito Targino	R$ 400.000,00
José Carlos Cativo Gedeão	R$ 600.000,00
Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho	R$ 600.000,00
Wagner de Barros Campos	R$ 600.000,00
Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.	R$ 7.400.000,00
Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.	R$ 1.000.000,00
Unicom Produtos Hospitalares Ltda.	R$ 900.000,00

9.3. inabilitar os Srs. José Carlos Cativo Gedeão (023.723.202-20), Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho (464.092.461-53) e Wagner de Barros Campos (065.525.877-91) para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública por um período de 8 (oito) anos, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

9.4. inabilitar o Sr. Eduardo Tarcísio Brito Targino para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública por um período de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992;

9.5. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida a notificação, nos termos do art. 28, II, da Lei 8.443/1992;

9.6. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentam, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Distrito Federal, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno, para adoção das medidas que entender cabíveis;

9.7. solicitar à Advocacia-Geral da União, por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, nos termos do art. 61 da Lei 8.443/1992;

9.8. dar ciência do presente acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, à Fundação Nacional da Saúde e à 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em função da existência de Ação Civil de Improbidade Administrativa (2009.34.00.027474-6).

HISTÓRICO

2. Tratam os autos, em sua origem, de Tomada de Contas Especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa) para apurar suposto sobrepreço na aquisição de medicamentos no âmbito do Pregão Presencial 10/2006 (edital à peça 34, p. 4-29), com o consequente superfaturamento na execução dos Contratos 27/2006, 28/2006 e 29/2006, bem como irregularidades na condução do processo licitatório.

2.1. O Pregão Presencial 10/2006 teve por objeto o registro de preços de 138 medicamentos, agrupados em 4 lotes, para posterior aquisição e encaminhamento a 19 Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), com a respectiva adjudicação, pelo critério de menor preço global por lote, às seguintes empresas:

Lote	Quantidade	Contratada	Contrato	Valor (R$)
1	33	Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.	27/2006	7.300.000,00
2	29	Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.	28/2006	30.123.748,75
3	32			
4	46	Unicom Produtos Hospitalares Ltda.	29/2006	4.375.000,00

2.2. As principais irregularidades verificadas na licitação foram, em síntese:

2.2.1. Escolha da modalidade pregão **presencial** em detrimento da **eletrônica**, sem justificativa para essa opção, conforme dispõe o § 1º do art. 4º do Decreto 5.450/2005, e adoção do critério de adjudicação por **lote** de medicamentos, ao invés da adjudicação por **item**. O pregão presencial juntamente com a adjudicação por lote teria ocasionado a restrição da competitividade da licitação, sobretudo em relação aos fabricantes de medicamentos, e a consequente inobservância do princípio da seleção da proposta mais vantajosa. Ressalta-se que o Pregão Presencial 10/2006, analisado nos presentes autos, sucedeu o Pregão Eletrônico 04/2006, o qual tinha o mesmo objeto, aquisição de medicamentos destinados a Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI) mediante o uso de Sistema de Registro de Preços. Este certame havia adotado a modalidade de licitação **eletrônica**, bem como o critério de julgamento de menor preço por **item**. Com a suspensão do Pregão Eletrônico 04/2006 e a publicação do Pregão Presencial 10/2006, alterou-se a modalidade, para **presencial**, e o critério de julgamento, para menor preço por **lote**. Além da ausência de justificativa, essa alteração não foi submetida à aprovação da assessoria jurídica da Funasa, conforme preceitua o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993;

2.2.2. Ausência de verificação da compatibilidade dos preços cotados com os praticados pela Administração Pública, conforme disposto no art. 15, inciso V, da Lei 8.666/1993;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

2.2.3. Inexistência de registro, na ata da sessão do Pregão Presencial 10/2006, de todos os lances ofertados em cada rodada de negociação.

2.3. Quanto ao superfaturamento, apurou-se, na fase interna da TCE, os seguintes débitos, a partir do cotejo dos valores registrados na licitação com os parâmetros de mercado do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS), imputados às respectivas empresas contratadas (peça 45, p. 11):

Contratada	Débito (R$)
Hospfar	606.386,50
Especifarma	7.053.724,03
Unicom	977.870,70
Total	8.637.981,23

2.4. Em 14/7/2010, a Hospfar efetuou o recolhimento aos cofres públicos do débito atualizado a ela atribuído, no valor de R$ 1.036.798,93 (peça 45, p. 11).

2.5. No âmbito do TCU, os dirigentes da extinta 4ª Secex divergiram parcialmente do débito estimado na fase interna da TCE, propondo nova metodologia de cálculo, mediante a utilização dos **maiores valores unitários** obtidos entre as seguintes fontes de preços: (a) pesquisa efetuada pela tomadora de contas e pela CGU; (b) **média ponderada** dos preços constantes do BPS; e (c) valores dos medicamentos relativos a dois pregões posteriores realizados pela própria Funasa. Conforme informado na instrução de peça 46, p. 25, a pesquisa no BPS foi qualificada pela incorporação de valores obtidos no Siasg/ComprasNet, incluídas aquisições oriundas de dispensa e inexigibilidade de licitação.

2.6. Com base nessa nova estimativa (peça 38, p. 1), foram expedidos os ofícios citatórios e de audiência (peça 39), bem como apresentadas as respectivas defesas (peças 40-44).

2.7. Examinados os argumentos de defesa, a Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde) propôs ao Tribunal julgar irregulares as contas dos responsáveis, condenando-os ao débito apurado (peça 45, p. 8-53 e peça 46, p. 1-29 e 35-37).

2.8. O Ministério Público de Contas divergiu da proposta da unidade técnica, entendendo ter sido inadequada a metodologia para estimativa do débito, com base nos seguintes argumentos (peça 47, p. 30-39):

2.8.1. Apesar da menção a três fontes distintas de preços, a unidade instrutiva teria utilizado, em essência, uma única fonte, o BPS, visto terem a tomadora de serviços e a CGU pesquisado os valores desse sistema para o ano de 2006.

2.8.2. Esse banco de dados em 2006 não seria um referencial fidedigno de preço de mercado dos medicamentos, visto que: (a) o registro de preços no sistema é realizado de forma voluntária, podendo inclusive ser efetuado por qualquer órgão público, com a consequente possibilidade de erro na inserção das informações; (b) os preços registrados referem-se apenas às aquisições do setor público, sem possibilitar a obtenção do preço de mercado; e (c) sua média é calculada com base nos dezoito meses anteriores.

2.8.3. A utilização da média ponderada dos preços, parâmetro logicamente inferior ao maior preço registrado no sistema, não atenderia ao disposto no art. 210, § 1º, do Regimento Interno do TCU, segundo o qual, na estimativa do débito, deve ser apurada quantia que seguramente não exceda o real valor devido.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

2.8.4. Os valores obtidos nos pregões realizados pela Funasa em 2007 não se prestariam, isoladamente, a caracterizar o sobrepreço, pelo fato de constituírem elementos futuros, aos quais os administradores de 2006 não tinham acesso por ocasião da licitação e da contratação.

2.9. Ademais, o Ministério Público de Contas reputou regular a contratação por lote, a qual não poderia ser apontada como causa para a restrição à competitividade do certame e, consequentemente, do sobrepreço. Segundo o *Parquet* especializado (peça 47, p. 36):

> A aquisição de medicamentos como ocorrida na espécie visou a facilitar a posterior operacionalização dos contratos, o controle dos estoques e dos prazos de validade, a logística de distribuição, a fiscalização geral a ser exercida, em suma, a execução das diversas fases desde a aquisição dos produtos até a sua chegada ao destinatário final, as quais requerem maior uniformidade de tratamento por parte do Poder Público, hipótese essa suficiente, a nosso ver, a respaldar a contratação por lotes com pequenas quantidades de itens em cada um deles.

2.10. Por meio do despacho de peça 113, o Relator *a quo* determinou o retorno dos autos à SecexSaúde para que a unidade técnica refizesse a estimativa do débito, adotando, para tanto, as seguintes orientações:

> 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**.
> (destacou-se)

2.11. O prejuízo foi, então, novamente estimado por meio do cotejo dos preços contratados com os referenciais de mercado obtidos a partir dos maiores valores unitários identificados nas seguintes fontes (peça 128): (a) **Maior valor** dos preços constantes do BPS, com a incorporação de preços registrados no Siasg/Comprasnet, incluídas aquisições realizadas por meio de contratações diretas e convites; e (b) Valores obtidos em dois pregões realizados pela Funasa (Pregão 32/2007 e Pregão 44/2006).

