

GRUPO II – CLASSE IV – Plenário

TC 023.274/2009-0

Natureza: Tomada de Contas Especial

Entidade: Fundação Nacional de Saúde

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

Advogados constituídos nos autos: Lincoln Magalhães da Rocha (OAB/DF 24.089); Marcus Vinicius Rosas (OAB/RJ 98.028); Walter Costa Porto (OAB/DF 6.098); Joel de Menezes Niebhur (OAB/SC 12.639) e outros.

**SUMÁRIO:** TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS NO ÂMBITO DA FUNASA. IRREGULARIDADES NO PREGÃO DESTINADO A REGISTRO DE PREÇOS, BEM COMO NOS CONTRATOS DELE DECORRENTES. INDÍCIOS DE DANO AOS COFRES DA ENTIDADE. CITAÇÃO. AUDIÊNCIA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARRESTO DOS BENS DOS RESPONSÁVEIS JULGADOS EM DÉBITO.

## **RELATÓRIO**

Adoto, como parte integrante deste relatório, a instrução elaborada no âmbito da extinta 4ª Secex (hoje SecexSaúde), pelo AUFC Marcos Tibúrcio dos Santos Tabosa, vazada nos seguintes termos:

### **“1. INTRODUÇÃO**

*1.1. Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa) em face de irregularidades praticadas pelos servidores relacionados a seguir na condução do Pregão Presencial 10/2006 (processo Funasa 25100.015.641/2005-84), que teve por objeto a aquisição de diversos medicamentos para atender aos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), em todo o território nacional, em quantitativo estimado para doze meses (conforme edital constante às fls. 1461-1473, vol. 8):*

Nome	CPF	Cargo/Função
Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho	464.092.461-53	ex-coordenador geral de recursos logísticos
Eduardo Tarcísio de Brito Targino	297.014.061-68	ex-assessor técnico da CGLOG e ex-presidente da Comissão Permanente de Licitação
José Carlos Cativo Gedeão	023.723.202-20	ex-pregoeiro/Funasa
Wagner de Barros Campos *	065.525.877-91	ex-diretor do Departamento de Administração

\* Incluído na relação de responsáveis após análise realizada neste Tribunal, conforme instrução (fl. 1483-1503, vol. 8) e despacho da unidade técnica deste TCU (fl. 1600-1613, vol. 8)

1.2. Consoante o Relatório de Auditoria 189854 da CGU, relativo às contas da Funasa do exercício de 2006 (fls. 3-26 / 30-42, vol. principal), que originou a tomada de contas especial, a alteração promovida na modalidade e no tipo de licitação implicou na definição de condições que comprometeram o caráter competitivo do certame, ferindo o princípio básico da igualdade, nos termos do art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666, de 21/6/1993; art. 3º, inciso II, da Lei 10.520, de 17/7/2002; e art. 4º do Decreto 3.555, de 8/8/2000.

1.3. O Pregão 10/2006 – cujo objeto foi dividido em quatro lotes – deu origem aos contratos relacionados a seguir:

Lote	Qtde itens	Empresa Vencedora	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			(considerando aditivo de 25%)
4	46	UNICOM Produtos Hospitalares Ltda.	29/2006	4.375.000,00 (considerando aditivo de 25%)

1.4. Registre-se ainda que tramita na 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal o processo 2009.34.00.027474-6, que trata de Ação Civil de Improbidade Administrativa ajuizada pela Procuradoria da República no Distrito Federal, cujo objeto são as mesmas irregularidades de que tratam os presentes autos (cópia em meio magnético anexada no volume 7, fl. 1400, e ficha de tramitação, extraída do site [www.trf1.jus.br](http://www.trf1.jus.br), às fls. 1474-1475, volume 8).

1.5. A mencionada ação visa à defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, tendo por finalidade a aplicação das sanções da Lei 8.429/1992 aos agentes públicos e terceiros arrolados no pólo passivo do processo, em virtude da prática de inúmeras infrações à Constituição Federal e à Lei 8.666/1993. A ação objetiva também a declaração de nulidade do Pregão 10/2006 e dos Contratos 27, 28 e 29/2006 e aditivos, com a devolução dos valores pagos.

## 2. HISTÓRICO

### Fases anteriores ao encaminhamento ao TCU

2.1. Destaca-se que a aquisição dos mesmos medicamentos objeto do Pregão 10/2006 fora objeto de certame anterior (Pregão Eletrônico 4/2006), que foi revogado na forma da Nota Técnica assinada pelo pregoeiro e por agente à época consultor da Secretaria de Vigilância em Saúde

(SVS) (fls. 74 a 82. vol. principal), que entendeu pela necessidade de alterações na forma de aquisição dos medicamentos por meio da abertura de novo certame licitatório (que viria a ser o pregão em análise).

2.2. As alterações da forma de licitação ocorridas no Pregão 10/2006 estão estreitamente relacionadas ao sobrepreço verificado na aquisição realizada, objeto da presente TCE, em especial: **a) alteração do tipo menor preço por item para o tipo menor preço global por lote; e b) alteração da modalidade de licitação de pregão eletrônico para pregão presencial.**

2.3. Quanto à alteração da forma de aquisição promovida pelo Pregão 10/2006, verificou-se que a Funasa optou por distribuir os 138 itens de medicamentos em quatro lotes, sem especificar os critérios de tal alocação, estipulando que seriam desclassificadas as propostas que não contemplassem todos os itens e seus respectivos quantitativos constantes em cada lote, restringindo a participação de empresas fabricantes de medicamentos, inclusive dos laboratórios públicos; em decorrência disso, somente sete empresas distribuidoras apresentaram propostas de preços para o citado certame.

2.4. Além da restrição do caráter competitivo do certame, decorrente das alterações mencionadas, o Relatório de Auditoria 189854 da CGU apontou outras falhas relativas ao Pregão 10/2006, a saber: a) falta de justificativa para aquisição dos itens e quantitativos licitados; b) definição imprecisa do objeto do certame e do valor estimativo da contratação; c) contratação sem efetiva disponibilidade de recursos orçamentários; d) falhas na condução do procedimento licitatório; e e) falhas relativas à apresentação de documentos relativos à classificação das propostas e habilitação das licitantes.

2.5. Ademais, essa alteração na modalidade licitatória não fora submetida à apreciação da Procuradoria Federal da Funasa, em função da manifestação do então coordenador geral de recursos logísticos, na Nota Técnica 45/2006-ASTEC/AUDIT/PRESI (fls. 170-171), no sentido que o encaminhamento dos autos à unidade jurídica não seria necessário.

2.6. A CGU identificou no Relatório de Auditoria 189854 que os preços dos medicamentos adquiridos pela Funasa se apresentavam acima do valor de mercado, a partir da comparação com os maiores valores pagos pela administração, com base nos registros do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS), o que teria resultado em efetivo prejuízo ao erário, motivando a instauração da TCE pela fundação.

2.7. Conforme apurado no processo de tomada de contas especial (Processo Funasa 25100.030.657/2007-89), ocorreu sobrepreço no ato de fixação dos preços médios, em decorrência de os servidores envolvidos terem deixado de dar cumprimento às orientações contidas no Parecer 754/PGF/PF/FUNASA/2005-adz (fls. 59-68), uma vez que não observaram a compatibilidade entre os preços cotados e os praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública e, principalmente, com discrepância dos preços cotados para cada item, haja vista a **orientação expressa** para se abstrair os valores mais elevados quando da fixação dos preços médios (subitens 2.3.6 e 2.3.7 do referido Parecer 754).

2.8. Frise-se que, no âmbito desta TCE, as empresas contratadas para fornecimento dos medicamentos objeto do Pregão 10/2006 estão sendo responsabilizadas solidariamente com os servidores da Funasa envolvidos, nos termos do art. 16, III, § 2º, b, da Lei 8.443, de 16/7/1992, visto que essas empresas foram diretamente beneficiadas pelos preços excessivos praticados.

2.9. O prejuízo calculado na fase interna da TCE se baseou nos dados registrados no Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS), observando os mesmos **produtos adquiridos, as quantidades aproximadas e os preços praticados** por diversos órgãos públicos no exercício de 2006, utilizando parâmetro mais conservador, ou seja, com opção pelos maiores valores registrados no BPS. Sobre a utilização dessa base de dados como parâmetro de preços, a tomadora

das contas informa que se embasou nos Acórdãos TCU 473/2007-Plenário, 95/2007-Plenário e 217/2007-Segunda Câmara.

2.10. Em consonância com o relatório da tomadora das contas (fls. 1331-1335; 1365-1369; 1393-1397, do vol. 7), corroborado pela Auditoria Interna da Funasa (fls. 1398-1399, vol. 7), a CGU concluiu, em seu Relatório de Auditoria 221604/2009 (fls. 1401-1410, vol. 7), que os Senhores Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, José Carlos Cativo Gedeão e Eduardo Tarcísio de Brito Targino encontram-se em débito com a Fazenda Nacional pelo valor histórico total de R\$ 8.637.981,23, solidariamente com as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Especificarma Comercial de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., e Unicom Produtos Hospitalares Ltda.

2.11. O valor histórico do débito imputado pela CGU foi levantado a partir das informações constantes nas tabelas individualizadas para cada empresa vencedora do Pregão 10/2006, elaborada pela tomadora de contas, com base nas notas fiscais e ordens bancárias (fls. 390-392 e 483-490, vol. 2; e fls. 703-707, vol. 4).

2.12. Constatou-se que a Funasa pagou alguns medicamentos com valores **superiores em até 3.200%**, em relação à média de preços praticados no âmbito da administração pública, destacando-se que o critério de comparação utilizado foi os maiores valores registrados no Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS).

2.13. Citam-se como exemplo do sobrepreço levantado os seguintes medicamentos fornecidos pela empresa Especificarma: a) Doxiciclina 100mg-comp (sobrepreço 1.388% sobre o preço médio); b) Fluconazol 105mg-comp (1.316% sobre o preço médio); c) Fluoxetina 20mg-comp (1.466%); e d) Nimesulida 100mg-Comp (3.200%).

2.14. Pela metodologia utilizada pela Funasa e CGU – considerando as despesas identificadas referentes aos contratos firmados – foi calculada a seguinte estimativa de prejuízo ao erário (em valores históricos):

<b>Contrato</b>	<b>Empresa Contratada</b>	<b>Média dos preços*</b>	<b>Valor pago*</b>	<b>% pago a maior</b>	<b>Prejuízo R\$</b>
27/2006	HOSPFAR	895.722,00	1.502.108,50	67,69%	606.386,50
28/2006	ESPECIFARM A	3.447.110,01	10.500.834,04	204,62%	7.053.724,03
29/2006	UNICOM	620.185,30	1.598.056,00	157,67%	977.870,70
<b>TOTAL</b>					<b>8.637.981,23</b>

\* apenas itens consultados na fase interna da TCE

2.15. Atualizado monetariamente o valor do débito (R\$ 8.637.981,23) e acrescido de juros legais e mora, no período de 31/5/2006 a 31/5/2011, na forma da Decisão TCU 1.122/2000-TCU-Plenário, chega-se à importância de R\$ 15.547.881,14 (31/5/2011), conforme demonstrativos de débito (às fls. 1476-1480 do vol. 8).

2.16. Os servidores envolvidos e as empresas Hospfar, Especificarma e Unicom foram notificados para apresentarem defesa em relação aos fatos narrados. No entanto, de acordo com a Nota 101 da Procuradoria Federal da Funasa (fls. 554-556 do anexo 3) e Despacho PGF (fl. 572, anexo 3), as impugnações apresentadas pelos gestores e pelas empresas envolvidas não foram acolhidas no âmbito da fase interna da TCE.

2.17. Com relação à Hospfar, verificou-se que a empresa efetuou o ressarcimento no valor de R\$ 1.036.798,93 (atualização do valor do débito de R\$ 606.386,50), em 14/7/2010, em favor da Funasa, conforme guia de recolhimento constante à fl. 73 do anexo 3.

2.18. Destaca-se que ainda no âmbito da Funasa os fatos e responsabilidades relativos à pesquisa de preços ensejaram a instauração de Processo Administrativo Disciplinar (PAD) 25100.030932/2007-64.

2.19. No relatório do processo administrativo disciplinar (fl. 295-370, vol. 1) não houve conclusão pela existência de conluio entre os servidores e terceiros, entretanto foi entendido pela existência de responsabilidade dos gestores envolvidos nos atos objeto desta TCE, conforme se apresentará quando da análise das alegações de defesa destes gestores.

#### *Fase de instrução da tomada de contas especial no âmbito do TCU*

2.20. No âmbito do TCU a instrução inicial deste processo (fls. 1483-1503, vol. 8) propôs a citação dos agentes e das empresas envolvidos pelos valores anteriormente levantados pela Funasa e CGU, bem como audiência dos gestores da fundação.

2.21. No entanto, no despacho da subunidade técnica deste Tribunal (fl. 1600-1613, vol. 8) foram propostos novos valores para subsidiar a citação em função da utilização de outra metodologia/parâmetros de cálculo para estimativa do custo dos medicamentos adquiridos, e devido à constatação de que o cálculo inicial realizado não considerou todas as notas fiscais pagas às contratadas.

2.22. Assim, o cálculo do débito a ser imputado aos responsáveis foi ajustado em razão de: a) acréscimo de quantitativo de medicamentos comparados; b) inclusão de valores referenciais unitários de medicamentos, não obtidos à época pela CGU e pela tomadora de contas; e c) revisão dos valores unitários utilizados pela tomadora de contas e CGU como base para a imputação de débito.

2.23. O acréscimo de **quantitativo de medicamentos** comparados deveu-se à verificação que não haviam sido consideradas pela tomadora ou pela CGU todas as notas fiscais das aquisições de medicamentos realizadas. Desta forma, por meio de diligência à Funasa, foram solicitadas todas as notas fiscais referenciadas nas ordens bancárias emitidas para as contratadas para fornecimento dos medicamentos objeto do Pregão 10/2006, tendo sido acrescidos esses quantitativos ao levantamento anteriormente elaborado.

2.24. Quanto ao BPS, destaca-se que foi realizada a **inclusão de valores referenciais unitários** de medicamentos, não obtidos à época pela CGU e pela tomadora de contas, em consequência da obtenção de pesquisa junto à equipe do BPS do Ministério da Saúde dos registros de preços dos medicamentos constantes dos lotes do pregão 10/2006, com valores referentes ao ano de 2007 (exercício posterior ao da realização do certame), de modo a corroborar os valores apurados na fase interna da TCE e também afastar a alegação de que não teriam sido considerados possíveis reajustes em virtude de se tratar de registro de preços com vigência de doze meses (na fase interna da TCE foram apurados valores referenciais de 2006, ano da realização do pregão).

2.25. Destaca-se que a pesquisa encaminhada pela equipe do BPS incorporou os preços registrados no Siasg/ComprasNet, segundo funcionalidade desenvolvida por aquela equipe, constando inclusive registros de aquisições derivadas de dispensas de licitação e convite (**prezando-se pelo conservadorismo do cálculo do débito**, visto que esses tipos de licitação costumam registrar preços mais elevados de contratação), o que aumentou a quantidade de registros utilizados para o levantamento e fortaleceu a confiabilidade dos dados registrados na mencionada base.