2.12. Com base na nova estimativa, a SecexSaúde propôs, nos pareceres de peças 128 e 129, a condenação dos responsáveis em face dos seguintes débitos (peça 128, p. 6):

Lote	Contratada	Débito anterior pela média ponderada (R$)	Novo débito pelo maior valor unitário (R$)	Diferença (R$)
1	Hospfar	3.387.734,87	3.228.841,92	158.892,95

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

2	Especifarma	5.273.339,09	4.843.426,70	429.912,39
3		11.975.112,45	10.579.747,74	1.395.364,71
4	Unicom	2.276.829,10	1.913.703,80	363.125,30
Total		**22.913.015,51**	**20.565.720,16**	**2.347.295,35**

2.13. O Ministério Público de Contas divergiu novamente da proposta da unidade instrutiva, com base nos mesmos fundamentos apresentados no parecer de peça 47, p. 30-39, reputando ser insuperável a inadequação do BPS para o cálculo do dano ao erário. Recomendou, subsidiariamente, a renovação dos atos citatórios, em face da alteração significativa da metodologia referencial para o cálculo do dano (peça 133).

2.14. Com base nas conclusões do Ministério Público, o Relator *a quo*, Ministro Vital do Rêgo, entendeu que o BPS não poderia ser utilizado como parâmetro válido para quantificação de prejuízo, reputando insubsistente o débito apurado na TCE e, por consequência, as ilicitudes imputadas aos gestores (peça 188).

2.15. O Relator revisor, Ministro Benjamin Zymler, por sua vez, dissentiu da proposta de tornar insubsistente o débito, acompanhando o entendimento da unidade instrutiva, por considerar os valores apurados "devidamente fundamentados e baseados em critérios amplamente favoráveis aos responsáveis" (peça 186, p. 2). Em apertada síntese, apresentou os seguintes fundamentos para demonstrar a adequação do BPS para aferição dos referenciais de mercado:

2.15.1. O fato de o cadastramento de dados ocorrer em caráter voluntário não comprometeria a fidedignidade das informações do sistema, pois a maior parte dos medicamentos conta com elevado número de registros, tornando os valores praticados representativos de mercado (peça 186, p. 5). O sistema também contempla compras privadas, como as aquisições de medicamentos realizadas pelas Santas Casas. Ademais, os registros de aquisições públicas seriam mais conservadores, em face do denominado "efeito Administração Pública", que faz com que os preços das compras efetuadas por órgãos públicos sejam geralmente mais elevados do que os praticados pela iniciativa privada. Nesse sentido, a própria Lei 8.666/1993, no art. 15, inciso V, exige que as referências utilizadas para aquisições públicas sejam baseadas em outras aquisições do setor público (peça 186, p.7).

2.15.2. Quanto à média dos preços, calculada com base nos dezoito meses anteriores, a SecexSaúde solicitou pesquisa específica à equipe do BPS do Ministério da Saúde, relacionada aos itens constantes dos lotes do pregão ora tratado, com valores apurados no ano de 2007, exercício posterior ao da realização do certame. Ademais, a pesquisa realizada no BPS adotou como referência o maior valor dos registros encontrados para cada medicamento, afastando qualquer alegação de defasagem nos preços pesquisados, tendo, ainda, incorporado os preços registrados no Siasg/Comprasnet (peça 186, p. 8);

2.15.3. O critério adotado para a seleção do preço referencial foi o maior valor observado nas seguintes fontes: (a) Pesquisa no BPS, qualificada com preços registrados no Siasg/ComprasNet; e (b) 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 (peça 186, p. 9).

2.16. Quanto às demais irregularidades, verificadas no processo licitatório, o Relator revisor apresentou os seguintes argumentos:

2.16.1. A escolha da modalidade de licitação presencial em detrimento da eletrônica é contraditória às justificativas apresentadas pelos gestores, no sentido de que a "Funasa enfrentava uma crise de abastecimento de medicamentos, e por isso havia urgência em lançar e concluir o Pregão

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

Presencial 10/2006" (peça 186, p. 3). Ademais, a ausência de justificativas plausíveis para essa opção violou o § 1º do art. 4º do Decreto 5.450/2005;

2.16.2. A escolha da adjudicação por lote de medicamento, ao invés da adjudicação por item, restringiu a participação de empresas fabricantes de medicamento, inclusive dos laboratórios públicos, porquanto não conseguiriam cotar preços para todos os itens de determinado lote. Em decorrência, somente empresas distribuidoras apresentaram propostas de preços. Ademais, a adjudicação para empresa que oferta o menor preço global por lote não assegura a observância do princípio da seleção da proposta mais vantajosa, visto que "futuras adesões à ata de registro de preços podem se basear apenas em itens específicos para os quais a licitante detentora dos preços registrados não necessariamente ofertou o menor valor do item em relação aos demais participantes do certame" (peça 186, p. 4).

2.16.3. A pesquisa de preços para fixação do valor da aquisição seria a causa para o sobrepreço verificado no certame, "em função de não ter considerado os preços praticados no âmbito da administração pública (em violação ao art. 15, inciso V, da Lei 8.666/93), mesmo após advertência expressa nesse sentido realizada pela unidade jurídica da Funasa" (peça 186, p. 4).

2.17. Esse foi o entendimento prevalecente, exarado no Acórdão 2901/2016-TCU-Plenário. Contra essa decisão foram opostos embargos declaratórios (peças 206, 209 e 212), acolhidos parcialmente pelo Acórdão 1304/2017-TCU-Plenário (peça 234), apenas para sanar a omissão no subitem 9.1 do Acórdão 2901/2016-Plenário, **sem a concessão de efeitos infringentes**, incorporando o §2º do art. 16 da Lei 8.443/1992 como fundamento legal para a condenação solidária das empresas contratadas.

2.18. Inconformados, os gestores e as empresas contratadas interpuseram recursos de reconsideração, objetos do presente exame.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade, despachos de peças 269 e 305, em que o Relator, Ministro Bruno Dantas, conhece dos recursos, suspendendo os efeitos dos itens 9.1, 9.1.1, 9.1.2, 9.1.3, 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5 do acórdão recorrido.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. O presente recurso tem por objeto examinar:

4.1.1. Se, com a alteração da metodologia para a estimativa do débito, deveria ser oportunizado aos responsáveis o contraditório;

4.1.2. Se houve restrição à competitividade da licitação;

4.1.3. Se as empresas contratadas podem ser responsabilizadas pelo recebimento de pagamentos superfaturados;

4.1.4. Se a metodologia de apuração do débito utilizada pelo TCU foi adequada, de forma a garantir que o valor estimado seguramente não exceda o real valor devido;

4.1.5. Se os pareceres do Ministério Público junto ao TCU vinculam a decisão desta Corte de Contas;

4.1.6. Se o recolhimento do débito, na fase interna da TCE, foi interpretado como confissão de culpa;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

4.1.7. Se a data base utilizada para a atualização monetária e a incidência de juros de mora foi correta;

4.1.8. Se cabe responsabilizar o Diretor do Departamento da Funasa pelo prejuízo apurado nos autos;

4.1.9. Se a elaboração da pesquisa de preços foi a única causa para o dano apurado nos autos;

4.1.10. Se a inexistência de conluio, dolo, má-fé ou improbidade administrativa afasta o dever de ressarcir ou impede a aplicação de multa;

4.1.11. Se há desproporcionalidade entre as condutas dos recorrentes e as sanções aplicadas;

4.1.12. Se foi observado o requisito referente ao quórum de maioria absoluta exigido pela Lei Orgânica do Tribunal para aplicação da sanção de inabilitação;

4.1.13. Se ocorreu a prescrição da pretensão punitiva.

5. Da alegação de nulidade processual em face da violação ao contraditório e à ampla defesa (peça 266, p. 5-7, peça 214, p. 2-9)

5.1. Os recorrentes alegam, em preliminar, nulidade processual em face do cerceamento de defesa, sob o argumento de que teriam sido surpreendidos com a modificação da metodologia de estimativa do débito, com a consequente produção de novas planilhas, peças 118 a 126, sobre as quais não lhes fora oportunizado o direito de se manifestar.

Análise:

5.2. Conforme exposto no histórico desta instrução, os recorrentes foram citados com base no critério de aceitabilidade de preços obtido a partir dos maiores valores unitários das seguintes fontes: (a) pesquisa efetuada pela tomadora de contas e pela CGU; (b) **média ponderada** dos preços constantes do BPS; e (c) valores dos medicamentos relativos a dois pregões realizados pela própria Funasa. A pesquisa no BPS foi qualificada pela incorporação de valores obtidos no Siasg/ComprasNet, incluídas aquisições oriundas de dispensa e inexigibilidade de licitação.

5.3. Após as considerações do Ministério Público de Contas acerca da inadequação da metodologia adotada pela unidade técnica *a quo*, sobretudo no tocante ao uso do BPS como referencial de preços, o Relator determinou o retorno dos autos à SecexSaúde para que a unidade refizesse a estimativa do débito, adotando, para tanto, as orientações consignadas no despacho de peça 113. O fundamento exposto para a alteração metodológica foi "garantir, inequivocamente, que o cálculo do sobrepreço não seja maior do que o real valor devido, a teor do estatuído no inciso II do §1º do art. 210 do RI/TCU" (peça 113, p.1).

5.4. Em cumprimento às orientações do Relator, a unidade instrutiva realizou nova estimativa, adotando, como principal mudança metodológica, o maior valor unitário identificado nas seguintes fontes: (a) **Maior valor** dos preços constantes do BPS, com a incorporação de preços registrados no Siasg/Comprasnet, incluídas aquisições realizadas por meio de contratações diretas e convites; e (b) Valores obtidos em dois pregões realizados pela Funasa (Pregão 32/2007 e Pregão 44/2006).

5.5. Dessa forma, optou-se por adotar como referencial, ao invés da média ponderada, o maior valor de preços do BPS. O conservadorismo dessa metodologia foi inclusive ressaltado no voto condutor do acórdão recorrido, excerto a seguir transcrito (peça 186, p. 9):

> 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

> 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.
> 54. Tal fato, a meu ver, traz **excessivo conservadorismo** para os preços referenciais obtidos, pois o parâmetro referencial eleito pela Instrução Normativa SLTI nº 5/2014 é a média ou o menor preço pesquisado, e não o preço máximo observado. Entretanto, manterei excepcionalmente neste voto o valor máximo observado em cada fonte de pesquisa como parâmetro referencial, de modo a garantir, inequivocamente, que o cálculo do sobrepreço não seja maior do que o real valor devido, a teor do estatuído no inciso II do §1º do art. 210 do RI/TCU.
> (destacou-se)

5.6. Conforme exposto no subitem 2.12 da presente instrução, a nova metodologia trouxe minoração dos débitos estimados, justamente por ter adotado o maior valor encontrado no BPS ao invés da média ponderada dos preços. Não se verificou, portanto, prejuízo às partes e, por consequência, nulidade processual, tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas, expressamente previsto no art. 171 do RI/TCU:

> Art. 171. **Nenhum ato será declarado nulo se do vício não resultar prejuízo para a parte**, para o erário, para a apuração dos fatos pelo Tribunal ou para a deliberação adotada.
> Parágrafo único. Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, o Tribunal não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.
> (destacou-se)

5.7. Ressalta-se, por fim, que a nova metodologia não alterou as demais premissas utilizadas pelo Tribunal para o cálculo do débito, as quais foram oportunamente refutadas pelos responsáveis. Desse modo, não há como acolher a preliminar acerca do cerceamento de defesa, em face da ausência de prejuízo às partes.

6. Da alegação de restrição à competitividade da licitação (peça 249, p. 4-6; peça 266, p. 11 e 65-76; peça 214, p. 36-40)

6.1. Os recorrentes buscam afastar a irregularidade relativa à restrição da competitividade da licitação com base nos seguintes argumentos:

6.1.1. Sete empresas participaram do pregão;

6.1.2. Os 138 medicamentos foram distribuídos em quatro lotes;

6.1.3. O modelo adotado visou a posterior operacionalização dos contratos, o controle dos estoques, a logística de distribuição e a fiscalização;

6.1.4. O pregão foi amplamente divulgado e não houve impugnação relativa à modalidade escolhida;

6.1.5. Grandes laboratórios geralmente não têm interesse em assumir a responsabilidade pela distribuição de medicamentos no território nacional;

6.1.6. A adjudicação por preço global por lote teria sido justificada, em face da necessidade, no caso da adjudicação por itens, de publicação de 138 atas de registro de preços, ao passo que a divisão do objeto por lotes resultou na publicação de apenas 3 atas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

Análise:

6.2. A inocorrência de restrição à competitividade não é demonstrada a partir da situação fática, isto é, do número de participantes da licitação, sete no caso, visto que esse dado não aponta, por si só, a quantidade de possíveis interessados no certame, mas tão somente aqueles que fizeram proposta. Tampouco a ausência de restrição é demonstrada a partir de ilações acerca dos possíveis interesses jurídicos, econômicos e comerciais dos laboratórios de medicamentos. A competitividade deve ser analisada a partir dos critérios fixados pela Administração, sobretudo o modelo de escolha adotado.

6.3. No caso, como bem ressaltado no voto condutor do acórdão recorrido, a **forma eletrônica** seria preferível à presencial em face dos seguintes benefícios: (a) redução dos custos de participação, visto que as licitações presenciais impõe uma série de gastos e dificuldades para licitantes sediadas em outras localidades; (b) aumento do alcance ou abrangência da disputa, haja vista a licitação presencial favorecer a disputa apenas entre licitantes regionais ou locais; (c) celeridade, em razão das significativas economias no prazo de processamento do pregão no formato eletrônico.

6.4. A adjudicação também deveria ser por **item**, visto que a adjudicação por lote de medicamentos exige que a proposta do licitante contemple todos os itens e respectivos quantitativos constantes de cada lote, restringindo a participação daqueles que não conseguem fornecer todos os itens contemplados no conjunto, tal como fabricantes e laboratórios públicos. Ademais, o critério de julgamento de menor preço global por lote, ao não permitir o registro do menor preço por item, possibilita a aquisição de medicamento mais oneroso do que aquele eventualmente registrado no modelo de adjudicação por item.

6.5. Observa-se, do exposto, que a escolha do pregão presencial conjugado com a adjudicação por lote de medicamentos, medidas adotadas inclusive de forma injustificada pela administração, caracterizou restrição à competição, razão pela qual os argumentos apresentados não devem ser aceitos.

7. Da ausência dos pressupostos para responsabilização das contratadas (peça 249, p. 6-7; peça 250, p. 2-3; peça 266, p. 13)

7.1. Os recorrentes sustentam a inexistência de nexo de causalidade entre a conduta das empresas e o dano apurado. Nesse sentido, afirmam que:

7.1.1. Os preços cotados pelas empresas e posteriormente registrados eram inferiores aos valores orçados pela administração;

7.1.2. A responsabilidade pelos procedimentos atinentes à fase interna da licitação, tais como a elaboração do orçamento base, a opção pela modalidade, pelo tipo de licitação e pela forma de adjudicação, seria exclusiva da administração pública, e não dos licitantes.

Análise:

7.2. Não é incomum a irresignação de empresas quando responsabilizadas pelo TCU em face de superfaturamento verificado em contrato celebrado com a administração pública.

7.3. Trata-se, no caso, de responsabilidade extracontratual, dever jurídico sucessivo de reparar um dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Extrai-se dessa noção os seus pressupostos: (a) a ocorrência de um dano; (b) derivado de um fato gerador, fundado na culpa (responsabilidade subjetiva); e, por fim (c) a existência de nexo de causalidade, elemento mediador entre o fato e o dano.

7.4. Outra questão relevante para a caracterização da responsabilidade refere-se ao tipo de relação jurídica em face da qual surge a obrigação sucessiva de indenizar. No caso em exame, trata-se de uma relação de direito público, regida sobretudo por normas do direito administrativo. Conforme

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

bem exposto no voto condutor do Acórdão 27/2018-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, os contratos administrativos, regidos por regime jurídico próprio, diverso dos contratos de direito privado, encontram-se vinculados ao princípio da legalidade, de maneira que os direitos e obrigações gerados pelo ajuste não podem se sobrepor à norma legal (relação jurídica de direito público).

7.5. Nos termos do art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, as propostas ofertadas pelos licitantes devem ser compatíveis com os parâmetros referenciais de mercado. Assim, mesmo que o valor orçado pela administração esteja acima desses parâmetros, deve o particular ofertar proposta aderente ao paradigma de mercado (dever jurídico originário). Quando assim não o faz, pratica ato ilícito, o qual, se causa dano (superfaturamento), faz surgir a consequente obrigação de ressarcir (dever jurídico sucessivo). Verifica-se do exposto, portanto, que o superfaturamento de contrato administrativo enseja a responsabilização do contratado pelos valores indevidamente majorados recebidos.

7.6. Seguindo essa mesma lógica, a Lei Orgânica e o Regimento Interno do TCU dispõem sobre a responsabilidade solidária do contratado recebedor de pagamentos por fornecimento superfaturado. Conforme estabelece o art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992, no caso de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, responderão solidariamente o agente público que praticou o ato irregular e o **terceiro contratante** que, de qualquer modo, haja concorrido para o cometimento do dano apurado:

> Art. 16. As contas serão julgadas:
> (...)
> III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:
> (...)
> c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;
> § 2° Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a **responsabilidade solidária**:
> a) do **agente público** que praticou o ato irregular, e
> b) do **terceiro** que, como **contratante** ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja **concorrido para o cometimento do dano apurado**.

7.7. Em complemento, o art. 209, § 6º, inciso II, do RI/TCU estabelece, como hipótese para concorrência para o cometimento do dano, o recebimento de pagamentos por serviços superfaturados:

> Art. 209. O Tribunal julgará as contas irregulares quando evidenciada qualquer das seguintes ocorrências:
> (...)
> 6º A responsabilidade do terceiro de que trata o inciso II do parágrafo anterior derivará:
> (...)
> II - da irregularidade no recebimento de benefício indevido ou pagamento superfaturado.