2.26. *Recebida a pesquisa, tabularam-se, item a item, os preços encontrados de forma a encontrar a média ponderada, conforme planilhas, por item de medicamento, juntadas no vol. 2 do Anexo 4 (Lote 1: fls. 360-410; Lotes 2 e 3: fls. 488-576; e Lote 4: fls. 411-487).*

2.27. *Utilizou-se a média ponderada dos registros de cada item, pois se considerou que esta elimina possíveis distorções relacionadas às faixas das quantidades adquiridas. Destaca-se que na composição da pesquisa utilizada preponderou o registro de aquisições de pequena monta, tendentes a valores maiores, por não se beneficiarem do ganho de escala, **fato que é favorável aos responsáveis em termos do débito imputado**, uma vez que os contratos decorrentes do Pregão 10/2006 se referiam à aquisição de elevados quantitativos de medicamentos (o que propiciaria a obtenção de melhores preços).*

2.28. *Importa destacar ainda que a média ponderada, encontrada a partir dessa última pesquisa efetuada no BPS (qualificada pela adição dos registros do Siasg), confirmou o conservadorismo dos valores unitários apontados pela tomadora de contas e CGU, sem prejuízo de que para um ou outro item tenha havido alguma revisão, segundo o que se apurou do levantamento dos dados.*

2.29. *Outro ajuste realizado foi relativo à **revisão dos valores unitários** utilizados pela tomadora de contas/CGU, visto que – por meio de análise individual dos produtos constantes nas planilhas elaboradas pela tomadora de contas – foi observado que a forma de apresentação ou dosagem (comprimido x ampola x frasco; 100mg ou 500mg; volume) levou a que alguns quantitativos restassem incorretos, fruto dos equívocos relacionados à apresentação-dosagem, o que refletiu no débito apurado em virtude da diferença dos custos unitários desses medicamentos.*

2.30. *Informa-se ainda que, para os casos de dúvida quando a descrição dos medicamentos não correspondia exatamente ao que foi registrado na ata de registro de preços, o valor unitário registrado nas notas fiscais pagas foi suficiente para sanar as dúvidas e identificação do produto para realização do comparativo.*

2.31. *Desta forma, alguns quantitativos dos medicamentos que já compunham o débito apurado pela tomadora de contas/CGU estão sendo ajustados, conforme destacado no despacho da subunidade técnica deste Tribunal (fl. 1.600-1613, vol. 8), a saber: itens 7, 8, 11, 16 e 17 do Lote 1; itens 1, 6, 9, 10, 11, 13 a 18, 20, 22 a 25, 27, 28 e 29 do Lote 2; itens 2, 5, 6, 7, 13, 14, 15, 17, 18, 19 e 25 do Lote 3; e itens 7, 16, 22, 24, 26 e 45 do Lote 4.*

2.32. *Ainda conforme o despacho da subunidade mencionado, observou-se que, comparando-se os preços unitários praticados no Pregão 10/2006 com aqueles do Pregão 32/2007, realizado pela própria Funasa, em 29/10/2007 (no qual constaram 130 itens, fls. 293-312 do Anexo 4, dos quais 87 são coincidentes com os adquiridos no certame em análise), notou-se que:*

a) *Lote 1 (Hospfar): na média, houve sobrepreço de 271,15%, destacando-se, em alguns itens, os valores quase sete vezes maior (item 29) e cinco vezes maior (item 25) – consoante tabela de fls. 1505, vol. 8;*

b) *Lote 2 (Especifarma): na média, houve sobrepreço de 733,44%, destacando-se, em alguns itens, os valores quase trinta vezes maior (item 24), quase vinte vezes maior (item 17), doze vezes maior (item 15) e quase 10 vezes maior (item 27) – consoante tabela de fls. 1515;*

c) *Lote 3 (Especifarma): na média, houve sobrepreço de 597,89%, destacando-se, em alguns itens, os valores quase 24 vezes maior (item 14), nove vezes maior (item 19), e oito vezes maior (itens 5 e 21) – consoante tabela de fls. 1516;*

d) *Lote 4 (Unicom): na média, houve sobrepreço de 655,02%, destacando-se, em alguns itens, valores 38 vezes maior (item 11), quase quatorze vezes maior (item 26), e dez vezes maior (item 46) – consoante tabela de fls. 1544;*

2.33. Considerando os mesmos itens citados no parágrafo antecedente, se comparados com os preços obtidos no Pregão 44/2006 (com 66 itens coincidentes com o certame em análise, ata constante às fls. 355-357, Anexo 4), também realizado pela Funasa (por meio da Superintendência Estadual do Mato Grosso do Sul), em 12/5/2006, observa-se que os percentuais de sobrepreço se apresentam próximos aos constantes nas alíneas acima, conforme se verifica no quadro a seguir:

<b>Lote</b>	<b>Sobrepreço na comparação dos 66 itens coincidentes com o Pregão 44/2006</b>	<b>Sobrepreço na comparação dos 87 itens coincidente com o Pregão 32/2007</b>
1	média de 272,11%	média de 271,15%,
2	média de 577,66%	média de 733,44%,
3	média de 510,93%	média de 597,89%,
4	média de 567,48%	média de 655,02%,

2.34. Diante dos valores tabulados, inobstante a comparação restrita aos pregões realizados pela Funasa fosse medida suficiente para a imputação de débito (conforme procedimento adotado pelo Tribunal em caso semelhante, Acórdão 1156/2008-Plenário), foram adotados os **maiores valores unitários** encontrados dentre as seguintes fontes citadas:

- tomadora de contas/CGU (com os ajustes descritos);
- nova pesquisa no BPS/SIASG;
- valores praticados no Pregão 32/2007 (realizado pela própria Funasa, unidade central);
- valores praticados no Pregão 44/2006 (realizado pela própria Funasa, regional do Mato Grosso do Sul).

2.35. Mesmo considerando que os maiores valores unitários levantados provavelmente sejam significativamente superiores aos valores que poderiam ter sido obtidos em um certame que atendesse aos princípios administrativos aplicáveis, optou-se por essa metodologia para se dar cumprimento – com segurança e prudência – ao que prescreve o inciso II do §1º do art. 210 do RITCU, segundo o qual a estimativa do débito deve ser apurada pela quantia que seguramente não excederia o real valor devido.

2.36. O quadro a seguir demonstra as alterações dos valores obtidos após os ajustes e refinamentos nos critérios e metodologia utilizados para cálculo dos sobrepreços:

<b>Contrato</b>	<b>Responsáveis</b>	<b>Valor histórico do débito levantado pela CGU</b>	<b>Valor histórico do débito calculado pela Secex-4</b>
27/2006	Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. Wagner de Barros Campos Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho José Carlos Cativo Gedeão Eduardo Tarcísio de Brito Targino	R\$ 606.386,50 (fl. 390-392, vol. 2)	R\$ 3.387.734,87 (fl.1509-1512 e 1616-1617, vol. 8)
28/2006	Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. Wagner de Barros Campos Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho José Carlos Cativo Gedeão Eduardo Tarcísio de Brito Targino	R\$ 7.053.724,03 (fl. 483-490, vol. 2)	R\$ 17.415.007,79 (1530-1542, vol. 8)
29/2006	Unicom Produtos Hospitalares Ltda. Wagner de Barros Campos Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho	R\$ 977.870,70 (fl. 703-707, vol. 4)	R\$ 2.120.233,30 (1550-1555, vol. 8)

	José Carlos Cativo Gedeão Eduardo Tarcísio de Brito Targino		
<b>TOTAL</b>		R\$ 8.637.981,23	R\$ 22.922.975,96

2.37. A citação dos responsáveis pelo Contrato 27/2006 foi realizada no valor de R\$ 2.350.935,94, que corresponde ao somatório dos **valores históricos dos débitos apurados em cada ordem bancária paga à contratada (R\$ 3.387.734,87)** subtraído do valor do ressarcimento aos cofres públicos realizado pela empresa Hospfar, em 14/7/2010, no montante de R\$ 1.036.798,93, conforme já informado no item 2.17 desta instrução.

2.38. Apenas para que não restem dúvidas a respeito do cálculo do saldo do débito relativo ao Contrato 27/2006, ainda não ressarcido ao erário, opta-se nesta instrução por se considerar a atualização **até data de 14/7/2010**, na forma adotada por este Tribunal, dos valores dos débitos apurados em cada ordem bancária paga (o que resulta em R\$ 5.771.007,97), subtraindo-se deste montante a quantia ressarcida aos cofres públicos **na mesma data (R\$ 1.036.798,93)**. Assim, obtém-se a diferença a ser ressarcida no **montante de R\$ 4.734.209,04 (atualizado na data 14/7/2010)**.

2.39. Pelo fato de não ter havido qualquer ressarcimento ao erário referente aos demais contratos, se utilizará ao longo desta instrução os valores históricos dos débitos apurados na data de cada ordem bancária paga dos contratos 28/2006 e 29/2006.

2.40. Informa-se ainda que a proposta formulada pelo auditor (constante às fls. 1483-1503, vol. 8) não considerava a realização de citação aos responsáveis pelo contrato 27/2006 em função de o débito calculado pela Funasa e CGU ter sido integralmente recolhido pela citada empresa contratada (conforme consta no item 2.17 desta instrução), entretanto após o novo cálculo do débito, descrito nos parágrafos anteriores, obteve-se um valor devido relacionado ao contrato 27/2006 maior do que aquele que havia sido ressarcido ao erário. Desta forma, procedeu-se à citação dos responsáveis em valor correspondente ao total do débito recalculado subtraído da quantia já ressarcida ao erário.

2.41. Ao final, com a concordância do titular da unidade técnica (fls. 1614-1615, vol. 8), e amparado em delegação de competência do ministro relator, as citações e audiências formuladas pelo auditor foram realizadas com os ajustes sugeridos pelo titular da subunidade técnica.

#### **Quanto à jurisprudência relativa à apuração do débito em análise**

2.42. Observa-se que a jurisprudência deste Tribunal foi utilizada para subsidiar o débito calculado na fase interna desta tomada de contas especial, visto a que tomadora das contas se baseou nos Acórdãos TCU 95/2007-Plenário, 473/2007-Plenário e 217/2007-2ª Câmara, para levantamento do sobrepreço da contratação.

2.43. A partir de pesquisa na jurisprudência deste Tribunal, é possível verificar a preocupação desta Corte em estabelecer critério de aceitabilidade de preços na aquisição de medicamentos, consoante se vê nas deliberações constantes dos Acórdãos 217/2007-2ª Câmara; 640/2007-Plenário; 1210/2007-2ª Câmara; 1437/2007-Plenário; 1457/2009-2ª Câmara; 2682/2009- 2ª Câmara; 65/2010-Plenário, 3491/2010-2ª Câmara, 2576/2011-1ª Câmara.

2.44. Também as alegações dos responsáveis citados e a própria fundamentação da citação realizada fazem referências a algumas das decisões emanadas por este Tribunal. Assim, cabe fazer um breve apanhado de alguns posicionamentos anteriores do TCU relativos a compras de medicamentos no âmbito da administração pública, podendo-se destacar as seguintes decisões:

<b>Dispositivo</b>	<b>Resumo da decisão emanada</b>
<b>Acórdão</b>	Recomendou à Secretaria Executiva do Ministério da Saúde que estudasse a viabilidade de se

<b>95/2007- Plenário</b>	<i>tornar compulsório o registro no Banco de Preços de todas as aquisições de medicamentos com recursos federais pelos estados, Distrito Federal, municípios, autarquias e fundações, mantendo-se a disponibilização irrestrita das informações por aquele Ministério pela internet.</i>
<b>Acórdão 473/2007- Plenário</b>	<i>Recomendou aos hospitais universitários Antônio Pedro, da UFF, e Clementino Fraga Filho, da UFRJ, que avaliasse a compatibilidade do preço, valendo-se para tanto do intercâmbio de informações sobre os preços praticados nas aquisições realizadas por outras instituições de saúde, também sob a ótica do volume contratado.</i>
<b>Acórdão 217/2007- 2ª Câmara</b>	<i>Determinou ao Ministério da Saúde, à Controladoria Geral da União e à Segecex que constituísse um grupo de trabalho para fins de propor critério de aceitabilidade de preços unitários a ser adotado nas aquisições futuras de medicamentos no âmbito do SUS, que considerasse a quantidade adquirida, as limitações de aplicação do critério proposto (de natureza espacial, temporal e outras), sua aplicabilidade às demais esferas de governo e as condições em que poderia não ser adotado pela entidade ou órgão licitante.</i>
<b>Acórdão 1.437/2007- TCU- Plenário.</b>	<i>Tratou da conclusão dos estudos determinados pelo Acórdão 217/2007-2ª Câmara, externando entendimento que era desnecessário criar novo mecanismo, dado que os instrumentos já criados – em especial as Resoluções 2/2003 e 4/2006 da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) – seriam adequados como critério de aceitabilidade de preços. Assim, o Tribunal determinou ao Ministério da Saúde, entre outras medidas, que desse ampla divulgação do teor dos normativos da CMED aos órgãos e entidades federais que fazem aquisições de medicamentos para atendimento da população.</i>
<b>Acórdão 1457/2009- 2ª Câmara</b>	<i>Em um terceiro estágio do TC-010.110/2004-9 (cujas apreciações iniciais foram os Acórdãos 217/2007 e 1210/2007, ambos da 2ª Câmara), tratou de representação da Secex-MT, que ponderava que os normativos da CMED não atendiam plenamente ao que fora determinado pelo Tribunal e ao que exige a Lei 8.666/93 e propôs que fosse adotada a média dos preço registrados no BPS como o referencial de preços para aquisição de medicamentos no âmbito da administração pública. O acórdão decidiu encaminhando os autos à Segecex para que coordenasse debate com a participação da Secex-4 e do Ministério da Saúde (item 9.6 do acórdão em tela) acerca da proposta elaborada pela Secretaria de Controle Externo no estado de Mato Grosso no tocante à necessidade de criação de parâmetros de aceitabilidade de preços de medicamentos em licitações públicas. Realizadas reuniões com os diversos atores relacionados ao tema, a Secex-4 entendeu de propor o parâmetro CMED como critério para aceitabilidade de preços de medicamentos adquiridos com os recursos do SUS (TC-029.043.2010-7).</i>
<b>Acórdão 3491/2010- 2ª Câmara</b>	<i>Reiterou as determinações constantes dos itens 9.1.4 e 9.1.5 do acórdão 1.457/2009 - 2ª Câmara e fixou prazo de sessenta dias para que a Secretaria Executiva do Ministério da Saúde apresentasse plano de ação para seu cumprimento, com prioridade para verificação da adimplência na alimentação de registro de compras no BPS das Secretarias de Saúde de Estados, de capitais estaduais e de municípios com mais de 500 (quinhentos) mil habitantes, dado o volume de aquisições realizadas. Acórdão em tela alertou ainda o Ministério da Saúde para obrigatoriedade de aplicação dos itens 9.1.4 e 9.1.5 do acórdão 1.457/2009 - 2ª Câmara aos entes que aderiram ao Pacto pela Saúde instituído pela Portaria GM/MS 399/2006;</i>
<b>Acórdão 1146/2011- Plenário</b>	<i>Por meio de deliberação o Tribunal sugeriu à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização de Orçamento do Congresso Nacional a inclusão, a utilização nas próximas LDO, do critério de que tratou o Acórdão 1457/2009-2ª Câmara.</i>

2.45. *Sublinhe-se ainda que a Secex-4 realizou levantamento (TC-009.625/2011-9, ainda não apreciado), iniciado em momento contemporâneo ao Acórdão 1146/2011-Plenário, no âmbito do qual se avaliou o processo de aquisição de medicamentos no Ministério de Saúde e em quatro secretarias estaduais de saúde.*

2.46. *No mencionado levantamento observaram-se falhas na atuação da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), principalmente relacionadas à regulação de preços de medicamentos (como por exemplo, significativo sobrepreço do referencial CMED em relação aos preços praticados na administração pública e alta variação de preços de*

medicamentos para um mesmo princípio ativo), o que motivou a realização de auditoria operacional sobre o assunto (Fiscalis 956/2011, atualmente em fase de planejamento).