7.8. Nesse mesmo sentido apontam os seguintes enunciados da jurisprudência selecionada desta Corte de Contas, Acórdãos 27/2018-Plenário e 1304/2017-Plenário, ambos da relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

> Acórdão 27/2018-Plenário
> As empresas que oferecem propostas com valores acima dos praticados pelo mercado, tirando proveito de orçamentos superestimados elaborados pelos órgãos públicos contratantes, contribuem para o superfaturamento dos serviços, sujeitando-se à responsabilização solidária pelo dano evidenciado.
>
> Acórdão 1304/2017-Plenário
> O fato de a empresa não participar da elaboração do edital e do orçamento base da licitação não a isenta de responsabilidade solidária pelo dano (art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992) na hipótese de recebimento de pagamentos por serviços superfaturados, pois à licitante cabe ofertar preços

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

compatíveis com os praticados pelo mercado (art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993), independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento.

7.9. Em face do exposto, os argumentos do recorrente não merecem prosperar, visto estarem presentes, no caso, os pressupostos da responsabilidade solidária da contratada, nos termos da Lei Orgânica e do Regimento Interno do TCU.

8. Da alegação de inexistência de dano ao erário (peça 249, p. 7-11; peça 250, p. 4-6; peça 266, peça 214, p. 9-14 e 29-36; peça 217, p. 8-18)

8.1. Os recorrentes questionam a adequação da metodologia utilizada pelo TCU para apuração do dano, com base nos seguintes argumentos:

8.1.1. O BPS em 2006 não é um referencial fidedigno dos preços dos medicamentos, pois: (a) a média dos valores é calculada com base nos dezoito meses anteriores, (b) a alimentação do banco é voluntária e (c) os preços registrados dizem respeito apenas a aquisições do setor público;

8.1.2. A sistemática adotada pelo TCU, no sentido de utilizar a média ponderada no banco de dados, não se compatibiliza com o disposto no art. 210, § 1º, inciso II, do RI/TCU;

8.1.3. A pesquisa foi realizada entre 2013 a 2015, período não contemporâneo aos fatos. Ademais, não teriam sido consideradas as variações cambiais ocorridas em 2006 e 2007, período em que houve uma redução do valor da moeda americana;

8.1.4. Há referenciais de preços de mercado que demonstram a inexistência de sobrepreço, tais como a tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) e revistas técnicas especializadas. Ademais, as fornecedoras Unicom e Hospfar buscam demonstrar a adequação dos preços registrados mediante a apresentação, respectivamente, de laudo contábil (peça 250, p. 9-12) e planilhas de preços extraídas do Comprasnet (peça 266, p. 88-95);

8.1.5. O BPS é um parâmetro utilizado para compras de grande vulto e, dadas as disposições editalícias, não havia garantia de ganho de escala, sendo assegurada aos beneficiários do registro apenas a preferência em aquisições futuras;

8.1.6. A forma de pagamento e o prazo de validade dos preços, 12 meses, seriam circunstâncias que distanciariam os preços daqueles praticados no atacado.

8.2. Por fim, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos da Funasa, suscita incidente de uniformização jurisprudência, para consolidar os entendimentos do TCU sobre a questão da estimativa de preços para aquisição de medicamentos.

Análise:

8.3. A questão que se coloca, objeto da irresignação dos recorrentes, refere-se ao juízo de adequabilidade da metodologia utilizada pelo Tribunal para o estabelecimento do preço de mercado e, consequentemente, apuração do débito. Cumpre analisar, portanto, se o critério de aceitabilidade de preços e as respectivas fontes de pesquisa utilizadas foram adequadas, aptas a demonstrar o prejuízo e, sobretudo, garantir que o valor estimado seguramente não exceda o real valor devido, conforme preceitua o art. 210, § 2º, inciso II do Regimento Interno do TCU.

8.4. Em decorrência das orientações expedidas pelo Relator *a quo*, despacho de peça 113, a SecexSaúde adotou, como referenciais de preços, os maiores valores unitários identificados nas seguintes fontes: (a) Maior valor dos preços constantes do BPS, com a incorporação de preços registrados no Siasg/Comprasnet, incluídas aquisições realizadas por meio de contratações diretas e convites; e (b) Valores obtidos em dois pregões realizados pela Funasa (Pregão 32/2007 e Pregão 44/2006).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

8.5. Utilizou-se para o cálculo do sobrepreço, portanto, o método da limitação dos preços unitários, adotando-se, como **critério de aceitabilidade**, o **maior valor** identificado nas fontes de pesquisas. As **fontes** de preços paradigma, por sua vez, foram o BPS, incorporado com preços registrados no Siasg/Comprasnet, e os valores obtidos nos Pregões 32/2007 e 44/2006 realizados pela Funasa.

8.6. Quanto ao **critério de aceitabilidade**, não foi utilizada a **média ponderada** dos valores pesquisados nos sistemas referenciais, como alegado nas razões recursais, mas sim o **maior valor** registrado. De fato, inicialmente a unidade instrutiva havia estimado o débito com base na média dos registros. Contudo, em cumprimento ao despacho de peça 113, foram refeitos os cálculos com base no maior valor obtido das pesquisas de preço. A título de exemplo, para o medicamento Aciclovir (200mg), adotou-se o parâmetro de preço de R$ 0,11 (peça 118, p. 1), mesmo a unidade técnica tendo identificado uma aquisição no valor unitário de R$ 0,05 (peça 121, p. 1), valor este inferior à metade do preço paradigma utilizado.

8.7. Ressalta-se que a majoração do preço paradigma, com a utilização do maior valor encontrado, é a forma mais conservadora de se estimar o débito, em consonância com fundamento apresentado pelo relator no sentido de garantir, inequivocamente, que o cálculo do sobrepreço não seja maior do que o real valor devido (peça 113, p.1).

8.8. No tocante às **fontes** de preço paradigma, foram apresentados, nas razões recursais, os seguintes argumentos para impugnar o débito:

8.8.1. Segundo a **jurisprudência** do TCU, o BPS não seria um parâmetro válido e confiável de aceitabilidade de preços, tal como a tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED);

8.8.2. O BPS apresentaria, em síntese, três **inconsistências**: média dos preços calculada com base nos dezoito meses anteriores, alimentação voluntária do banco e preços referentes apenas a aquisições do setor público;

8.8.3. A pesquisa teria sido realizada em período distinto da data dos pagamentos;

8.8.4. O BPS seria um parâmetro válido para compras de grande vulto, em que haveria **economia de escala**.

8.9. No tocante à **jurisprudência** do TCU acerca do BPS, verificam-se decisões que consideram haver inconsistências no banco de preços, mencionadas pelos recorrentes, bem como decisões que o admitem como referencial de preços de mercado, conforme apontam os seguintes enunciados:

> Acórdão 10531/2018-1ª Câmara (relatoria do Ministro Benjamin Zymler):
> O Banco de Preços em Saúde (BPS) é válido como referencial de preços de mercado na aquisição de medicamentos, diferentemente da tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed), uma vez que os preços da CMED são referenciais máximos que a lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, o que não se confunde com os preços praticados no mercado.
> Acórdão 5708/2017-1ª Câmara (relatoria do Ministro Benjamin Zymler):
> O Banco de Preços em Saúde (BPS) é válido como referencial de preços de mercado na aquisição de medicamentos
>
> Acórdão 247/2017-Plenário (relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues):
> A realização de pesquisa de preços para elaboração de orçamento básico de licitação com respaldo apenas em consulta a empresas privadas não atende o art. 15, inciso V, da Lei 8.666/1993, que estabelece que as compras devem balizar-se também pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, os quais, no caso de medicamentos e correlatos, estão

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

> disponíveis no Banco de Preços em Saúde (BPS), do Ministério da Saúde, entre outros bancos de dados.

8.10. Em face das supostas divergências nos precedentes desta Corte acerca da utilização do BPS para apuração de sobrepreço, faz-se necessário analisar as **inconsistências** apontadas nas decisões que não admitiram o uso do BPS como referencial de preços de mercado, para verificar se elas se aplicam ao caso em exame.

8.11. Em relação ao cálculo da média dos preços, obtido com base nos dezoito meses anteriores (primeira inconsistência), conforme ressaltado no voto revisor, para o débito sob exame, a SecexSaúde solicitou pesquisa específica à equipe do BPS dos itens constantes dos lotes do pregão ora tratado, com valores apurados no ano de 2007, exercício posterior ao da realização do certame (peça 186, p. 8).

8.12. Com relação à forma de alimentação do banco (segunda inconsistência), não foram apresentados argumentos que sustentem a tese de que a natureza voluntária da inserção de dados comprometa a qualidade ou a fidedignidade dos valores registrados. Nesse mesmo sentido posicionou-se o Relator revisor, no excerto a seguir exposto (peça 186, p. 5-6):

> 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 Amoxilina 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 Especifarma, 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.
> (destacou-se)

8.13. No tocante à última inconsistência apontada, registro de aquisições apenas do setor público, conforme informado no voto condutor do acórdão recorrido, as aquisições registradas no BPS abrangem também compras de medicamentos realizadas pelas Santas Casas. Ademais, dadas as peculiaridades relativas às aquisições feitas pela administração, as quais usualmente envolvem um aumento no custo de fornecimento (gasto referentes à participação do certame, maiores prazos para pagamento, riscos inerentes às prerrogativas do poder público etc.), reputa-se preferível a adoção de um critério obtido por preços públicos, mais conservadores quando comparados aos preços de aquisições privadas. Ressalta-se, de forma coerente ao raciocínio ora exposto, que o art. 15, inciso V, Lei 8.666/1993 exige, sempre que possível, que as referências utilizadas para aquisições públicas sejam baseadas em outras aquisições do setor público.

8.14. Afastadas as mencionadas inconsistências, cumpre destacar, ainda, que o BPS não foi a única fonte de preço paradigma utilizada. A ele foram agregados valores do Siasg/Comprasnet, incluídas aquisições realizadas por meio de contratações diretas e convites, e valores obtidos em dois pregões realizados pela Funasa (Pregão 32/2007 e Pregão 44/2006). Essas distinções verificadas evidenciam que os precedentes trazidos pelos recorrentes não devem regular o caso sob julgamento.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

8.15. Com relação ao argumento de que a base de dados da CMED forneceria um parâmetro de preço mais adequado, conforme ressaltado no voto do Acórdão 10531/2018-1ª Câmara, excerto a seguir transcrito, os preços da CMED são **referenciais máximos** que a lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, o que não se confunde com os preços praticados no mercado.

> 9. 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.
> 10. Assim, esta Corte de Contas vem manifestando o entendimento pela validade de se utilizar o BPS como referencial de preços de mercado (v.g. Acórdãos Plenário 2.901/2016 e 1.304/2017, 5.708/2017 – 1ª Câmara), em detrimento da tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed). A razão de tal entendimento é que **os preços da Cmed são referenciais máximos que a lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, o que não se confunde com os preços praticados no mercado**.
> (destacou-se)

8.16. No tocante ao argumento de que o BPS seria um parâmetro válido para compras de grande vulto, hipótese de **economia de escala**, esclarece-se que essa questão foi considerada na metodologia, conforme mostra a seguinte orientação do Relator a quo no despacho de peça 113:

> Determino a restituição dos autos à antiga 4ª Secex, hoje SecexSaude, para que refaça os cálculos do débito a ser imputado nos presentes autos, seguindo as orientações que se seguem:
> (...)
> 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;

8.17. Por fim, os recorrentes apresentam argumento inapto a modificar o acórdão recorrido, referente à forma de pagamento e ao prazo de validade dos preços. Conforme exposto em itens antecedentes desta instrução, os preços referenciais de mercado foram contemporâneos ao período de vigência dos preços registrados no pregão, não havendo decurso razoável de tempo que pudesse ocasionar flutuação nos valores e, por consequência, afetar a estimativa do prejuízo.

8.18. A par do exposto, conclui-se que a metodologia de apuração do débito adotada no caso foi adequada e, inclusive, conservadora, possibilitando uma estimativa que seguramente não excedesse o real valor devido, conforme preceitua o Regimento Interno desta Corte de Contas, razão pela qual o pleito dos recorrentes não merece prosperar.

9. Dos pareceres do Ministério Público junto ao TCU (peça 249, p. 11-13; peça 250, p. 6-9)

9.1. Os recorrentes alegam que Ministério Público junto ao TCU proferiu dois pareceres mediante os quais abordou fragilidades do BPS e reputou insubsistente o débito apurado.

Análise:

9.2. De fato, esse foi o posicionamento do MP/TCU, conforme mencionado no item introdutório do presente exame. Cumpre ressaltar, contudo, a natureza opinativa do parecer do *Parquet* especializado, o qual não vincula a manifestação desta Corte de Contas.

9.3. O entendimento ora exposto é bem explicitado no seguinte enunciado da jurisprudência selecionada do TCU, o qual afasta eventual alegação de contradição entre o juízo do relator e a manifestação do MP/TCU (Acórdão 6.294/2018-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

Eventual divergência entre o juízo do relator, explicitado no voto, e os pareceres constantes do relatório não necessariamente implica a existência de contradição na deliberação. A instrução da unidade técnica e o parecer do Ministério Público junto ao TCU não vinculam o relator, que pode ou não adotar as análises técnicas como razões de decidir.

9.4. Dessa forma, tendo em vista a natureza não vinculante do exame realizado pela unidade instrutiva e pelo Ministério Público junto ao TCU, a alegação dos recorrentes não merece prosperar.

10. Do recolhimento do débito (peça 266, p. 103-111)

10.1. A Hospfar afirma que o recolhimento do débito, ocorrido na fase interna da TCE, não significa confissão de culpa. Assevera que adotou essa medida para evitar a inscrição no Cadin, o que poderia prejudicar a participação em licitações futuras.

Análise:

10.2. O recolhimento do débito não foi utilizado pelo TCU como fundamento para a condenação da recorrente, ou mesmo para a caracterização de confissão de culpa. O débito fundou-se na própria validade da metodologia adotada por esta Corte de Contas para a estimativa do sobrepreço.

10.3. Ressalta-se que, no âmbito normativo, a liquidação tempestiva do débito é, inclusive, um dos requisitos para o julgamento da regularidade com ressalva das contas, previsto no artigo 12 da Lei Orgânica do TCU, Lei 8.443/1993, desde que verificadas outras duas circunstâncias: (a) a inexistência de outra irregularidade nas contas; e (b) o reconhecimento pelo Tribunal da boa-fé do responsável.

10.4. Observa-se, do exposto, que o recolhimento do valor apurado na fase interna da TCE não caracterizou a culpa do recorrente. O argumento apresentado, portanto, não é apto para alterar o acórdão recorrido.

11. Da data base para atualização monetária e incidência de juros de mora (peça 266, p. 115-117)

11.1. A Hospfar alega que o Tribunal utilizou, para o cálculo do valor devido, a data de emissão da nota fiscal de fornecimento, quando o correto seria a data do pagamento.

Análise:

11.2. O argumento apresentado não condiz com os fatos. Conforme demonstram as planilhas de estimativa do débito, peças 118-126, a data de referência utilizada foi a data da ordem bancária, e não a data da nota fiscal. Desse modo, não merece prosperar a alegação do recorrente.

12. Da responsabilidade do ex-Diretor do Departamento de Administração da Funasa (peça 213, p. 6-44)

12.1. Wagner de Barros Campos busca afastar sua responsabilidade pelo prejuízo apurado nos autos com base nos seguintes argumentos:

12.1.1. A conduta do recorrente restringiu-se a dar andamento ao processo, com base em nota técnica e parecer jurídico do Coordenador de Logística, signatário dos documentos na condição de Diretor do Departamento de Administração substituto;

12.1.2. Um dos responsáveis pela emissão de nota técnica, na condição de profissional de medicina, não foi responsabilizado;

12.1.3. Há decisões do TCU que afastam a responsabilidade do gestor que atuou com base em entendimento de parecer jurídico, tais como o Acórdão 1801/2007-Plenário;

12.1.4. Não há nexo de causalidade entre a conduta do recorrente – dar prosseguimento ao processo – e o dano apontado;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

12.1.5. O recorrente não participou da definição do número de lotes nem do certame;

12.1.6. Paulo Roberto Garcia teria sido o responsável direto por todas as irregularidades apontadas;

12.1.7. As competências atribuídas ao recorrente são do Departamento de Administração, e não do seu Diretor;

12.1.8. A revogação do pregão anterior, por si só, não deu causa ao dano;

12.1.9. Declarações de terceiros, emitidas em processos administrativos disciplinares, demonstrariam que, devido a ordem expressa de Paulo Garcia a seus subordinados para que nada fosse informado, o recorrente não teria tomado conhecimento de muitos procedimentos e ações;

12.1.10. O recorrente teria sido induzido por nota técnica a fazer o despacho que revogou o Pregão 06/2006.

Análise:

12.2. O recorrente busca afastar a responsabilidade pelo dano ao erário, bem como justificar as condutas que lhe foram atribuídas argumentando, em síntese, que sua atuação se restringiu a dar prosseguimento ao processo, sempre pautado em pareceres técnicos e jurídicos. Essa tese, contudo, não merece prosperar.

12.3. Consoante exposto no Ofício 1324/2011-TCU/Secex-4 (peça 39, p. 11-16), o recorrente autorizou o cancelamento do Pregão Eletrônico 4/2006, com a consequente elaboração do novo edital, em concordância com o Despacho 440/2006 DEADM, de 10/2/2006, do Coordenador Geral de Recursos Logísticos. A autorização não é um mero ato ordinatório, de expediente, destinado a simples andamento do procedimento. Trata-se de ato provido de conteúdo decisório, em que a autoridade competente, após verificados os pressupostos de validade e conveniência, aprova o procedimento até então adotado e permite o seu prosseguimento. Nesses casos, ao ratificar os pareceres, a autoridade torna-se igualmente responsável.

12.4. Conforme exposto em itens antecedentes desta instrução, a utilização do pregão presencial tipo menor preço global por lote inviabilizou a participação dos laboratórios fabricantes de medicamentos, em detrimento à competitividade da licitação. Observa-se, portanto, a ilicitude da medida adotada.