2.47. Quanto ao Banco de Preços em Saúde (BPS), ressalta-se que é reconhecido pela jurisprudência do Tribunal que este banco teria restrições advindas da sua alimentação não compulsória, do tratamento não estatístico conferido aos seus dados e, portanto, somente poderia ser utilizado se fossem utilizados critérios estritos de comparação, a exemplo de marca do medicamento e região de compra.

2.48. Inobstante isso, a utilização do BPS como referencial para apuração de débito no âmbito de tomada de contas especial já foi aceita diversas vezes por este Tribunal, com se pode perceber nos termos do Acórdão 2106/2005-2ª Câmara (cuja publicação é anterior aos fatos objeto desta TCE).

2.49. Também se verifica que a unidade do Ministério da Saúde responsável pelo BPS tem aprimorado tal base de dados, muito por conta de determinações/recomendações emitidas pelo Tribunal, entre as quais se destacam as constantes dos itens 9.1.4 e 9.1.5 do Acórdão 1457/2009-2ª Câmara, reiteradas por intermédio do Acórdão 3491/2010-2ª Câmara, que reconheceram a obrigatoriedade da utilização de tal banco de preços.

2.50. Conforme já destacado no despacho da subunidade técnica anterior a esta instrução, cumpre informar que a ausência de um critério específico de referencial de preços na aquisição de medicamentos tem levado a que o Tribunal não impute débito em parte de suas decisões, em virtude da ausência de parâmetro confiável para balizar os débitos, derivada de variáveis relacionadas a tempo, modo e lugar das aquisições.

2.51. Para dar cumprimento ao normativo de licitações que tem por norte obter a proposta mais vantajosa para a administração seria necessária a clara definição sobre quais valores poderiam ser adotados para comparações relativas às aquisições de medicamentos, entretanto deve-se observar que o estabelecimento de critério para fixação de preços de medicamentos é dificultado pelo fato de haver variados fabricantes/fornecedores para uma gama de medicamentos que detêm o mesmo princípio ativo.

2.52. Apesar de reconhecer as limitações quanto à falta de definição inequívoca de critério de aceitabilidade de preços – referência para imputação de eventuais débitos relacionados à compra de medicamentos –, não se pode perder de vista o que ficou consignado no sumário da deliberação atinente à TCE apreciada por este Tribunal, Acórdão 95/2007-Plenário, a saber: “1. A análise de superfaturamento deve considerar a realidade fática enfrentada pelo gestor”.

2.53. Especificamente quanto à situação em análise, destaca-se, mais uma vez, que as múltiplas bases de dados utilizadas (levantamento da tomadora de contas/CGU, nova pesquisa no BPS/SIASG, e valores dos itens adquiridos nos pregões da Funasa 32/2007 e 44/2006) conferem grande confiabilidade ao cálculo do débito realizado.

2.54. Também importa frisar que, pela metodologia de cálculo aplicada no âmbito deste Tribunal, obteve-se valor de débito bastante conservador, em função da necessidade de garantir – com elevado nível de segurança – que os valores do sobrepreço imputado não são superiores ao dano de fato ocorrido ao erário.

2.55. Assim, entende-se que todas essas considerações realizadas constituem um importante diferencial para a análise do objeto desta TCE, podendo-se afirmar que os presentes autos contam com um adequado e confiável critério de referencial de preços para fins de imputação de débito, mesmo que à época dos fatos a jurisprudência deste Tribunal não possuísse entendimento pacífico quanto aos referenciais de preços a serem utilizados na aquisição de medicamentos.

2.56. Ademais, verificadas as condições e circunstâncias dos casos concretos, entende-se que a própria jurisprudência do TCU admitiu, em diversas ocasiões, a possibilidade de imputação de débito e cominação de multa a responsáveis por irregularidades nas aquisições de medicamentos, conforme decidiu este Tribunal nos processos de tomada de contas especiais a seguir relacionados:

a) TC-000.543/1999-3: Acórdãos 1367/2005-P; 741/2007-P; 1668/2007-P (embargos de declaração não providos); 282/2010-P (recurso de revisão não provido);

b) TC-005.506/2002-0: Acórdãos 999/2005-P; 1769/2005-P; 1367/2010-P, 1795/2010-P, 2834/2010-P e 3007/2011-P (embargos de declaração não conhecidos);

c) TC-007.352/2004-8: Acórdãos 5958/2009-2ª Câmara; 1011/2010-2ª Câmara;

d) TC-002.342/2005-7: Acórdão 6117/2009-2ª Câmara (retificado, por inexatidão material, pelo Acórdão 1170/2010-2ª Câmara), pendente apreciação de recurso de reconsideração;

e) TC-029.015/2007-9: Acórdão 8055/2010-1ª Câmara e 8889/2011-1ª Câmara;

2.57. Acrescenta-se ainda que no exame técnico que se segue é possível evidenciar que a forma como foi realizado o certame restringiu de forma inequívoca a competitividade do certame, sendo este fato a principal causa para os elevados valores praticados no Pregão 10/2006, corroborando ainda mais a existência do sobrepreço constatada pelos levantamentos realizados.

### 3. EXAME TÉCNICO

3.1. Os gestores e empresas envolvidos no sobrepreço de que trata este processo foram citados e ouvidos em audiência de acordo com as informações da tabela a seguir:

Responsáveis	Ofício de citação/ audiência	Deferimento da prorrogação de prazo solicitada	Documentação apresentada	Conteúdo das defesas	Itens de análise das defesas
Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho	1328/2011 (fls. 1660-1667)	Prorrogação de 30 dias até 24/8/2011	1763-1783, vol. 9	3.8-3.18 3.41-3.47 3.59-3.64 3.87-3.89	3.19-3.40 3.48-3.58 3.65-3.86 3.90-3.120
Eduardo Tarcísio de Brito Targino	1326/2011 (fls. 1646-1652)	Prorrogação de 30 dias até 22/9/2011	1763-1783, vol. 9	3.8-3.18 3.41-3.47 3.59-3.64 3.121-3.124	3.19-3.40 3.48-3.58 3.65-3.86 3.125-3.145
José Carlos Cativo Gedeão	1327/2011 (fls. 1653-1659)	Prorrogação de 30 dias até 29/9/2011	1763-1783, vol. 9	3.8-3.18 3.41-3.47 3.59-3.64 3.146-3.148	3.19-3.40 3.48-3.58 3.65-3.86 3.149-3.171
Wagner de Barros Campos	1324/2011 (fls. 1635-1642)	Prorrogação de 30 dias até 29/9/2011	1692-1716, vol. 9	3.172-3.185	3.186-3.210
Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.	1321/2011 (fls. 1627-1630)	Prorrogação de 30 dias até 21/10/2011	1784-1864, vol. 9	3.211-3.250	3.251-3.287
Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.	1322/2011 (fls. 1631-1634)	Prorrogação de 30 dias até 21/9/2011	1723-1762, vol. 9	3.288-3.306	3.307-3.331
Unicom Produtos Hospitalares Ltda.	1325/2011 (fls. 1643-1645)	Não foi solicitada prorrogação (prazo final 23/8/2011)	Anexo 5	3.332-3.359	3.360-3.384

3.2. Considerando as prorrogações de prazo autorizadas, todos os gestores e empresas apresentaram suas defesas tempestivamente, tendo a Unicom Produtos Hospitalares Ltda. encaminhado posteriormente ao prazo estabelecido documento intitulado “complemento das alegações apresentadas” (fls. 266-278, Anexo 5), que, apesar de intempestivo, foi integralmente considerado na análise realizada na presente instrução.

3.3. A seguir passa-se à apresentação e análise das Alegações de defesa/razões de justificativas apresentadas pelos gestores e empresas envolvidos nas irregularidades objeto deste processo.

*Alegações de defesa/razões de justificativas dos Srs. Paulo Roberto de A. G. Coelho, Eduardo Tarcísio de Brito Targino e José Carlos Cativo Gedeão*

3.4. Com exceção do Sr. Wagner de Barros Campos, os demais gestores citados apresentaram conjuntamente suas defesas (não distinguindo os argumentos referentes às alegações de defesa ou razões de justificativas), por meio de documento constante às fls. 1763-1783, vol. 9.

3.5. Os defendentes ressaltam inicialmente que já expuseram com profundidade e clareza todos os seus argumentos de defesa quando da instauração e instrução do procedimento de apuração dos fatos no âmbito da Funasa, bem como da apresentação das alegações constante às fls. 1057-1081 do presente processo, documentos nos quais negam a existência de qualquer irregularidade relativa à elaboração ou à condução do Pregão 10/2006.

3.6. Os argumentos referentes à resposta à citação e à audiência dos responsáveis são apresentadas em tópicos nos quais se defende a regularidade do certame (regularidade da divisão por lotes, ausência de sobrepreço e existência de pronunciamento da unidade jurídica), sendo estes tópicos comuns à defesa de todos os agentes que apresentaram as alegações em conjunto.

3.7. Constam também tópicos em que se faz a defesa individual de cada agente (Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, Eduardo Tarcísio de Brito Targino e José Carlos Cativo Gedeão), desta forma, para dar clareza às informações prestadas e às respectivas análises, optou-se na presente instrução por estruturá-la na forma das alegações apresentadas, passando primeiramente aos tópicos de defesa que servem a todos os responsáveis mencionados.

### **Quanto à legalidade da licitação julgada por lotes**

3.8. Quanto ao fato de o objeto da licitação ter sido dividido por lotes, e não por itens, os gestores entendem que a doutrina sempre defendeu a possibilidade de realizar julgamento por lote ou por preço global, citando-se como fundamento trechos do livro do autor Hely Lopes Meirelles, dentre os quais se destaca que “A divisibilidade do objeto do julgamento é possível desde que o pedido no edital conste de itens ou subitens distintos, admitindo mais de um vencedor, e a proposta possa ser aceita por partes”.

3.9. Assim, os gestores entendem que, pelo fato de a doutrina afirmar que o julgamento por itens seja possível, poder-se-ia concluir que o julgamento pelo valor global, sendo a opção que resta, também seria possível e, mais do que isso, a regra a ser adotada.

3.10. É citado ainda o autor João Carlos Mariense Escobar, que também se apoia na doutrina do Prof. Hely Lopes Meirelles para disciplinar que “o objeto da licitação é uno e indivisível, constituindo um todo para cada proposta. Esta regra somente poderá ser desconsiderada quando a divisão do objeto for fisicamente possível, e o edital permiti-la expressamente”.

3.11. Também é utilizada nas alegações de defesa a transcrição de publicação da consultoria Zênite, que, apesar de datar de 1996, julga-se cabível trazê-la à presente instrução pelo fato de seu conteúdo sintetizar apropriadamente a jurisprudência de longa data adotada por este Tribunal:

*O ato convocatório (edital) é a lei interna da licitação, devendo nele serem fixadas todas as condições de realização do procedimento licitatório e da contratação. Por esta razão, deve o ato convocatório estabelecer, no caso do objeto da licitação ser dividido em itens, que o julgamento será feito em relação a cada item cotado, separadamente. Aliás, o Tribunal de Contas da União já se pronunciou a respeito, recomendando que, sempre que o objeto da licitação permita, deve o edital admitir a cotação de preços por itens, a fim de propiciar a participação de um maior número de interessados (Decisão nº 243/95, publicada no ILC nº 17 - julho/95, p. 533), Contudo, se, apesar do objeto da licitação ser divisível, o edital for silente em relação ao julgamento por itens, deverá ser considerado o menor preço global, não se permitindo à Administração realizar julgamento cindido, isto é, considerado por itens. Esta proibição dá-se em razão do princípio da vinculação ao ato convocatório enunciado nos arts. 3º e 41, da lei nº 8.666/93. (Informativo de Licitações e Contratos, 446/28/JUN/1996) (grifou-se)*

3.12. Consideram os gestores ouvidos na citação que o Superior Tribunal de Justiça em recurso ordinário em mandado de segurança (ROMS) 6597-MS, 2º Turma, DJU de 10/04/97, entendeu cabível que o julgamento da licitação seja realizado pelo menor valor global, em vez de ser realizado por itens, com transcrição de trecho da defesa que trata do mencionado recurso a seguir:

*Percebe-se que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA permite que o julgamento da licitação seja realizado pelo menor valor global, em vez de ser realizado por itens. O acórdão supracitado diz respeito à compra de variedade heterogênea de bens destinados a equipar entidade hospitalar. Nele, a tese da frustração à competitividade foi afastada em razão da admissão à licitação de empresas consorciadas. (grifou-se)*

3.13. Os gestores argumentam ainda que, em outras oportunidades, a Funasa teria promovido licitações por itens e firmado contratos com várias empresas diferentes, o que teria dificultado em muito a gerência dos diversos contratos, haja vista que os medicamentos precisam ser distribuídos rapidamente em aldeias espalhadas por todo o território nacional, parte delas localizadas em lugares de difícil acesso, o que, além de tudo, dificulta o controle.

3.14. Segundo as alegações prestadas, na forma em que a licitação foi realizada (agrupando vários itens em quatro grandes lotes, todos eles contando com espécie de “cesta básica” de medicamentos), ao destinar medicamentos cotados em apenas um dos lotes licitados a uma comunidade indígena, seria possível fornecer uma variedade heterogênea de medicamentos capaz de suprir a maior parte ou totalidade das suas demandas, o que facilitaria o gerenciamento dos contratos, tornando o abastecimento mais eficiente e célere.

3.15. Os responsáveis alegam ainda que entre os diferentes lotes havia medicamentos semelhantes (que poderiam ser aproveitados no tratamento das mesmas patologias), assim na hipótese de o vencedor de um dos lotes não cumprir as obrigações contratuais, as comunidades indígenas disporiam de medicamentos análogos, constantes dos demais lotes, não havendo solução de continuidade do fornecimento ou prejuízo à saúde pública.