12.5. Verificou-se, ainda, a violação expressa do art. 38, inciso VI, da Lei 8.666/1993, com a dispensa do encaminhamento dos autos à análise jurídica após as alterações substanciais da forma de aquisição promovidas pelo edital do Pregão 10/2006, fato que demonstrou a inobservância do dever de cuidado por parte do gestor.

12.6. Ao contrário do defendido pelo recorrente, as competências departamentais são exercidas pelo seu titular. Nesse sentido, houve, no caso, omissão quanto às atribuições do Departamento de Administração, relativas às atividades de planejamento, coordenação e supervisão patrimonial, de compras e contratações da Funasa.

12.7. No tocante às declarações de terceiros emitidas em processos administrativos disciplinares, elas não têm força probatória, conforme aponta o seguinte enunciado da jurisprudência selecionada desta Corte de Contas (Acórdão 2.834/2015-2ª Câmara):

> No âmbito do TCU, a declaração de terceiros tem baixo valor probatório, pois faz prova apenas da existência da declaração, mas não do fato declarado, competindo ao interessado demonstrar a veracidade do alegado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

12.8. Verifica-se, portanto, que os argumentos apresentados não são capazes de afastar os fatos e as condutas atribuídas ao recorrente no voto condutor do acórdão recorrido, a seguir transcritas (peça 186, p. 15):

> a) participação ativa na realização de atos administrativos, inclusive com caráter decisório, relacionados ao certame em tela, tais como a assinatura de notas de empenho e a aprovação de manifestações das instâncias inferiores, a exemplo do despacho manuscrito em que concorda com o Despacho 440/2006-DEAM, de 10/2/2006, elaborado pelo então Coordenador-Geral de Recursos Logísticos, Sr. Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho;
>
> b) omissão e deficiência no exercício de atribuições regimentais e estatutárias, que atribuem ao Departamento de Administração as atividades de planejar, coordenar e supervisionar as atividades relativas ao patrimônio, compras e contratações do órgão;
>
> b) não encaminhamento à unidade jurídica da Funasa para pronunciamento sobre a regularidade do Pregão 10/2006 e pela não correção deliberada das falhas indicadas anteriormente pela unidade jurídica quando da análise do Pregão 4/2006;
>
> c) autorização da revogação do Pregão 4/2006 e as alterações do tipo e modalidade de certame que viriam a restringir a competitividade do Pregão 10/2006 de mesmo objeto;
>
> d) ocorrência de sobrepreço, ao anuir com o mapa estimativo de preços que não abrangia pesquisa de preços praticados no âmbito da Administração Pública (mesmo após advertência da unidade jurídica sobre esta falha);
>
> e) manifestação favorável para utilização de parecer de Procuradoria Federal da Funasa referente ao Pregão 4/2006, dispensando o encaminhamento dos autos à análise da unidade jurídica após as alterações substanciais da forma de aquisição promovidas pelo edital do Pregão 10/2006.

13. Da responsabilidade do Pregoeiro e do Presidente da Comissão Permanente de Licitação (peça 217, p. 2-8)

13.1. José Carlos Cativo Gedeão, ex-Pregoeiro, e Eduardo Tarcísio Brito Targino, ex-Assessor Técnico da CGLOG e ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação, buscam afastar a responsabilidade pelo débito alegando ausência do nexo de causalidade, com base nos seguintes argumentos:

13.1.1. A causa do suposto sobrepreço teria sido a pesquisa de preços, e não a adoção da modalidade presencial do pregão divido por lotes;

13.1.2. O pregoeiro se utiliza, como parâmetro, dos preços de referência para aferir a validade das propostas. Caso estes estejam equivocados, induzem-no ao erro, consubstanciando inexigibilidade de conduta diversa;

13.1.3. Não há evidência nos autos que indiquem que os recorrentes tenham participado, ainda que indiretamente, da pesquisa de preços;

13.1.4. A aprovação do mapa de preços é atribuição do Diretor do Departamento de Administração da Funasa, Wagner de Barros Campos;

13.1.5. O pregão foi precedido de pesquisa de preços pelo setor de compras da Funasa junto a sete empresas do mercado de medicamentos;

13.1.6. A Instrução Normativa 05/2014 considera a pesquisa junto a fornecedores, número mínio de três, suficiente, não exigindo pesquisa junto a órgãos da administração pública. Nos termos do inciso V do artigo 15 da Lei 8.666/1993, esta responsabilidade deveria recair sobre o setor responsável pela elaboração da pesquisa de preços e não sobre o pregoeiro e os membros da Comissão de Licitação.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

Análise:

13.2. O superfaturamento não adveio, no caso, de uma única conduta ilícita, como pressupõem os recorrentes. De fato, caso a pesquisa de preços tivesse oferecido um parâmetro correto de mercado, as propostas com sobrepreço haveriam de ser desclassificadas. Contudo, observam-se nos autos outros fatos que igualmente se inseriram na relação de causalidade, concorrendo para o mesmo resultado danoso. É o que se verifica com a restrição à competitividade do certame, pois, caso houvesse ampla concorrência, as propostas, por decorrência lógica, se aproximariam do preço de mercado.

13.3. Convém ressaltar que a adoção do pregão **presencial**, conduta afeta às competências administrativas dos recorrentes, deve ser feita, nos termos do Decreto 5.450/2005, art. 4º, § 1º, de forma **excepcional**, sempre que houver justificativas que demonstrem a inviabilidade da forma eletrônica.

> Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.
> § 1º O **pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente**.

13.4. Não foi o caso dos autos. A adoção do pregão presencial não foi justificada. Ademais, a **adjudicação por lotes**, conforme já exposto, restringiu a participação de empresas fabricantes de medicamentos. Apresentam-se, portanto, dois ilícitos que concorreram para o dano. Nesse sentido, pela clareza dos argumentos, cumpre transcrever o seguinte excerto do voto condutor do acórdão recorrido (peça 186, p. 2-4):

> 17. O primeiro problema que observei no Pregão Presencial 10/2006 foi a escolha da modalidade de licitação **presencial** em detrimento da eletrônica.
> 18. O formato eletrônico do pregão é preferível ao presencial por uma série de fatores, entre os quais o incentivo ao aumento da competitividade do torneio e a dificuldade imposta ao conluio de potenciais licitantes. O aumento de competitividade decorre, dentre outros fatores, da redução dos custos para participação dos certames licitatórios, pois a participação em licitações presenciais impõe uma série de gastos e dificuldades para licitantes sediadas em outras localidades. Tais restrições não existem para empresas sediadas outras unidades federativas quando utilizados os pregões eletrônicos. Assim, o uso do pregão eletrônico visa prestigiar, em particular, o princípio constitucional da isonomia, assim como selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.
> 19. A menor abrangência das licitações presenciais favorece a disputa apenas entre fornecedores regionais ou locais, o que traz um efeito maléfico para a Administração, uma vez que licitantes de outras regiões poderiam apresentar melhor qualidade do produto e menor preço. **O pregão eletrônico, ao contrário, permite uma disputa com maior envergadura e alcance, notadamente em licitações de caráter nacional.**
> 20. Outra desvantagem das licitações presenciais refere-se à **lentidão do certame**. Dependendo do número de itens a serem comprados, a sessão pode demorar bastante. No caso em concreto, foram adquiridos diversos medicamentos distintos, fato que, mesmo agrupando-os em quatro diferentes lotes, desaconselharia o uso de licitação presencial. Também não é menos relevante o tempo necessário para o credenciamento de licitantes nos pregões presenciais, assim como o registro manual dos lances ofertados e a necessidade de lavratura de ata da sessão. Quando adotada a modalidade eletrônica, os procedimentos de credenciamento, elaboração da ata e registro dos lances são automatizados, trazendo significativas economias no prazo de processamento da licitação.
> 21. Exatamente por isso causa-me espécie a opção pelo pregão presencial no caso em concreto, pois tal **escolha aparenta ser contraditória com as justificativas apresentadas pelos gestores para não submeter a minuta do edital previamente à Procuradoria Jurídica da Funasa**. Eles argumentaram que a Funasa enfrentava uma crise de abastecimento de medicamentos, e por isso havia urgência em lançar e concluir o Pregão Presencial 10/2006. Não obstante tal informação