3.16. Uma importante afirmação – que se relaciona com a análise do sobrepreço que se fará mais adiante – está contida no trecho da defesa transcrito a seguir:

*Agregue-se que o edital de licitação não exigiu dos licitantes a apresentação de carta de solidariedade expedida por laboratório. Daí que qualquer interessado poderia oferecer qualquer medicamento independentemente de vínculo com laboratórios. Por exemplo,*

*ainda que a licitante X não costume comercializar medicamento do laboratório Y, ela poderia tê-lo cotado. Ora, o edital permitiu que os licitantes cotassem medicamentos de qualquer laboratório, bastando adquiri-los da mesma forma que o faz uma farmácia que atua no varejo. Com esse permissivo, o licitante X poderia perfeitamente cotar o medicamento do laboratório Y, sem que tivesse que com ele firmar qualquer pré-contrato. Isso salta aos olhos deixou o edital aberto, possibilitando que todas as pessoas que atuem no ramo participassem da licitação, cotando todos os medicamentos exigidos no edital.*

3.17. Os gestores afirmam ainda que todas as licitantes cotaram todos os itens exigidos no edital, ou seja, nenhum licitante ou interessado alegou que não cotou sequer um item por não conseguir adquiri-lo, acrescentando que houve licitantes que, por não atentarem às formalidades e às exigências do edital, foram desclassificadas em função de terem cotado certos itens fora das especificações do edital.

3.18. Acreditam os gestores que o agrupamento de vários itens em quatro lotes não teria sido a causa direta ou decisiva para a desclassificação de qualquer licitante, assim a divisão do objeto do certame em lotes não teria acarretado qualquer prejuízo à competitividade do certame.

#### Análise

3.19. Quanto à divisão por lotes, verifica-se que a argumentação no sentido que se teria preservado a competitividade do certame é comum nas alegações apresentadas por todos os responsáveis incluídos na citação realizada.

3.20. Porém, primeiramente, deve-se considerar, para avaliação da competitividade do certame, que o número de empresas interessadas (apenas sete), representa uma quantidade bastante reduzida em vista do vasto mercado de medicamentos no Brasil e do atrativo valor estimado para a contratação.

3.21. Além disso, observa-se que não houve de fato competição nem sequer entre as empresas licitantes, em vista das conclusões que podem ser obtidas do quadro a seguir – elaborado a partir das informações da ata do Pregão 10/2006 (fls. 89-93, vol. principal) –, no qual se apresenta em tachado as propostas que foram desclassificadas e ao lado de cada proposta a posição de classificação em termos de valor que ocupariam se todas tivessem sido classificadas (suprimidos os centésimos de real):

Empresa	Proposta Lote 1		Propostas Lote 2		Propostas Lote 3		Propostas Lote 4	
	Valor	Clas s.	Valor	Clas s.	Valor	Clas s.	Valor	Cl ass .
Arcanjo Representação Comercial de Material Cirúrgico Ltda.	8.411.070	5ª	7.016.320	5ª	14.257.090	4ª	3.172.110	5ª
Hospfar Indústria e Comercio de Produtos Hospitalares Ltda.	7.668.620	4ª	4.227.216	4ª	15.977.776	5ª	1.459.192	3ª
Milênio Distribuidora de Produtos Hospitalares Farmacêuticos Ltda.	3.649.280	1ª	3.781.323	2ª	5.209.092	1ª	1.354.908	2ª
Unicom Produtos Hospitalares Ltda.	16.184.760	6ª	8.947.576	7ª	17.291.870	7ª	3.670.200	6ª
Especifarma Comércio de	-	-	8.398.507	6ª	16.844.902	6ª	-	-

<i>Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.</i>								
<i>Comercial Cirúrgica Rioclarese Ltda.</i>	4.393.900	2 <sup>a</sup>	3.830.427	3 <sup>a</sup>	9.057.594	3 <sup>a</sup>	2.012.680	4 <sup>a</sup>
<i>Prodiel Farmacêutica Ltda.</i>	4.988.880	3 <sup>a</sup>	3.541.877	1 <sup>a</sup>	6.481.117	2 <sup>a</sup>	1.341.352	1 <sup>a</sup>

<i>Proposta mais baixa apresentada</i>	<b>3.649.280</b>	<b>3.541.877</b>	<b>5.209.092</b>	<b>1.341.352</b>
<i>Diferença entre a proposta vencedora e a proposta mais baixa apresentada</i>	<b>4.019.340</b>	<b>4.856.630</b>	<b>11.635.810</b>	<b>2.328.848</b>

3.22. Pelo quadro apresentado, verifica-se que **apenas as propostas vencedoras foram as consideradas classificadas para cada lote**; as desclassificações das demais propostas foram motivadas pela não apresentação da comprovação documental da regularidade da empresa ou dos produtos ofertados (para alguns poucos casos verificaram-se ainda impropriedades relativas à dosagem ou à forma de apresentação do medicamento exigida no edital).

3.23. Destaca-se que a maioria das propostas desclassificadas apresentava valores bem abaixo das que se sagraram vencedoras. Apenas a partir dessa evidência já se poderia afirmar que a divisão do certame por lotes impediu a competição e a economicidade da contratação.

3.24. Indo além, pode-se destacar que apenas um ou dois dos itens constantes em cada lote já eliminaria da disputa todas as demais empresas licitantes, com exceção das empresas que foram declaradas vencedoras, a saber:

<b>LOTE 1</b>	<i>Dentre as seis licitantes, apenas a Hospfar estaria apta a fornecer, dentro das exigências do edital, o medicamento referente ao <b>item 24</b> (56.000 tubos de Colagenase Pomada 30g).</i>
<b>LOTE 2</b>	<i>Dentre as sete licitantes, cinco não estariam aptas a fornecer o medicamento referente ao <b>item 31</b> (70.000 frascos de Hidróxido de Ferro Polimaltosado 50mg/1ml gotas). Verifica-se ainda que apenas o <b>item 4</b> (80.000 unidades de Diazepam 5mg comprimidos) também desclassificaria cinco licitantes do lote.</i>
<b>LOTE 3</b>	<i>Dentre as sete licitantes, quatro não estariam aptas a fornecer o medicamento referente ao <b>item 10</b> (160.000 tubos de Metronidazol 250mg + Nistatina 100.000 UI cr vaginal 40gr).</i>
<b>LOTE 4</b>	<i>Dentre as seis licitantes, três não estariam aptas a fornecer o <b>item 3</b> (17.000 unidades de água boricada 2% 100ml frasco), também apenas o <b>item 29</b> (12.000 unidades de Pen. Benzatina 2400.000UI FA) ou o apenas <b>item 44</b> (15.000 unidades de Sol. de glicose 5% 500ml) já teriam desclassificado três das licitantes do certame.</i>

Obs.: a relação de itens que desclassificaram as propostas foi obtida a partir da ata do Pregão 10/2006 (fls. 89-93, vol. principal) e a descrição de cada item consta da ata de registro de preços 1/2006 (fls. 104-114, vol. principal)

3.25. No caso em tela, não só se pode afirmar que a divisão por lote restringiu a competitividade do certame (em função do limitado número de empresas que participaram da licitação), mas concluir com segurança que a forma pela qual foi realizado o certame **eliminou também qualquer possibilidade de concorrência mesmo entre as licitantes participantes** (dado que apenas uma empresa em cada lote poderia fornecer os itens na forma exigida pelo certame).

3.26. Em decorrência da situação relatada, destaca-se que a Unicom (que em todos os quatro lotes apresentou o preço mais alto dentre todas as licitantes) e a Especificarma, que nos dois lotes em que participou apresentou o segundo preço mais alto (abaixo apenas da Unicom), foram declaradas vencedoras de três dos quatro lotes licitados. Os contratos firmados com ambas as empresas vencedoras mencionadas foram ainda aditivados em 25% de seus valores iniciais, conforme termo 11/2007 (fl. 177-178, vol. 1) e 12/2007.

3.27. Ressalta-se que após o término do certame, em negociação com o pregoeiro, obteve-se desconto sobre os valores das propostas vencedoras, a saber (suprimidos os centésimos de reais):

<b>Lote</b>	<b>Empresa vencedora</b>	<b>Valor estimado pela administração</b>	<b>Valor da proposta apresentada pela vencedora</b>	<b>Valor final após negociação</b>
1	<b>Hospfar Indústria e Comercio de Produtos Hospitalares Ltda.</b>	15.882.572	7.668.620	7.300.000
2	<b>Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.</b>	9.066.908	8.398.507	8.100.000
3	<b>Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.</b>	18.187.108	16.844.902	15.999.000
4	<b>Unicom Produtos Hospitalares Ltda.</b>	3.677.603	3.670.200	3.500.000
	<b>TOTAL</b>	<b>46.814.192</b>	<b>36.582.229</b>	<b>34.899.000</b>

3.28. Mesmo considerando os descontos, observa-se que a classificação das propostas apresentadas no quadro do item 3.21 desta instrução (que considera todas as propostas apresentadas) não se alteraria, permanecendo os valores praticados pelas vencedoras dentre as piores propostas apresentadas pelas sete empresas licitantes.

3.29. Além da restrição à competitividade do certame, entende-se que os elevados preços apresentados pelas propostas vencedoras do certame se originam também da própria pesquisa de preços para fixação do valor da aquisição ter sido sobrestimada, em função de não ter considerado os preços praticados no âmbito da administração pública (em violação ao art. 15, V de Lei 8.666/93), mesmo após advertência expressa neste sentido realizada pela unidade jurídica da Funasa (conforme itens 3.74-3.76 mais adiante).

3.30. Deve-se observar que a jurisprudência deste TCU é pacífica no sentido que a divisão por item é regra para licitações, só podendo ser excepcionada em situações específicas e restritas, conforme a Súmula 247 (Sessão de 10/11/2004, DOU de 23/11/2004), transcrita a seguir:

**É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (grifou-se)**

3.31. Assim, entende-se que a jurisprudência do TCU é clara ao expressar que a regra é a divisão por itens, não só podendo, mas devendo ser excepcionada quando a divisão do objeto for inviável ou confronte-se com os princípios aplicáveis às licitações públicas (hipótese que não se enquadra à situação em análise).

3.32. Apesar de o trecho da publicação apresentada pelos gestores, transcrito no item 3.11 desta instrução, tratar de hipótese em que o edital é silente quanto a forma de adjudicação do certame (situação esta não configurada no Pregão 10/2006), verifica-se no trecho destacado em negrito transcrito no mencionado item que os próprios gestores não desconhecem a jurisprudência pacífica deste Tribunal.

3.33. Entende-se que as alegações dos responsáveis, ao trazerem doutrina em que se disciplina que a licitação somente poderá ser desconsiderada quando a divisão do objeto for fisicamente possível – **porém sem apresentar o motivo pelo qual esta divisão não seria possível no**

*caso em análise* –, entram em sintonia com o entendimento da presente instrução, ou seja, sendo o objeto perfeitamente divisível a forma de licitação a ser **obrigatoriamente** utilizada seria a divisão por itens.

3.34. Do exposto, não restam dúvidas de que a regra para objetos divisíveis é a licitação por itens, destacando-se que a tese sustentada pelos gestores no sentido que a opção pela divisão por lotes seja a regra, ao utilizar-se do termo “opção”, sugere que se está partindo da premissa que se trata de ato discricionário do agente público decidir sobre a forma de divisão do certame, em oposição ao que dispõe o artigo 23, §1º, da Lei 8.666/1993, que impõe a utilização da divisão por itens sempre que o objeto o permitir:

*As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala. (grifou-se)*

3.35. Cumpre sublinhar que a exigência da divisão por itens não é uma simples questão formal e burocrática, mas sim, derivada da necessidade de se garantir a ampla competitividade e a isonomia dos participantes do certame, premissas pelas quais se pretende atingir o objetivo final da licitação que é obter as melhores condições de compra possíveis à administração, ou seja, a melhor aplicação dos recursos públicos nas despesas a que se destinam.

3.36. Quanto ao recurso ordinário em mandado de segurança, 6597-MS, 2º Turma, que data do ano de 1997, citado pela defesa dos responsáveis (item 3.12 desta instrução), observa-se que sua decisão versa sobre situação em que “a tese da frustração à competitividade foi afastada em razão da admissão à licitação de empresas consorciadas”. Deste modo, não restou claro em que ponto a admissão à licitação de empresas consorciadas (para refutar a frustração da competitividade, objeto da decisão judicial) se relaciona ao caso em análise, aparentando que os responsáveis pretenderam exorbitar de maneira inapropriada a interpretação da mencionada decisão.

3.37. Os gestores alegam que o agrupamento de vários itens nos quatro lotes da licitação não teria sido a causa direta ou decisiva para a desclassificação de qualquer licitante, todavia tal fato não confere com a realidade, pois – como se demonstrou nos itens 3.21-3.25 desta instrução – a presença de poucos medicamentos em cada lote já seria responsável pela desclassificação de todas as propostas apresentadas para os lotes, com exceção daquelas que se foram declaradas vencedoras.

3.38. Quanto à suposta melhoria do controle de estoques obtida por meio da divisão por lotes da licitação, destaca-se que os itens 4.2 e 7.1 da ata de registro de preços 1/2006 (fl. 104-108, vol. Principal), que tratou do objeto do pregão 10/2006, informavam que o fornecimento de medicamentos se daria na periodicidade trimestral (disposições reproduzidas nos contratos originados do mencionado pregão), ou seja, pela intenção do edital a Funasa teria prazo médio de rotatividade de estoque dos medicamentos de três meses.

3.39. Assim, restaria descaracterizada a alegação no sentido de que a divisão por lotes era necessária para que se evitasse a possibilidade de descontinuidade na prestação dos medicamentos, visto que – com até três meses de prazo para solicitação e fornecimento dos quantitativos de medicamentos que recomporiam o estoque –, pode-se considerar que a fundação deteria tempo suficiente para a realização de todas as comunicações, trâmites burocráticos e articulações relativas à reposição do estoque mantido, **independentemente de quantas empresas tivessem sido contratadas para o fornecimento dos 138 itens adquiridos.**

3.40. Ainda sobre o suposto ganho na melhoria do controle de estoque, cumpre informar que a CGU concluiu em seu relatório 189854, às fls. 5-7, pela existência de falhas no controle de estoque também com relação aos itens objeto do Pregão 10/2006 em análise, contradizendo o

*argumento trazido pelos gestores (no sentido que a contratação por lote evitaria a situação verificada quanto da aquisição por meio de certame dividido por item), com transcrição do citado relatório da CGU a seguir:*

*b3) A argumentação de que o tipo menor preço global por lote, com a utilização do pregão presencial, é a que propicia melhor controle no estoque, no armazenamento e na distribuição não está devidamente justificada, haja vista as inúmeras aquisições de medicamentos realizadas por órgãos da administração pública, em especial do Ministério da Saúde, adotando a modalidade Pregão Eletrônico - Sistema de Registro de Preços, entre os quais podem ser citadas as seguintes, extraídas do site <http://www.comprasnet.gov.br>:*

*[tabela encontra-se a folha 6 do volume principal]*

*Outra situação que contradiz o posicionamento técnico defendido pela entidade no sentido de que a adoção da modalidade pregão presencial, tipo menor preço global por lote propiciaria melhor controle no estoque, no armazenamento e na distribuição foi a constatação registrada no item 6.1.2.4 do Relatório nº 175660, elaborado em 31/07/2006, pela Coordenação-Geral de Auditoria da Área de Saúde, desta Controladoria-Geral da União-CGU, relativo à Auditoria de Avaliação da Gestão da FUNASA, referente ao exercício de 2005.*

*Essa constatação refere-se a falhas verificadas na entrega de medicamentos no almoxarifado efetuada pela FUNASA, realizada sem o acompanhamento das notas fiscais respectivas, dificultando o devido controle contábil e impossibilitando que fosse verificada a adequação dos itens licitados e os fornecidos pelas contratadas. Cabe destacar que tais medicamentos foram os licitados pelo presente Pregão Presencial nº 10/2006, objeto dos Contratos nos 27/12/006 (firmado com a Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.), 28/2006 (firmado com Especificarma Comercio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.) e 29/2006 (firmado com Unicom Produtos Hospitalares Ltda.).*

#### Quanto ao sobrepreço

*3.41. Em defesa da inexistência de sobrepreço na cotação das propostas vencedoras os gestores argumentam que para todos os itens dos lotes licitados os preços eram inferiores, em média 16%, aos valores estimados inicialmente pela Funasa.*

*3.42. Os gestores afirmam ainda que os preços obtidos em todos os itens, de todos os lotes, foram inferiores aos preços registrados nas tabelas da ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico - [www.abcfarma.org.br](http://www.abcfarma.org.br)) e da BRASINDICE (adotada pelos planos de saúde - [www.brasindice.com.br](http://www.brasindice.com.br)). Desta forma, não se poderia afirmar que os preços obtidos no pregão em tela foram excessivos ou incompatíveis com os praticados no mercado.*

*3.43. Também expressam entendimento que a administração não pode considerar excessivo o preço recebido em uma licitação pura e simplesmente porque há outras concorrentes, não participantes da licitação (ou participantes, porém inabilitadas ou desclassificadas), que se disponham a oferecer preços mais baixos.*

*3.44. A defesa considera inadequado o comparativo entre certames, em função de o processo de licitação e de contratação revestir-se de:*

*(...) peculiaridades que, muitas vezes, por força de exigências do edital ou mesmo do procedimento para o pagamento, as propostas recebidas em licitação partem de*

*parâmetros de preços um pouco mais elevados do que os existentes no varejo, em que os consumidores pagam, via de regra, à vista.*

3.45. *Em outros parágrafos, que se transcrevem a seguir, os gestores indicam outras razões pelas quais consideram que os preços praticados estavam em patamares adequados à forma de realização do certame:*

*No caso vertente, tudo se agrava porque pregão foi realizado para prover registro de preços, em que os licitantes vencedores, em princípio, devem manter os mesmos preços durante a vigência da ata de registro de preços, que é de um ano. Ou seja, em princípio, os preços ofertados pelos licitantes no pregão terão que ser mantidos por eles por um período de doze meses, o que, supõe-se, em análise responsável e real, deveria elevar o valor ofertado à Administração.*

*(...)*

*Muito embora se pudesse admitir que os preços obtidos no pregão em tela fossem razoavelmente superiores aos praticados no mercado, não foi isso que ocorreu na prática. Insista-se que os preços obtidos em relação a todos os itens foi inferior ao estimado inicialmente pela FUNASA e inferior ao registrado nas tabelas da ABCFARMA (Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico - [www.abfarma.org.br](http://www.abfarma.org.br)) e da BRASINDICE adotada pelos planos de saúde - [www.brasIndice.com.br](http://www.brasIndice.com.br).*

3.46. *Aduzem as alegações que, mesmo se tivesse havido sobrepreço, não se poderia imputá-lo a nenhum dos três gestores a que se referem a defesa em foco, visto que estando o preço obtido na licitação cerca de 16% inferior ao preço estimado pela própria fundação, quem devia ser responsabilizado eram os agentes ou os setores encarregados de estimar os preços de mercado, pois os alegantes não teriam motivos para desconfiar que os preços estimados eram excessivos.*

3.47. *Afirmam os servidores que, no âmbito da Funasa, o órgão responsável pela elaboração do preço estimado é o Serviço de Compras e Contratos (Serco), que é subordinado à Coordenação de Material e Patrimônio, portanto, se houve sobrepreço, a unidade responsável seria o Serco, acrescentando que:*

*A propósito, o Coordenador de Material e Patrimônio da época dos fatos, o Sr. Carlos Luiz Barroso Júnior, reconheceu a competência da Serco para promover a estimativa do preço contratado, bem como que ela não tinha a prática de consultar preços praticados por outros órgãos da Administração Pública. Ademais, afirmou que não existia integração entre a sua Coordenação e a de Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho.*

#### Análise

3.48. *Quanto à existência de sobrepreço, entende-se que o assunto já foi suficientemente tratado nos itens 2.20-2.41 e 2.53-2.55 da presente instrução, pelos quais se defende que, especificamente com relação ao certame em tela, o débito estipulado está fundamentado em sólidos critérios e evidências, que permitem não só comprovar sua ocorrência, como assegurar o elevado conservadorismo do cálculo dos valores apresentados nos presentes autos, em cumprimento ao que prescreve o inciso II do §1º do art. 210 do RITCU, segundo o qual a estimativa do débito deve ser apurada pela quantia que seguramente não excederia o real valor devido.*

3.49. *Frise-se que, assim como se verificou nas alegações prestadas pelas empresas licitantes, as únicas referências de preços compatíveis com os praticados no Pregão 10/2006 apresentadas são a pesquisa de preço realizada pela fundação e as publicações destinadas ao mercado farmacêutico a varejo de pequenas quantidades.*

3.50. Quanto às publicações mencionadas, entende-se que as análises que serão apresentadas nos itens 3.256-3.260 (com relação à alegação da Hospfar), 3.314-3.323 (Especifarma), e nos itens 3.374-3.376 (Unicom), que também apresentaram argumentos análogos, são suficientes para comprovar a inaplicabilidade das publicações na estipulação de preços praticados no âmbito.

3.51. Destaca-se que o Pregão 10/2006 previa, para cada item de medicamentos, elevados quantitativos a serem adquiridos (na escala dos milhares), e – conforme demonstrado nos itens desta instrução relacionados no parágrafo anterior – entende-se que, considerado o fator ganho de escala, os preços praticados no pregão deveriam estar em patamares substancialmente inferiores aos do mercado a varejo de medicamentos, não se podendo acatar, em hipótese alguma, as alegações constantes no item 3.44 desta instrução, no sentido de que “as propostas recebidas em licitação partem de parâmetros de preços um pouco mais elevados do que os existentes no varejo, em que os consumidores pagam, via de regra, à vista”.

3.52. Quanto à pesquisa de preços realizada pela Funasa (fls. 69-71, vol. Principal), cabe fazer algumas considerações que servem para subsidiar a análise de todos os gestores cujas responsabilidades se avaliam nos presentes autos.

3.53. Primeiro, que a pesquisa realizada restringiu-se apenas aos valores cotados por quatro empresas distribuidoras de medicamentos (sendo uma delas a Hospfar, vencedora de um dos lotes), e diante dos altos valores constantes nessa pesquisa – **cujos preços cotados encontravam-se em patamares claramente superiores ao pregão do ano anterior realizado pela Funasa para aquisição de objeto semelhante** – a ação exigível dos responsáveis era o de encaminhar os autos para realização de nova pesquisa que considerasse outras fontes de preços.

3.54. Uma das fontes a serem utilizadas para realização da pesquisa seria os preços praticados em outras aquisições realizadas no âmbito da administração pública, conforme exige o art. 15, V, da Lei 8.666/93 e o §2º do art. 9º Decreto 5.450/2005 (que dispõe expressamente que o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado), disposições cujo conhecimento era perfeitamente exigível pela qualificação que deveriam deter os agentes ocupantes dos cargos de Coordenador-Geral de Recursos Logístico e de Diretor do Departamento de Administração.

3.55. Tendo os ocupantes dos cargos mencionados se omitido no encaminhamento dos autos para realização de nova pesquisa (frise-se que ainda se tratava do Pregão 4/2006 que antecedeu o Pregão 10/2006 com o mesmo objeto), os autos foram encaminhados para Procuradoria Jurídica para posicionamento sobre a regularidade do Pregão 4/2006.

3.56. Por meio do Parecer 754/PGF/PF/FUNASA/2005/adz, de 16/12/2005, (fls. 191/200), os gestores foram expressamente alertados pela unidade jurídica sobre a necessidade de se realizarem diversas alterações no certame 4/2006, dentre estas se destacam a seguir as referentes à pesquisa de preços:

- a) comprovação da inexistência de registro de preços realizada pelo Ministério da Saúde para os itens constantes no referido pedido da Funasa;
- b) necessidade de serem desconsiderados os preços mais altos utilizados para a estimativa do valor da contratação, quando da ocorrência de divergências significativas entre os preços cotados pelas empresas;
- c) **indicação de que os preços cotados são compatíveis com os praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, exigência do artigo 15, inciso V da Lei 8.666/93.**

3.57. Mesmo cientes da inadequação da pesquisa realizada, os responsáveis – por motivos não identificados pelas evidências constantes nos presentes autos – optaram por ignorar as

recomendações emanadas pela unidade jurídica, procedendo à abertura e à posterior revogação do Pregão 4/2006, em função deste ter sido substituído pelo Pregão 10/2006, que incorporou as mesmas deficiências apontadas pela procuradoria no Parecer 754 (cuja análise é aprofundada nos itens 3.65-3.83 desta instrução).

3.58. Do exposto, entende-se que não podem ser afastadas as responsabilidades dos gestores ocupantes dos cargos de Coordenador-Geral de Recursos Logísticos e de Diretor do Departamento de Administração em função de a identificação e retificação da pesquisa de preços em comento (que se encontrava em claro desacordo com as normas aplicáveis e com os valores praticados no âmbito da administração pública) estarem incluídas dentre as atribuições exigíveis dos cargos que ocupavam.

#### Quanto à atuação da Procuradoria Jurídica

3.59. Sobre o fato de o edital do pregão presencial 10/2006 não ter sido encaminhado à unidade jurídica da fundação para pronunciamento, bem como os aditivos posteriormente firmados, afirmam os gestores que a Procuradoria Jurídica aprovou em sua íntegra o edital do pregão eletrônico 4/2006, que foi reproduzido em grande parte pelo edital do pregão presencial 10/2006.

3.60. Os gestores argumentam ainda que a Funasa enfrentava uma crise de abastecimento de medicamentos, e por isso havia urgência em lançar e concluir o pregão presencial 10/2006. Acrescem os responsáveis que, à época do lançamento do pregão, a Procuradoria Jurídica se encontrava em greve, e que se o edital fosse remetido, como de praxe, para a citada unidade, o lançamento do pregão presencial seria postergado por alguns meses, agravando sobremaneira a crise de abastecimento que já enfrentava a fundação.

3.61. Assim, a atuação dos gestores teria prezado pelo cumprimento ao princípio da continuidade do serviço público, e para evitar a falta de medicamentos e a caracterização de situação emergencial, que poderia ensejar a dispensa de licitação, com fulcro no inciso IV do artigo 24 da Lei 8.666/93, conforme consta no trecho das alegações transcrito a seguir:

*Estava se diante de um dilema moral: encaminhar o processo à Procuradoria Jurídica para novo parecer e lavar as mãos diante de crise iminente de abastecimento ou lançar a licitação pública como forma de impedir a crise? Parece que aos olhos de uma pessoa dotada do mínimo de bom senso e isenção, que seria razoável lançar de uma vez a licitação!!!*

3.62. Nas alegações de defesa é ressaltado ainda que a Procuradoria Jurídica atuou posteriormente no processo, inclusive na defesa da Funasa e dos seus agentes em face de mandado de segurança impetrado por um dos licitantes – o que significaria, segundo alegações dos gestores, que a unidade em foco aquiesceu com os termos do certame e entendeu que o edital era compatível com a legalidade, suprindo e convalidando tacitamente o suposto vício provocado pela ausência de aprovação jurídica expressa.

3.63. Os gestores entendem que a ausência de aprovação do edital pela assessoria jurídica constituiria vício de ordem meramente formal, que admitiria a convalidação, conforme a jurisprudência, e assim, como o edital não continha qualquer ilegalidade, a ausência de aprovação prévia pela Procuradoria Jurídica não acarretou qualquer espécie de prejuízo substancial ao interesse público.

3.64. Acrescentam que os aditivos do Pregão 10/2006 teriam sido previamente aprovados pela Procuradoria Jurídica, conforme comprovado nos autos do processo administrativo, em reforço ao argumento que a unidade jurídica teria se posicionado em favor da licitação realizada.

### *Análise*

3.65. *Primeiramente causa estranheza que o argumento relativo à “crise iminente de abastecimento de medicamento”, que teria inviabilizado o envio dos autos à Procuradoria Jurídica para pronunciamento sobre a regularidade do Pregão 10/2006, não tenha constado nos despachos, pareceres ou notas técnicas elaborados à época pelos responsáveis e que subsidiaram as alterações objeto desta TCE.*

3.66. *Verifica-se que, no despacho assinado pelo Coordenador-Geral de Recursos Logísticos e corroborado pelo Diretor do Departamento de Administração (fls. 83-84, vol. principal), a decisão sobre a desnecessidade de encaminhamento à unidade jurídica se fundamenta no fato de o parecer jurídico já ter sido emitido para o certame anteriormente instaurado (Pregão eletrônico 4/2006).*

3.67. *Também se observa que a suposta crise não foi considerada quando da decisão de se proceder a todos os numerosos trâmites referentes à revogação do Pregão 4/2006 e abertura do Pregão 10/2006 em comento, atos estes que demandaram a atuação de diversas unidades administrativas da fundação (que naturalmente exigiram mais tempo do que seria necessário para emissão de um parecer pela procuradoria).*

3.68. *Ao contrário do que alegam os gestores, a jurisprudência deste Tribunal é clara ao considerar a obrigatoriedade dos pareceres jurídicos previstos no parágrafo único do Art. 38 da Lei 8.666/93, que dispõe que “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.*

3.69. *Recentemente, vê-se que ainda mais importância vem sendo dada pela jurisprudência aos pareceres jurídicos quando da análise da validade dos atos praticados no âmbito da administração pública (inclusive com a possibilidade de responsabilização do parecerista nas situações em que este agente tenha contribuído para ocorrência da irregularidade).*

3.70. *O que se poderia afirmar é que existe jurisprudência deste Tribunal no sentido que, quando o ato administrativo completa seu turno de forma válida (produzido de acordo com as normas jurídicas que o regem), a mera ausência do parecer de unidade jurídica não o invalidaria, pois a falha caracterizaria apenas impropriedade formal, situação essa, porém, completamente diversa da verificada nos presentes autos, nos quais a irregularidade analisada está diretamente associada à ausência ou não cumprimento de pronunciamento da unidade jurídica sobre a regularidade do certame.*