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

> aduzida pelos responsáveis, eles optaram por realizar o procedimento presencial, que é notoriamente mais moroso do que o pregão eletrônico.
> 22. Por todos esses motivos, o TCU vem determinando aos jurisdicionados que só utilizem pregões no formato presencial no caso de inviabilidade de realização do certame no formato eletrônico, a ser justificada pela autoridade competente. Os Acórdãos 1.700/2007-TCU-Plenário e 2.292/2012-TCU-Plenário corroboram essa informação.
> 23. Portanto, os responsáveis pelo Pregão Presencial 10/2006 infringiram o §1º do art. 4º do Decreto nº 5.450/2005, que exige, no âmbito da União, a utilização de pregão preferencialmente na forma eletrônica, nas contratações de bens e serviços comuns, pois **deixaram de apresentar justificativas plausíveis no aludido processo licitatório de que a utilização da forma eletrônica era inviável**. Não há espaço para opção discricionária entre o pregão eletrônico e o presencial, pois inviabilidade não se confunde com inconveniência.
> 24. Não cabe ao administrador público adotar postura contrária a dispositivos literais de Decreto que está em vigor, salvo se, no caso concreto, a adoção de dispositivo legal afrontar claramente o interesse público, situação que demandará termo circunstanciado contendo as justificativas para o afastamento de norma ao caso concreto.
> 25. Outra grave irregularidade que observei no Pregão Presencial 10/2006 foi a escolha da **adjudicação por lote de medicamentos** em vez da opção da adjudicação por item. A meu ver, **tal opção foi uma das principais causas dos sobrepreços observados nas contratações decorrentes desse certame**.
> 26. Consoante o Relatório de Auditoria 189854 da CGU, relativo às contas da Funasa do exercício de 2006, ao distribuir os 138 itens de medicamentos em quatro lotes distintos, sem especificar os critérios de tal alocação, e ao definir que seriam desclassificadas as propostas que não contemplassem todos os itens e seus respectivos quantitativos constantes em cada lote, ocorreu **restrição à participação de empresas fabricantes de medicamentos, inclusive dos laboratórios públicos**, sendo que, em decorrência disso, somente empresas distribuidoras teriam apresentado propostas de preços para o Pregão 10/2006.
> 27. O critério adotado para adjudicação - o menor preço por lote - **afastou da concorrência os fabricantes de medicamentos, porquanto não conseguiriam cotar preços para todos os itens de determinado lote**. Igual situação ocorreria para o caso de haver distribuidor exclusivo para um ou mais itens de um mesmo lote, o que ensejaria o afastamento de outras empresas da disputa do respectivo lote e, consequentemente, a falta de competição para os itens remanescentes. **Ou seja, tal critério de adjudicação causou a oferta de preços mais elevados.**
> 28. Essa irregularidade é agravada pelo fato de se tratar de uma licitação para registro de preços. Nesses casos, a exemplo dos Acórdãos 757/2015-TCU-Plenário, 5.134/2014-TCU-2ª Câmara, 4205/2014-1ª Câmara, a jurisprudência do Tribunal considera que, nas licitações para registro de preços, é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas. A adjudicação por preço global ou lote deve ser vista como medida excepcional que necessita de robusta motivação, por ser incompatível com a aquisição futura por itens.
> 29. A adjudicação do objeto para a empresa que ofertou o menor preço global por lote **não assegura a observância do princípio da seleção da proposta mais vantajosa**, na medida em que as futuras adesões à ata de registro de preços podem se basear apenas em itens específicos para os quais a licitante detentora dos preços registrados não necessariamente ofertou o menor valor do item em relação aos demais participantes do certame.
> (destacou-se)

13.5. Por fim, o Ministro Revisor ressaltou as tentativas de impugnação do certame, como agravante à conduta dos recorrentes:

> 30. Enfatizo também que o Pregão 10/2006 sofreu tentativas de impugnação e, mesmo assim, os responsáveis prosseguiram com o certame, ainda que também alertados pela área jurídica da Funasa. Esse é um dos motivos que me leva a divergir do entendimento do relator quanto à

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

exclusão da responsabilização do ex-pregoeiro José Carlos Cativo Gedeão, conforme abordarei mais adiante neste voto.

13.6. Em face do exposto, não devem ser acolhidos os argumentos apresentados.

14. Da inexistência de conluio, dolo, má-fé ou improbidade administrativa (peça 213, p. 29-44, peça 214, p. 40-48, peça 266, p. 117)

14.1. Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho afirma que não existem indícios de que agiu com dolo ou má-fé. Não teria havido, ainda, conluio entre as empresas. Estariam ausentes, portanto, os pressupostos da responsabilidade subjetiva, dolo ou culpa grave.

14.2. Wagner de Barros Campos afirma que agiu com boa-fé, pautado em pareceres de seus subordinados e de acordo com o princípio da razoabilidade. Sustenta que só haveria ato de improbidade administrativa caso restasse comprovado o dolo. Assevera que não agiu com desonestidade, dissidia, dolo, má-fé ou deslealdade. Alega que não houve enriquecimento ilícito em razão de sua atuação na Funasa.

14.3. Por fim, a Hospfar requer que seja reconhecida a sua boa-fé e, por consequência, não lhe seja aplicada multa, bem como não haja incidência de juros de mora sobre o valor devido.

Análise:

14.4. A demonstração da existência de conluio, dolo, má-fé ou improbidade administrativa não é necessária para condenação em débito perante o TCU ou mesmo para a aplicação da multa prevista na Lei 8.443/1992.

14.5. A noção de responsabilidade assenta-se em torno da expectativa de observância de comportamentos impostos pelas normas jurídicas ou determinados por preceitos éticos vigentes no corpo social. Daí decorrem noções como as de "culpa" e de "boa-fé", que são importantes, mas **não são indispensáveis** para a responsabilização pelo ressarcimento (embora a noção de culpa seja relevante para fins de punição).

14.6. Com efeito, a presença da boa-fé (padrões de lealdade, de confiança, de respeito a legítimas expectativas) não acarreta a desnecessidade de reparar o dano causado. Nesse sentido, é evidente o art. 12 da Lei 8.443/1992, ao estabelecer que, se reconhecida a boa-fé, a reparação do dano – que ainda assim é necessária – apenas eliminará certos gravames: os juros de mora e um possível julgamento pela irregularidade das contas.

14.7. O dever de indenizar também prescinde do elemento culpa, notadamente quando fundado na proibição de enriquecimento sem causa. Nessa hipótese, aliás, é nítida a distinção entre ilicitude e danosidade. Assim, por exemplo, quem recebe vantagem indevida (e por isso causa dano a quem a concedeu) é obrigado a restituir o equivalente, mesmo que não tenha concorrido para o recebimento (logo, não tenha atuado com culpa), salvo hipóteses excepcionais, em que a devolução é dispensada por outras razões, como previsto na Súmula 106 da jurisprudência do TCU.

14.8. Cumpre ressaltar, ainda, que, no TCU, adota-se a acepção objetiva da boa-fé, e não a subjetiva. Em síntese, a boa-fé subjetiva consiste no fato de alguém acreditar que está agindo licitamente, ou seja, na crença de que o comportamento adotado está em conformidade com o Direito. Já a boa-fé objetiva consiste no princípio segundo o qual os comportamentos humanos devem estar em conformidade com o padrão ético de conduta, conceito relacionado às noções de correição, lealdade e honestidade que as pessoas devam empregar nas relações sociais. Trata-se, portanto, do exame do procedimento correto, não se questionando os motivos ou a intenção do agente, tal como na boa-fé subjetiva.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

14.9. O caso em exame versa sobre aquisição de remédios superfaturados, somados a ilícitos praticados no procedimento licitatório que antecedeu as contratações. Não há como, portanto, se reconhecer a boa-fé dos responsáveis. Tampouco estão presentes os requisitos do art. 12 da Lei 8.443/1992 (liquidação tempestiva do débito e inexistência de outras irregularidades), que autorizam afastar os juros de mora e o julgamento pela irregularidade das contas, razão pela qual o pleito dos recorrentes não merece prosperar.

15. Da razoabilidade e da proporcionalidade das sanções aplicadas (peça 214, p. 14-18)

15.1. Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos da Funasa, sustenta que foram desproporcionais os montantes fixados referentes à multa e ao ressarcimento ao erário. Acrescenta que não haveria como responsabilizar solidariamente gestores que não foram beneficiários dos pagamentos superfaturados.

Análise:

15.2. Não se verifica, no caso, desproporcionalidade quanto ao dano e à multa.

15.3. Os responsáveis foram condenados ao pagamento do débito estimado, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora, conforme preceitua o art. 19 da Lei Orgânica do Tribunal.

15.4. O reestabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico desfeito por ocasião do fato danoso é o cerne da responsabilidade civil, sua função precípua. Nesse sentido, na responsabilidade civil, a indenização mede-se pela extensão do dano, em consonância com o princípio da reparação integral, previsto também no art. 944 do Código Civil. Esse princípio traduz o principal objetivo da obrigação de indenizar, qual seja, proporcionar uma compensação àquele sofreu o prejuízo, no caso, a administração pública.

15.5. Trata-se aqui de uma distinção relevante entre o direito penal e o civil. Enquanto o penal é centrado na conduta do autor do ilícito, sendo inclusive a culpabilidade aferida para fins de dosimetria da pena, o civil volta-se para a vítima, buscando ressarcir o dano sofrido. Dessa distinção resulta a diferença de enfoque entre a pena e a reparação: enquanto a pena incide em função própria natureza ilícita do ato, devendo ser, portanto, proporcional à reprobabilidade da conduta do ofensor, a reparação incide em função de seus efeitos danosos, proporcional, portanto, ao prejuízo causado. Desse modo, tendo sido adequada a metodologia de estimativa do dano, não há que se falar em desproporcionalidade do débito imputado aos recorrentes.