3.71. *Quanto às alegações de que o parecer da unidade jurídica emitido para o Pregão 4/2006 seria aplicável ao Pregão 10/2006, considera-se que não devem prosperar, visto que, diante das substanciais alterações promovidas pelo edital do Pregão Presencial 10/2006, especialmente quanto à forma de licitar (divisão por lotes e modalidade presencial), seria imprescindível o encaminhamento para unidade jurídica para pronunciamento quanto à forma de licitação pretendida e quanto ao cumprimento de todas as pendências que já haviam sido apontadas anteriormente pela própria procuradoria (como se demonstra mais adiante neste mesmo tópico).*

3.72. *Destaca-se ainda que consta no recente voto do ministro José Jorge, relator do Acórdão 1148/2011-Plenário, entendimento perfeitamente aplicável à análise que se realiza nos presentes autos, com transcrição de trecho a seguir:*

*Acompanho a manifestação do titular da unidade técnica. A profunda revisão do termo de referência, em função das irregularidades detectadas, certamente implicará a elaboração*

*de novo edital que, à luz do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, exigirá nova manifestação da assessoria jurídica do órgão.*

*3.73. Na situação em análise nos presentes autos, considera-se que o argumento no sentido que a ausência do parecer não teria acarretado dano erário não deve ser acatado, visto que a TCE foi instaurada justamente em função de dano decorrente da utilização de critérios que restringiram a competitividade do certame, acarretando compra antieconômica, que decorreram de atos realizados sem embasamento jurídico, ou comprovação da existência de situações fáticas ou jurídicas que justificassem adequadamente o tipo de licitação adotado ou que prestassem validade à pesquisa de preços realizada.*

*3.74. Ademais, observa-se ainda que, no relatório 189854 da CGU, consta uma relação de irregularidades apontadas pela unidade jurídica, quando da análise do Pregão 4/2006, cujo implemento não estaria comprovado no processo de realização do Pregão 10/2006 (fl. 13 do vol. Principal):*

*(...)*

*Além disso, não verificamos nos autos a implementação das seguintes providências sugeridas pela Procuradoria Federal da FUNASA, exarada no Parecer nº 754/PGF/PF/FUNASA/2005/adz, de 16/12/2005, (fls. 191/200):*

- Justificativa técnica sobre os quantitativos de medicamentos solicitados;*
- Certificar nos autos a inexistência de registro de preços realizada pelo Ministério da Saúde para os itens constantes no referido pedido da FUNASA, haja vista, que compete àquele Ministério a aquisição de medicamentos em larga escala;*
- Falta de indicação de que os preços cotados são compatíveis com os praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, exigência do artigo 15, inciso V da Lei nº 8.666/93;*
- Necessidade de serem desconsiderados os preços mais altos utilizados para a estimativa do valor da contratação, quando da ocorrência de divergências significativas entre os preços cotados nas diversas empresas; e*
- Adequação da licitação às exigências definidas pela Portaria nº 3.916, de 10/11/1998, do Ministério da Saúde, que aprovou a Política Nacional de Medicamentos, além de normas editadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.*

*3.75. Ainda conforme observado pela CGU no relatório 189854 (fl. 4 do Vol. Principal), se constatariam irregularidades relativas até mesmo às justificativas dos quantitativos estipulados para aquisição de medicamentos constantes nos Pregão 4/2006 e Pregão 10/2006:*

*(...)*

*Além disso, não há qualquer menção sobre a estimativa do número de pessoas a serem atendidas, considerando a população indígena brasileira, tampouco sobre a relação entre a quantidade de medicamentos e o número de beneficiários e sobre a média histórica de consumo de medicamentos.*

*Vale destacar que essa impropriedade foi abordada pela Procuradoria Federal da FUNASA, por meio do Parecer nº 754/PGF/PF/FUNASA/2005/adz, de 16/12/2005 (fls. 191/200), sem que conste no processo qualquer informação adicional inserida posteriormente sobre o fato.*

3.76. Deve-se ressaltar ainda o posicionamento contido nos parágrafos 2.3.6 e 2.3.7 do Parecer 754/PGF/PF/FUNASA/2005/adz, (fl. 64, vol. Principal), em que se verifica que a procuradoria alerta expressamente sobre falhas de fácil constatação identificadas na pesquisa de preços elaborada para o objeto dos pregões 4/2006 e 10/2006, destacando-se a “falta a indicação de que o preços cotados são compatíveis com os praticados no âmbito dos órgãos e entidade da administração Pública” e a existência de elevadas divergências entre alguns dos preços cotados, dentre estas a referente a um medicamento que teria sido cotado por R\$ 2,38 por uma empresa e por R\$ 0,15 por outra empresa pesquisada.

3.77. Assim, não se verificam nos autos, nem nas alegações apresentadas pelos gestores, quaisquer elementos que pudessem fundamentar as alegações no sentido que a procuradoria teria aprovado na íntegra o edital do Pregão 4/2006.

3.78. Ademais se observa que o parecer jurídico em foco entendeu adequada a aquisição pretendida na forma de **pregão eletrônico e dividido por item**. Se considerado este parecer válido para elaboração do Pregão 10/2006 – conforme pretendem os gestores – pode-se concluir que houve intenção de realizar o certame de forma contrária ao entendimento emanado pela unidade jurídica da Funasa, visto que o Pregão 10/2006 foi realizado de maneira completamente diversa da aprovada por aquela unidade.

3.79. Assim, entende-se que se pode chegar a duas conclusões em relação ao parecer jurídico relativo ao certame 4/2006 (igualmente graves e passíveis de ensejar a responsabilização dos agentes que concorreram para realizar as alterações na forma do certame):

a) ou se considera que não houve parecer jurídico que aprovasse a realização do Pregão 10/2006, contrariando as leis e jurisprudência aplicáveis (conforme analisado nos parágrafos anteriores);

b) ou se considera que o parecer relativo ao Pregão 4/2006 foi considerado válido para o Pregão 10/2006, tendo sido suas disposições deliberadamente descumpridas pelos gestores (ao realizar o pregão em tipo e modalidade diversa da aprovada pelo parecer jurídico, e não implementar as diversas recomendações constantes no mesmo parecer, especialmente, as relacionadas às falhas detectadas na pesquisa de preços realizada).

3.80. Quanto à alegação que a realização tempestiva do Pregão 10/2006 teria evitado a contratação direta por meio de contrato emergencial, destaca-se que – pelos altos preços alcançados no pregão (comparáveis com os preços registrados em revistas destinadas a vendas a varejo do mercado farmacêutico, conforme afirmam os próprios responsáveis envolvidos) – pode-se afirmar que dificilmente numa aquisição realizada por meio de contratação emergencial (que abrangesse alguns dos medicamentos cujo baixo volume de estoque representaria uma situação de risco), se obteria preços em patamares tão elevados quanto os atingidos no Pregão 10/2006.

3.81. Quanto à alegação que a Procuradoria Jurídica atuou posteriormente no processo, inclusive na defesa da Funasa e dos seus agentes em face de mandado de segurança impetrado por um dos licitantes, deve-se esclarecer que a mencionada atuação da procuradoria se deu em relação ao objeto específico do mandato de segurança e em caráter de representação judicial, ou seja, em defesa dos interesses da Funasa nas ações judiciais em que a fundação figura como autora, ré ou, ainda, terceira interessada.

3.82. Assim, entende-se que a mencionada procuradoria quando atuou no mandato de segurança exerceu função totalmente diversa de suas atribuições de assessoramento e orientação que lhe seria devida quando do pronunciamento prévio acerca da regularidade do Pregão 10/2006, não podendo prosperar os argumentos que a unidade jurídica teria convalidado os termos do certame.

3.83. Do exposto, entende-se que, ao defender que não seria necessária a atuação da procuradoria em processo de tão grande relevância e materialidade, os gestores assumiram a responsabilidade por consentir a continuidade de procedimento licitatório sem submetê-lo à análise jurídica, em afronta ao disposto no art. 38, inciso VI, da Lei 8.666/1993; art. 21, inciso VII, do Decreto 3.555/2000; e art. 30, inciso IX, do Decreto 5.450/2005, de 31/5/2005.

3.84. Entende-se que as alterações referentes ao tipo e à modalidade da licitação resultaram em direcionamento da licitação a poucos distribuidores e representantes do ramo ao inviabilizar a participação dos laboratórios fabricantes, conforme discutido nos itens 3.19-3.40 desta instrução.

3.85. Dessa forma, houve afronta ao princípio da isonomia e reduziu-se a possibilidade de obtenção de propostas mais vantajosas pela Administração, em ofensa aos art. 37, inciso XXI da Constituição Federal; art. 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993; art. 3º, inciso II, da Lei 10.520/2002; e art. 4º do Decreto 3.555/2000.

3.86. As alterações citadas contrariaram também jurisprudência do TCU quanto à obrigatoriedade da adjudicação por item, e não por preço global, entendimento este que constitui o enunciado 247 da Súmula da Jurisprudência desta Corte.

#### Alegações de defesa referentes ao Sr. Paulo Roberto de A. G. Coelho

3.87. Segundo as alegações de defesa apresentadas (fl. 1767, vol. 9) não há nos autos substrato fático ou jurídico que embase a responsabilização do Sr. Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho (ex-coordenador geral de recursos logísticos), visto que seria juridicamente inviável a pretensão de responsabilizá-lo e penalizá-lo por qualquer ato, preparatório, omissivo ou comissivo, que tenha ocorrido no curso do pregão eletrônico 4/2006 ou do pregão presencial 10/2006.

3.88. A atuação do gestor teria se restringido à assinatura de alguns documentos resultantes do procedimento de licitação, tendo se limitado a cumprir ordens emanadas pela diretoria e por seus superiores, por força de dever funcional e em respeito ao poder hierárquico, cabendo destacar o seguinte trecho das alegações apresentadas, referentes ao gestor em foco:

*Por possuir cargo de gestão, o requerente apenas assinava os documentos e expedientes que lhe eram encaminhados, para emprestar-lhes validade formal, sendo que nunca participou, repita-se, de forma direta ou indireta, de atos executórios em procedimentos de licitação.*

3.89. Assim, entende o gestor que não poderia ser responsabilizado ou penalizado por supostos atos danosos, ímprobos e ilegais, que jamais teria praticado, pelo que requer a sua exclusão do presente processo, ante a sua manifesta ilegitimidade.

#### Análise

3.90. Inicialmente destaca-se que a defesa do senhor Paulo Roberto afirma que o ex-titular da Coordenação-Geral de Recursos Logísticos (CGLOG) assinava os documentos a ele enviados apenas “para emprestar-lhes validade formal”, sugerindo que o citado gestor não realizava qualquer tipo de avaliação do conteúdo dos documentos por ele corroborados.

3.91. Frise-se que o mesmo argumento (de que apenas validava por meio de assinaturas os documentos a ele enviados) é utilizado também pelo ocupante do cargo hierarquicamente superior ao dele, o ex-Diretor de Administração, Sr. Wagner de Barros Campos (que apresentou defesa em separado dos demais gestores, itens 3.172-3.185 desta instrução).

3.92. *Ao que parece, por essas alegações, os citados defendem tese que teriam sido nomeados para os cargos que ocupavam à época apenas para que, remunerados pelo erário, apusessem firmas nos documentos a eles enviados, não lhes podendo ser atribuídas quaisquer responsabilidades pelas conseqüências decorrentes dos documentos por eles corroborados, o que não é minimamente aceitável.*

3.93. *Considerando que os atos administrativos não ocorrem por geração espontânea da natureza, ao admitir que a omissão relativa à análise dos documentos enviados aos gestores em tela afastaria as suas respectivas responsabilidades e que a emissão de pareceres também não poderia motivar responsabilização (como também defende a defesa conjunta apresentada pelos gestores) restaria atribuir a responsabilidade dos atos em análise aos agentes que realizam os atos de expedientes (destinados a dar andamento aos processos e papéis que tramitam no interior das repartições públicas, sem qualquer poder decisório), hipótese esta que, obviamente, não pode ser acatada.*

3.94. *Também se percebe que não se pode defender que gestores públicos possam se eximir de responsabilidades por atos por eles praticados em função apenas de terem sido omissos na análise de seus conteúdos e conseqüências. Assim, entende-se que não podem ser afastadas as responsabilidades dos gestores com poder decisório envolvidos nas irregularidades objeto deste processo.*

3.95. *Em relação ao argumento de que o gestor estaria baseado em parecer ou nota técnica, observa-se que este Tribunal possui entendimento predominante (podendo-se citar os Acórdãos 2540/2009-Primeira Câmara, 2753/2008-Segunda Câmara e 1801/2007-Plenário), no sentido de que a responsabilidade do gestor não é afastada nestes casos, **pois cabe a ele a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao erário.***

3.96. *Desta forma, entende-se aplicável à situação objeto deste processo o mesmo entendimento do Ministério Público, constante no relatório do Acórdão 2540/2009-Primeira Câmara, do qual se transcreve o trecho a seguir:*

*9. Não deve prosperar o argumento da instrução (fl. 269) de que “milita em favor do responsável o fato de seu ato ter sido praticado com respaldo em manifestações técnicas e jurídicas.” O gestor público não pode se eximir da responsabilidade pela legalidade de seus atos e das eventuais conseqüências deles decorrentes, com base simplesmente na assertiva de que agiu amparado em pareceres técnicos e/ou jurídicos. A prevalecer essa tese, basta um administrador público alegar que praticou seus atos com respaldo em pareceres das áreas técnicas e jurídicas do órgão ou entidade que dirige para ter sua responsabilidade afastada por eventuais ilegalidades cometidas ou danos deles decorrentes. Com efeito, há que se examinar com profundidade os elementos fáticos e jurídicos de cada situação concreta.*

3.97. *Ademais, no caso em tela, verifica-se que o gestor intenta eximir-se de sua responsabilidade pelo fato de ter atuado com base na nota técnica, entretanto tal forma de atuar não condiz com a que foi adotada pelo mesmo gestor quando desprezou deliberadamente as correções recomendadas no parecer da unidade jurídica da Funasa (com relação ao pregão 4/2006) ou quando entendeu desnecessário o encaminhamento do termo de referência do pregão 10/2006 à citada unidade jurídica para pronunciamento sobre sua regularidade.*

3.98. *Entende-se que o alcance da percepção de que a divisão por lotes restringiria a competitividade da licitação seria possível e exigível do agente titular da Coordenação-Geral de Recursos Logísticos desde o momento em que este deveria se pronunciar sobre a forma como se daria o Pregão 10/2006 (tendo o responsável homologado as alterações da forma de licitar das*

quais decorreram as irregularidades objeto deste processo por meio do Despacho 440/2006, fls. 83 e 84 do vol. Principal).

3.99. Considera-se ainda que o Sr. Paulo Roberto foi o principal responsável pelo não encaminhamento dos autos à unidade jurídica da Funasa (assunto analisado nos itens 3.65-3.86 desta instrução), visto que esse entendimento é – pela primeira vez nos autos – expresso no mesmo despacho mencionado no parágrafo anterior, nos seguintes termos:

*Assim sendo, encaminhamos os autos a essa Deadm para análise e manifestação acerca do assunto, ao tempo em que propomos a REVOGAÇÃO do Pregão Eletrônico nº 4/2006, sugerindo o prosseguimento da presente aquisição mediante Pregão Presencial, com julgamento pelo menor preço por lote, nos termos da Nota Técnica de fls. 332/340 (vol. III), devendo ser utilizado o presente processo, inclusive material jurídico, no intuito de dar agilidade aos procedimentos, e ainda, por economia processual, visando dessa forma, segurança na presente contratação e resguardando sobremaneira os atos da Administração. (grifou-se)*

3.100. Cientes das falhas constatadas pela unidade jurídica, os gestores assumiram as responsabilidades pelo não cumprimento deliberado das recomendações da procuradoria, destacadas nos itens 3.74-3.76, que foram destinadas ao pregão 4/2006 (que detinha o mesmo objeto posteriormente licitado pelo 10/2006 em análise). A CGU destacou no seu relatório 189854, fl. 13 do vol. Principal:

*Verificamos que, após a elaboração do referido parecer jurídico, o Sr. Coordenador-Geral de Recursos Logísticos encaminhou o processo ao presidente da CPL para as devidas providências, observando as verificadas orientações contidas no Parecer da Procuradoria Federal, sem fazer qualquer menção explícita sobre as providências adotadas (fls. 202).*

3.101. Do exposto, entende-se que a atuação do ex-coordenador em foco foi decisiva para que se tivesse deixado de observar a compatibilidade entre os preços cotados e os praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, contrariando o que estabelece o art. 15, inciso V, da Lei 8.666/1993, o que contribuiu para a aquisição de medicamentos com preços superiores aos de mercado objeto desta TCE.

3.102. Considera-se ainda que o ex-coordenador foi um dos responsáveis (em conjunto com os demais gestores cujos nomes constam desta TCE) pela definição do número de lotes em que foi dividido o objeto do Pregão 10/2006 e dos medicamentos que comporiam cada lote, que, conforme análise realizada nos itens 3.19-3.40 desta instrução, foi determinante para a desclassificação de todas as demais concorrentes das empresas vencedoras de cada lote do certame.

3.103. Ademais, o Sr. Paulo Roberto foi o responsável ainda pela homologação do resultado do Pregão Presencial 10/2006; pela assinatura de três contratos firmados pela Funasa decorrentes do pregão mencionado; pela assinatura dos Termos Aditivos 10/2007 e 11/2007, com as empresas Especificarma e Unicom, respectivamente; e por ordenar, na qualidade de Diretor do Departamento de Administração substituto, algumas das notas de empenho referentes aos contratos 27/2006, 28/2006 e 29/2006, que foram relacionadas na instrução anterior (fls. 1483-1503, vol. 8).

3.104. Dentre os atos mencionados no parágrafo anterior, entende-se que o mais grave diz respeito à **homologação de certame com claras evidências de que este não teria garantido a competitividade e a economicidade que lhe prestaria validade**, dado ao pequeno número de interessados e à classificação de apenas uma proposta para cada lote (estando as propostas

vencedoras dentre as mais altas apresentadas em cada lote), conforme já destacado nesta instrução, em especial no item 3.21.

3.105. Quanto ao ato de homologação do certame, entende-se que, embora os membros da comissão de licitação também respondam, solidariamente, pelos atos irregulares identificados em certames, conforme dispõe o §3º, art. 51, da Lei 8.666/93, resta pacífica a responsabilidade da autoridade homologante no caso em tela, que, ao homologar o procedimento licitatório, passou a responder por todos os atos nele praticados, expressando assim a sua aprovação.

3.106. Ademais, nos termos do Regimento Interno, aprovado pela Portaria-MS 1.776, de 8/9/2003, art. 41, inciso III, compete à Coordenação Geral de Recursos Logísticos (CGLOG), unidade subordinada ao DEADM, dentre outras atividades, planejar, coordenar, executar e controlar as atividades relativas à realização de processos licitatórios no âmbito da unidade central, inclusive para entrega descentralizada.

3.107. Também se destaca que no processo administrativo disciplinar instaurado para avaliação das responsabilidades dos gestores envolvidos, em relação ao Sr. Paulo Roberto (fl. 314 e 315, vol. principal), foi ressaltada a participação ativa do gestor nos atos em comento, inclusive na homologação de seus próprios atos, em evidente desrespeito ao princípio da segregação de funções:

d) que constam despachos no processo do Pregão nº 10/2006, de decisões, encaminhadas pelo acusado como Coordenador da CGLOG e aprovado pelo mesmo como substituto do DEADM, não justificando visto que o titular ficava ausente em curtos períodos.

(...)

3.108. De acordo com o relatório da Comissão do PAD, o Sr. Vitor Antonio Miranda Derengowski, CPF 605.183.598-91, à época Consultor da Unesco na Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS), fora convidado pelo então coordenador da CGLOG, Sr. Paulo Roberto, para participar da elaboração da nota técnica, que subsidiou a alteração da forma do certame, de pregão eletrônico dividido por item para pregão presencial dividido por lote.

3.109. Quanto ao Sr. Vitor Antonio de Miranda Derengowski, destaca-se que sua formação acadêmica é medicina veterinária, e que à época era contratado pela Unesco na modalidade de consultoria por produto (cujo objeto era desenvolver material institucional para capacitação e formação de mecânicos de máquinas e equipamentos aplicadores de praguicida utilizados no controle de vetores), tendo sido a área demandante da contratação a Diretoria Técnica de Gestão (atualmente denominado Departamento de Apoio à Gestão da Vigilância em Saúde) da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS), frise-se unidade não vinculada à Funasa (folhas 364, vol. 1).

3.110. Em consulta ao sistema Siape, verifica-se que o Sr. Vitor Derengowski detém três registros de vínculos relativos a cargo comissionado que exerceu no âmbito da Funasa (nos períodos de 17/4/95 a 18/7/97; de 22/8/97 a 25/11/98; de 16/8/06 a 15/8/07), entretanto por ocasião da elaboração da nota técnica (datada em 10/2/2006), **o agente não detinha qualquer vínculo com a fundação.**

3.111. Destaca-se ainda que em função de o Sr. Wagner de Barros dos Campos, em suas alegações de defesa, ter se referido ao Sr. Vitor Derengowski como empregado terceirizado que exercia suas funções no âmbito da fundação (o que não atenuaria a grave situação verificada), foi realizada pesquisa na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), tendo sido, de fato, encontrado vínculo de trabalho regido pela CLT, por prazo indeterminado, do Sr. Vitor Derengowski, com a empresa Brasfort Administração e Serviços Ltda., que à época realizava serviços de apoio por meio de cessão de mão-de-obra no âmbito da Funasa.

3.112. *O registro do mencionado vínculo possui data de admissão do trabalhador em 2/6/2006 e data de demissão em 13/9/2006, entretanto a nota técnica relativa ao objeto deste processo é datada em 10/2/2006, data na qual o Sr. Vitor Antonio de Miranda Derengowski não detinha sequer vínculo de terceirização com a fundação.*

3.113. *Em depoimento à comissão do PAD (fls. 870-872, vol. 5), o mencionado consultor informou que o convite para elaboração da nota técnica surgiu em decorrência do relacionamento pessoal que teria adquirido com servidores da Funasa, em função de trabalhar no mesmo edifício sede da fundação e ter, por vezes, dividido o uso de equipamentos e material de consumo nas dependências da fundação, tendo sido esta aproximação do local de trabalho o único vínculo com a instituição, identificado nos autos, que teria motivado o convite ao agente para assinar o parecer técnico que viria subsidiar a relevante aquisição em análise (a motivação para não inclusão do Sr. Vitor Derengowski dentre os responsáveis desta TCE foi exposta nos itens 3.203-3.204 desta instrução).*

3.114. *Sublinhe-se também que não foi identificado nos autos o valor referente à retribuição financeira pela participação do Sr. Vitor Derengowski na elaboração da nota técnica em comento, nem tampouco quem teria custeado tal despesa, visto que em consulta ao Siafi no ano de 2006 e 2007, verifica-se uma série de Ordens Bancárias emitidas pela Funasa cujo favorecido foi o mencionado agente, porém todas referentes a diárias e ressarcimentos de viagens.*

3.115. *Desta forma, incidiria sob o ex-coordenador também a responsabilidade pela indicação do consultor da Unesco para atuar em atividade não compatível com as suas atribuições relativas a seu contrato com a entidade internacional, e, mais grave, tendo o coordenador em foco homologado a nota técnica elaborada, expressou sua concordância com a participação do mencionado consultor em atividade claramente reservada a servidores públicos (emissão de pareceres técnicos que subsidiam atos administrativos).*

**Conclusão referente à análise das alegações de defesa do Sr. Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho:**

3.116. *Em resumo, quanto ao gestor Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho concluiu-se que:*

a) *suas alegações apresentadas no sentido que sua participação no certame estava restrita a dar validade formal aos documentos por ele assinados não devem prosperar dado às competências e poder decisório atribuído ao cargo que exercia (conforme itens 3.90-3.94);*

b) *o gestor é responsável pelo 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 4/2007 (itens 3.99-3.100);*

c) *as evidências apontam pela participação ativa do gestor na realização de outros atos administrativos, inclusive com caráter decisório, relacionados ao certame em tela (itens 3.101-3.107);*

d) *o gestor foi o principal responsável pela permissão da participação de agente não integrante da administração pública em atividade exclusiva de servidor público que foi decisória a ocorrência do superfaturamento em tela (itens 3.108-3.115).*

3.117. *Pela situação relatada e as evidências apresentadas na análise das alegações de defesa relativas ao ex-Coordenador-Geral de Recursos Logísticos, entende-se que a atuação do senhor Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho concorreu decisivamente para a ocorrência do dano causado ao erário de que trata os presentes autos, devendo, portanto, ser responsabilizado*

de forma solidária com as empresas e demais gestores da Funasa cujas responsabilidades restem caracterizadas na presente TCE, nos termos do art.16, inciso III, e §2º, alínea b, da Lei 8.443/1992.

3.118. No tocante à aferição de boa-fé na conduta do responsável em foco, conforme determina o § 2º do art. 202 do Regimento Interno do TCU, entende-se que não há nos autos elementos que permitam reconhecê-la, visto que o responsável possuía as condições objetivas para identificação e impedimento da restrição da competitividade do certame, fato que é reforçado pela inobservância das recomendações expedidas pela unidade jurídica da Funasa.

3.119. Desta forma, propõe-se que sejam rejeitadas as razões de justificativas/alegações de defesa apresentadas pelo gestor e julgadas irregulares as contas do Sr. Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, bem como seja **aplicada a multa** prevista no inciso III do art. 58 da Lei 8.443/1992, em função dos argumentos constantes na defesa apresentada não elidirem a responsabilidade do gestor pelos atos relacionados no ofício de audiência/citação 1328/2011-TCU/SECEX-4 (fls. 1660-1667, vol. 9), a saber:

a) propor o cancelamento 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;

b) possibilitar a ocorrência de sobrepreço na aquisição em análise ao anuir com mapa estimativo de preços que não abrangia pesquisa de preços praticados no âmbito da administração (mesmo após a advertência expressa referente a essa falha pela unidade jurídica da fundação);

c) propor a utilização de parecer de Procuradoria Federal da Funasa referente ao Pregão 4/2006, dispensando o encaminhamento dos autos à análise da unidade jurídica mesmo após as alterações substanciais da forma de aquisição pretendida (promovidas pelo edital do Pregão 10/2006);

d) ter sido o responsável pela assinatura de diversos documentos referentes ao Pregão 10/2006 (relacionados na alínea “d” do item 3 do mencionado ofício).

3.120. Propõe-se ainda a **condenação em débito** nos valores de R\$ 4.734.209,04 (**valor atualizado até 14/7/2010**, conforme itens 0-0), referente ao Contrato 27/2006; de R\$ 17.415.007,79 (valor histórico), referente ao Contrato 28/2006; e de R\$ 2.120.233,30 (valor histórico), referente ao Contrato 29/2006, bem como a aplicação de multa proporcional aos débitos prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 ao Sr. Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, referente ao superfaturamento no fornecimento dos medicamentos objeto dos contratos mencionados, calculado de acordo o despacho da subunidade constante às fl. 1600-1613, vol. 8, cujos critérios foram reapresentados nos itens 2.20-2.37 e 2.53-2.56 da presente instrução.

#### *Alegações de defesa referentes ao Sr. Eduardo Tarcisio Brito Targino*

3.121. As alegações de defesa relativas à atuação do Sr. Eduardo Tarcisio Brito Targino (ex-assessor técnico da CGLOG e ex-presidente da Comissão Permanente de Licitação), constante as fls. 1766 e 1767, vol. 9, afirmam que sua participação limitou-se à assinatura por parte dele, junto com outros dois colegas, de Nota Técnica na qual se recomendava a revogação do Pregão Eletrônico 4/2006 e a realização de pregão presencial julgado por lotes.

3.122. A defesa do gestor afirma que a elaboração e assinatura da referida nota técnica se deu diante da crise de abastecimento de medicamentos que enfrentava a Funasa e pelo fato dos gestores terem entendido que o pregão presencial julgado por lote era a melhor forma para debelar a crise e normalizar o abastecimento.