15.6. No tocante a multa, estabelece o art. 57 da Lei 8.443/1992 que, sendo o responsável julgado em débito, pode o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano. Verifica-se, portanto, que as multas fixadas no subitem 9.2 do acórdão recorrido encontram-se dentro dos limites legais, adstritas, portanto, à margem discricionária conferida pelo ordenamento jurídico a este Tribunal.

16. Dos requisitos legais para aplicação da sanção de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração pública (peça 214, p. 18-19)

16.1. Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos da Funasa, alega que a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública pelo período de oito anos ocorreu com inobservância do quórum exigido pelo art. 60 da Lei 8.443/1992, maioria absoluta, visto que foram votos vencidos os Ministros Augusto Nardes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo, não tendo proferido voto o Ministro Raimundo Carreiro, que presidia a sessão plenária. Informa que o quórum da decisão foi maioria simples, por quatro votos a três.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

Análise:

16.2. Assiste razão ao recorrente.

16.3. Conforme registrado no Ata 47/2016-Plenário, na sessão ordinária ocorrida em 16/11/2016, estavam presentes os Ministros Raimundo Carreiro (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (1º Revisor), Augusto Nardes, José Múcio Monteiro, Ana Arraes, Bruno Dantas (2º Revisor) e Vital do Rêgo (Relator). Não houve convocação de ministro substituto. No caso, foram voto vencido os Ministros Augusto Nardes, Bruno Dantas (2º Revisor) e Vital do Rêgo (Relator). Considerando-se que o Ministro Raimundo Carreiro, ao presidir a sessão plenária, não proferiu voto, a decisão foi por maioria simples, quatro votos a três.

16.4. Dispõe o art. 60 da Lei 8.443/1992 que:

> Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

16.5. Observa-se, do exposto, a inobservância do requisito referente ao quórum de maioria absoluta exigido pela Lei Orgânica do Tribunal para aplicação da sanção de inabilitação. Verifica-se, portanto, que o pleito do recorrente merece prosperar, com a consequente anulação dos subitens 9.3 e 9.4 do acórdão recorrido.

17. Da prescrição da pretensão punitiva (peça 214, p. 19-27)

17.1. Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos da Funasa, alega a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Para tanto, sustenta a aplicação aos processos desta Corte, por analogia, do prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto 20.910/32 e na Lei 9.873/99.

17.2. Apresenta, como fundamento, julgado do Superior Tribunal de Justiça, Resp 1.480.350-RS (2014/0142962-8), em que se sustenta a inaplicabilidade do art. 37, § 5º da Constituição Federal às condenações em débito do TCU fundamentadas no art. 16, inciso III, alíneas "a" a "c" (omissão no dever de prestar contas; prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; e dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico). Segundo o STJ, nessas hipóteses o TCU decidiria com base em mera presunção de prejuízo ao erário, visto ser do responsável o ônus da prova pela aplicação dos recursos públicos. A imprescritibilidade de que trata o art. 37, § 5º da Constituição Federal somente alcançaria a hipótese prevista no art. 16, inciso III, alínea "d", desfalque ou desvio de recursos públicos.

Análise:

17.3. Não assiste razão ao recorrente.

17.4. Em primeiro lugar, o TCU não decidiu em face da presunção de dano ao erário, isto é, com base na inversão do ônus da prova quanto à demonstração da regular aplicação dos recursos públicos. A decisão desta Corte de Contas fundamentou-se em metodologia de estimativa do prejuízo decorrente de superfaturamento, por meio do método da limitação dos preços unitários, adotando-se, como **critério de aceitabilidade** de preços, o **maior valor** identificado nas seguintes fontes de pesquisas: BPS, incorporado com preços registrados no Siasg/Comprasnet, e os valores obtidos nos Pregões 32/2007 e 44/2006 realizados pela Funasa.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

17.5. Em segundo lugar, no julgado proferido em incidente de uniformização de jurisprudência, TC 030.926/2015-7, o TCU pacificou o entendimento sobre a prescrição da pretensão punitiva. Naquela ocasião, restaram assentadas as seguintes premissas sobre o tema (Acórdão 1.441/2016-Plenário): (a) a pretensão punitiva do TCU subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil, de **dez anos**; (b) a prescrição será contada a partir da data de **ocorrência da irregularidade sancionada**, nos termos do art. 189 do Código Civil; (c) o ato que ordenar a citação, a audiência ou oitiva da parte **interrompe** a prescrição, nos termos do art. 202, inciso I, do Código Civil; (d) a prescrição interrompida recomeça a correr da data em que for ordenada a citação, a audiência ou oitiva da parte, nos termos do art. 202, parágrafo único, parte inicial, do Código Civil; (e) haverá a suspensão da prescrição toda vez que o responsável apresentar elementos adicionais de defesa, ou mesmo quando forem necessárias diligências causadas por conta de algum fato novo trazido pelos jurisdicionados, não suficientemente documentado nas manifestações processuais, sendo que a paralisação da contagem do prazo ocorrerá no período compreendido entre a juntada dos elementos adicionais de defesa ou da peça contendo o fato novo e a análise dos referidos elementos ou da resposta da diligência, nos termos do art. 160, §2º, do Regimento Interno.

17.6. No caso em exame, os recursos foram dispendidos a partir de 2006. Com a citação do recorrente, em 8/8/2011 (peça 40, p. 5), houve a interrupção da prescrição, recomeçando a correr nesta mesma data. Verifica-se, portanto, que, em 29/11/2016, data da publicação do acórdão recorrido, não houve a prescrição da pretensão punitiva, razão pela qual o argumento não merece prosperar.

CONCLUSÃO

18. Das análises anteriores conclui-se que:

a) A nova estimativa do débito não alterou as premissas utilizadas anteriormente pelo Tribunal, não havendo prejuízo às partes e, por consequência, nulidade processual;

b) A escolha do pregão presencial conjugado com a adjudicação por lote de medicamentos, medidas adotadas inclusive de forma injustificada pela administração, caracterizou restrição à competição;

c) As empresas que ofertam propostas com valores acima dos praticados pelo mercado contribuem para o superfaturamento dos serviços, mesmo que o orçamento elaborado pela administração esteja superestimado;

d) A metodologia de apuração do débito adotada no caso foi adequada e, inclusive, conservadora, possibilitando uma estimativa que seguramente não excedesse o real valor devido, conforme preceitua o Regimento Interno desta Corte de Contas;

e) O parecer do Ministério Público junto ao TCU tem natureza opinativa e não vincula a manifestação desta Corte de Contas;

f) O recolhimento do valor apurado na fase interna da TCE não foi considerado para fins de caracterização de culpa do recorrente;

g) A data de referência utilizada para a atualização monetária e a incidência de juros de mora foi a data da ordem bancária, e não a data da nota fiscal;

h) O Diretor do Departamento da Funasa, ao autorizar o cancelamento do Pregão Eletrônico 4/2006 e ter participação ativa na realização de atos administrativos, inclusive com caráter decisório, relacionados ao certame, concorreu para o dano apurado;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.

i) A elaboração da pesquisa de preços não foi a única causa para o dano apurado nos autos, tendo igualmente concorrido para este os atos que acarretaram a restrição à competitividade do certame;

j) A demonstração da existência de conluio, dolo, má-fé ou improbidade administrativa não é necessária para condenação em débito perante o TCU ou mesmo para a aplicação da multa prevista na Lei 8.443/1992;

k) Não houve desproporcionalidade entre as condutas verificadas nos autos e as sanções imputadas;

l) Não houve a observância, no caso, do requisito referente ao quórum de maioria absoluta exigido pela Lei Orgânica do Tribunal para aplicação da sanção de inabilitação;

m) Não houve, no caso, a prescrição da pretensão punitiva.

18.1. Com base nessas conclusões, opina-se pelo **provimento parcial** do recurso de reconsideração interposto por Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, para anular *in totum* os subitens 9.3 e 9.4 do acórdão do Acórdão 2901/2016-TCU-Plenário, tendo em vista que a inobservância, no caso, do requisito referente ao quórum de maioria absoluta exigido pela Lei Orgânica do Tribunal para aplicação da sanção de inabilitação é circunstância de natureza objetiva, nos termos do art. 281 do Regimento Interno do TCU. Opina-se pela **negativa de provimento** dos recursos de reconsideração interpostos por Wagner de Barros Campos, José Carlos Cativo Gedeão, Eduardo Tarcísio Brito Targino, Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., Unicom Produtos Hospitalares Ltda. e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. contra a mencionada decisão.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso I e 33 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer do recurso de reconsideração interposto por Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho e, no mérito, dar provimento parcial, apenas para anular os subitens 9.3 e 9.4 do acórdão do Acórdão 2901/2016-TCU-Plenário;

b) conhecer dos recursos de reconsideração interpostos por Wagner de Barros Campos, José Carlos Cativo Gedeão, Eduardo Tarcísio Brito Targino, Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., Unicom Produtos Hospitalares Ltda., Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. e, no mérito, negar-lhes provimento;

c) dar ciência da deliberação aos recorrentes e à Procuradoria da República no Distrito Federal.

Serur/Assessoria, em 29 de janeiro de 2019.

Thiago Ribeiro Strauss
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 8182-5

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60852838.