3.123. *Os gestores entendem ainda que a nota técnica elaborada não passaria de uma sugestão e que não fora o Sr. Eduardo Tarcisio Brito Targino quem autorizou nem determinou que o pregão fosse realizado daquela maneira, pois não tinha poder decisório. Portanto, entende o gestor em foco que a citada nota não teria produzido qualquer efeito concreto ou coercitivo.*

3.124. *Por fugir da sua competência e não ter envolvimento nos atos em análise, o gestor não poderia ser responsabilizado ou penalizado pelo direcionamento da licitação aos distribuidores e representantes do ramo, pelo suposto atraso na revogação do pregão eletrônico 4/2006, pela suposta ocorrência de sobrepreço, ou pelo fato de Vitor Derengowski, que também assinou a nota técnica, ser estranho aos quadros da Funasa.*

#### Análise

3.125. *O Sr. Eduardo Tarcisio Brito Targino (ex-assessor técnico da Coordenação Geral de Recursos Logísticos e ex-presidente da Comissão Permanente de Licitações da Funasa) foi o servidor da fundação responsável pela elaboração da nota técnica que serviu de fundamento para a divisão do objeto da aquisição em lotes e que propôs a revogação do Pregão Eletrônico 4/2006 e a abertura do pregão presencial que viria a ser o Pregão 10/2006 (fl. 74-82, vol. Principal).*

3.126. *Percebe-se, conforme análise realizada nos itens 3.19-3.40 desta instrução, que a conseqüência direta da divisão por lotes, proposta pela nota técnica assinada pelo gestor em foco, foi a restrição da competitividade do certame, acarretando o sobrefaturamento objeto da presente TCE.*

3.127. *Pelos argumentos apresentados na nota técnica, percebe-se que a análise, em suma, se restringiu à suposta facilidade do controle de estoque que se obteria ao adotar a forma de aquisição por lotes, nada sendo mencionado com relação à competitividade e economicidade do certame, que deveriam nortear a análise pretendida – visto que os termos da legislação e jurisprudência aplicáveis restringem a utilização da divisão por lotes a casos excepcionais, dentre estes nenhum que se atenha simplesmente à melhoria de controle dos bens ou produtos adquiridos.*

3.128. *Ao contrário do sugerido pelo gestor, não se entende aplicável que a modalidade de licitação a ser adotada em um certame esteja subordinada à qualidade do gerenciamento de estoque da unidade a que se destina a aquisição. Nessa hipótese se estaria admitindo aos órgãos e entidades que apresentam deficiência no gerenciamento de seus estoques fosse permitido licitar e contratar também de forma deficiente.*

3.129. *Também não há qualquer menção à legislação ou à jurisprudência que subsidie a regularidade da alteração proposta, entretanto é mencionado no segundo parágrafo da nota técnica em comentário que “após uma análise minuciosa, detectou-se que a melhor forma de licitar-se os medicamentos é a de ‘preço global por lotes’, pelos motivos que aqui estarão expostos.” (fl. 74, vol. Principal).*

3.130. *Após o parágrafo introdutório, em que está inserido o trecho transcrito no parágrafo anterior, seguem-se quatro parágrafos nos quais já se demonstra e se conclui pela principal proposta de alteração defendida pela nota técnica (com transcrição destes, na íntegra, a seguir):*

*2. A Funasa necessita de um melhor controle de estoque, um melhor armazenamento e uma maior agilidade na distribuição dos medicamentos que serão adquiridos, visto que o público alvo alcança os mais diversos rincões do Brasil.*

*Este processo de distribuição de medicamentos, como já dito, alcançará todo o território brasileiro, inclusive atenderá aos Distritos Sanitários Especiais Indígenas, com medicamentos utilizados no tratamento de saúde dos povos indígenas.*

*Para alcançarmos esses objetivos, o processo de licitação proposto deve ser revisto, visto que o critério de julgamento por menor preço por item não atende às reais necessidades da FUNASA e dificulta, sobremaneira, a contratação e os controles da área de logística, inclusive armazenamento, distribuição e remanejamento de medicamentos nos diversos estados*

*Pelos motivos expostos acima, **conclui-se que a melhor forma de contratar-se a licitação, é por “menor preço global por lote”.** (grifos do original)*

3.131. *Após a sucinta análise transcrita, a nota técnica passa a defender que o pregão se dê pela forma presencial (em função de o Siasg à época não comportar a modalidade Sistema de Registro de Preços do Tipo Menor Preço por Lotes), e mais adiante se passa a apresentar, de maneira superficial, alguns pontos secundários que reforçariam o entendimento constante da nota técnica, a saber: a) a facilidade do julgamento trazida pela modalidade defendida; b) a compatibilidade da forma da aquisição proposta com o sistema de estoque que viria a ser adotado; e c) a diminuição do risco, relacionado ao não cumprimento dos contratos pactuados.*

3.132. *Cabe destacar que, conforme análise realizada nos itens 3.38-3.40, não procedem os fundamentos constantes na mencionada nota técnica quanto à melhoria relacionada ao controle de estoque que supostamente seria obtida por meio da licitação dividida por lote.*

3.133. *Quanto à afirmação do gestor no sentido de que a elaboração e assinatura da referida nota técnica se deu diante da crise de abastecimento de medicamentos que enfrentava a Funasa, destaca-se que em momento algum da nota técnica há qualquer referência à suposta crise que teria subsidiado a sugestão pelas alterações na forma de licitação. A este respeito frisam-se também as considerações constante dos itens 3.65-3.67 desta instrução.*

3.134. *Desta forma, entende-se que os termos da nota técnica estão distantes da devida justificativa exigida para defender uma alteração que claramente representaria sério risco à restrição da competitividade do certame, como de fato se observou posteriormente.*

3.135. *Esclarece-se que a nota técnica em foco foi assinada também pelo Sr. Vitor Antônio Miranda Derengowski (cuja atuação foi objeto das considerações realizadas nos itens 3.109-3.114), agente que, não detendo vínculo com a fundação, atuou irregularmente em ato exclusivo de servidor público, **não tendo o Sr. Eduardo Tarcisio imposto qualquer desacordo em firmar o citado documento em conjunto com agente cuja participação no ato era manifestamente ilegal.***

3.136. *Destaca-se que no PAD instaurado, para avaliação das responsabilidades dos gestores envolvidos, foi registrado depoimento do próprio Sr. Eduardo Tarcisio em que afirma que não detinha capacidade técnica para pronunciar acerca da mudança na forma de licitar (fl. 326 e 327 do vol. Principal), conforme trecho a seguir:*

*...que não tinha capacidade técnica para fazer o estudo da mudança na forma de licitar e que este estudo foi feito pelo Sr. Vitor e que sua contribuição foi na condição de presidente da CPL, pois a nota técnica tinha que partir da CPL e por esta razão assinou a nota técnica com o Sr. Vitor...*

3.137. *Entende-se que as alegações apresentadas pelo gestor são indicativos de que não foram dedicados ao Pregão 10/2006 os devidos níveis de transparência, planejamento e profissionalismo, dado que a nota técnica (que, conforme afirmam todos os demais gestores envolvidos, foi o alicerce técnico das alterações das quais decorrem as irregularidade tratadas*

nesta TCE) foi assinada por um servidor que reconhece que não detinha a capacidade técnica necessária à análise, e por agente cujo único vínculo com a fundação era o de trabalhar no mesmo edifício sede no qual se localiza a Funasa e assim ter adquirido relações de amizade com gestores da instituição (conforme se destacou nos itens 3.109-3.115 desta instrução, com base em depoimento prestado pelo próprio agente à comissão do PAD instaurado, fls. 870-872, vol. 5).

3.138. O Sr. Eduardo Tarcisio Brito Targino alega ainda que não poderia ser responsabilizado pelo fato de a nota técnica por ele assinada não ter autorizado nem determinado que o pregão fosse realizado daquela maneira, entretanto considera-se que essas alegações também não merecem prosperar, dada a importância que o documento mencionado teve na realização das alterações sugeridas, mesmo que se reconheça que a citada nota não detinha poder decisório ou coercitivo.

3.139. Verifica-se que, se adotada a hipótese de que a elaboração de parecer técnico não pode implicar na responsabilização do gestor e que as decisões das autoridades superiores baseadas neste documento técnico também não seriam passíveis de ensejar responsabilização (como alegam os demais gestores que apresentaram a defesa em conjunto), se estaria admitindo a impossibilidade de penalizar quaisquer agentes públicos por atos praticados no âmbito de processo em que se fizesse constar nota ou parecer técnico (algumas considerações relativas a este assunto foram tecidas também nos itens 3.93-3.97 desta instrução).

3.140. Dessa forma, entende-se que, ao assinar nota técnica, que se mostrou determinante para as ocorrências objeto desta TCE, e, ademais, em co-participação com agente cuja atuação na elaboração do documento era manifestamente ilegal, o gestor em foco atraiu para si a responsabilidade pelas alterações que vieram a ocasionar o sobrepreço verificado no Pregão 10/2006.

#### *Conclusão referente à análise das alegações do Sr. Eduardo Tarcisio Brito Targino*

3.141. Em resumo, quanto ao gestor Eduardo Tarcisio Brito Targino concluiu-se que:

a) o gestor foi responsável pela assinatura de nota técnica, na qual teria se baseado em argumentos frágeis e insubsistentes para opinar sobre a alteração de forma de licitação, sem análise qualquer quanto à regularidade da alterações propostas ou os efeitos que teriam sobre os preços de aquisição (conforme itens 3.125-3.134);

b) ao assinar a nota técnica em co-participação com agente não integrante da administração pública, o gestor concorda com ato manifestamente ilegal, visto que a atividade de elaboração do mencionado documento é ato claramente reservado a servidores públicos (itens 3.135-3.137).

c) o argumento no sentido que sua responsabilidade estaria elidida pelo fato da nota técnica assinada pelo gestor não deter caráter decisório ou vinculatório, não merecer prosperar dada a relevância da mencionada nota na ocorrência dos sobrepreço objeto deste processo e a responsabilidade que assumiu ao assiná-la (itens 3.138-3.140).

3.142. Pela situação relatada e as evidências apresentadas na análise das alegações de defesa relativas ao ex-assessor técnico da Coordenação Geral de Recursos Logísticos e ex-presidente da Comissão Permanente de Licitações da Funasa, entende-se que a atuação do senhor Eduardo Tarcisio Brito Targino concorreu decisivamente para a ocorrência do dano causado ao erário de que trata os presentes autos, devendo, portanto, ser responsabilizado de forma solidária com as empresas e demais gestores da Funasa cujas responsabilidades restem caracterizadas na presente TCE, nos termos do art.16, inciso III, e § 2º, alínea b, da Lei 8.443/1992.

3.143. *No tocante à aferição de boa-fé na conduta do responsável em foco, conforme determina o § 2º do art. 202 do Regimento Interno do TCU, entende-se que não há nos autos elementos que permitam reconhecê-la, visto que o responsável possuía as condições objetivas para identificação e impedimento da restrição da competitividade do certame.*

3.144. *Desta forma, propõe-se sejam rejeitadas as razões de justificativas/alegações de defesa apresentadas pelo gestor e julgadas irregulares as contas do Sr. Eduardo Tarcisio Brito Targino, bem como seja **aplicada a multa** prevista no inciso III do art. 58 da Lei 8.443/1992, em função dos argumentos constantes na defesa apresentada não elidirem a responsabilidade do gestor pelos atos relacionados no ofício de audiência/citação 1326/2011-TCU/SECEX-4 (fls. 1646-1652, vol. 9), saber:*

a) *propor por meio da nota técnica de 10/2/2006 a 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;*

b) *possibilitar a ocorrência de sobrepreço na aquisição em análise devido à abertura de processo licitatório (Pregão 10/2006) com o mapa estimativo de preços que não abrangia pesquisa de preços praticados no âmbito da administração.*

3.145. *Propõe-se ainda a **condenação em débito** nos valores de R\$ 4.734.209,04 (**valor atualizado até 14/7/2010**, conforme itens 2.37-2.39), referente ao Contrato 27/2006; de R\$ 17.415.007,79 (valor histórico), referente ao Contrato 28/2006; e de R\$ 2.120.233,30 (valor histórico), referente ao Contrato 29/2006, bem como a aplicação de multa proporcional aos débitos prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 ao Sr. Eduardo Tarcisio Brito Targino referente ao superfaturamento no fornecimento dos medicamentos objeto dos contratos mencionados, calculado de acordo o despacho da subunidade constante às fl. 1600-1613, vol. 8, cujos critérios foram reapresentados nos itens 2.20-2.37 e 2.53-2.56 da presente instrução.*

#### *Alegações de defesa referentes ao Sr. José Carlos Cativo Gedeão*

3.146. *Quanto às alegações pertinentes ao Sr. José Carlos Cativo Gedeão (ex-pregoeiro/Funasa), constante às fls. 1765 e 1766, vol. 9, é argumentado que o pregoeiro é agente responsável apenas pela condução da fase externa do pregão, a partir da publicação do edital até a adjudicação do objeto licitado ao vencedor, reunindo em si, praticamente, todas as atribuições conferidas pela Lei 8.666/93 à comissão de licitação, ou seja, sua função seria pôr em prática o edital, receber documentos e propostas, proceder ao julgamento e classificação das propostas, à habilitação das licitantes, receber recursos, e adjudicar o objeto licitado.*

3.147. *Nesse entendimento, o ex-pregoeiro não poderia ser responsabilizado por atos pertinentes à fase interna ou preparatória do certame, que não são da alçada da função por ele exercida, visto que a decisão sobre o agrupamento de vários itens no mesmo lote, as falhas na pesquisa de preços, a ausência do parecer da assessoria jurídica e a exclusão ou inclusão de itens precederam a publicação do edital, escapando da atuação e da competência do pregoeiro.*

3.148. *A defesa do ex-pregoeiro é fundamentada ainda no art. 9º do Decreto Federal 3.555/2000 (que define as atribuições do cargo que ocupava), e nos Acórdãos 687/2007–TCU–Plenário e 2389/2006–Plenário, que expressaram entendimento que afasta a responsabilidade do pregoeiro e da comissão de licitação em irregularidades decorrentes de edital ou especificação do objeto licitado, cabendo transcrição a seguir de trechos destes acórdãos:*

*Acórdão 2389/2006–Plenário:*

*Ementa:*

(...)

2. O pregoeiro não pode ser responsabilizado por irregularidade em edital de licitação, já que sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas.

*Acórdão 687/2007 - Plenário*

*Relatório*

32. Não entendemos que uma comissão permanente de licitação – que normalmente licita desde parafusos até computadores de última geração – tenha a obrigação de conhecer, a fundo, cada item licitado. Por esse motivo, concluímos que os membros da CPL não podem ser apenados (neste particular) por confiar na especificação do objeto, realizado pelas autoridades superiores da Fundação, e que contava com o aval da assessoria jurídica.

Análise

### **Quanto à atuação do gestor na elaboração das disposições do certame**

3.149. Quanto à responsabilidade pela elaboração de edital de certames licitatórios, esclarece-se que pela legislação aplicável (Lei 10.520/2002, art. 3º, inciso I; Decreto 3.555/2000, anexo I, art. 9º; Decreto 5.450/2005, art. 11), a princípio não seria o pregoeiro o agente responsável por estabelecer os parâmetros relativos ao instrumento convocatório do pregão.

3.150. Porém, no caso em análise, consoante o relatório da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar (fl. 297, vol. 1), o agente José Carlos Cativo Gedeão – que também exerceu as funções de pregoeiro do Pregão 10/2006 – foi o responsável pela elaboração do edital de licitação do certame em foco, conforme também se observa na cópia do edital do Pregão 10/2006, de 9/3/2006 e nas publicações de extratos do edital no Diário Oficial da União (fls. 1458-1473, vol. 8), e também no trecho do relatório do PAD (fl. 361, vol. 1).

3.151. Destaca-se que, nas alegações apresentadas, o Sr. José Carlos se abstém de realizar sua defesa em relação à situação fática que o colocou na relação de responsáveis deste processo (participação na elaboração do edital do certame), restringindo-se em suma a alegar que, exercendo a função de pregoeiro, teria sido responsável apenas pela condução da fase externa do pregão, o que não condiz com as evidências relacionadas no parágrafo anterior.

3.152. Considerando que o gestor se omitiu de prestar informações referente a sua atuação na elaboração do edital do pregão em análise, resta concluir, diante das evidências dos autos, que – ao assinar o edital e encaminhá-lo para publicação no DOU – o pregoeiro avocou para si as atribuições cabíveis à autoridade hierarquicamente superior, atraindo, portanto, parcela da responsabilidade pela restrição da competitividade do certame, decorrente da divisão de seu objeto em quatro lotes.

### **Quanto a responsabilidades do gestor na condução do certame**

3.153. Adicionalmente, a responsabilidade do gestor deve ser verificada ainda em relação a sua atuação na condução do Pregão 10/2006, que contribuiu para ocorrência do superfaturamento objeto deste processo.

3.154. *Conforme já destacado nos itens 3.21-3.25 desta instrução, observa-se que, se todas as propostas apresentadas tivessem sido classificadas, o pregão – cujo objeto teve valor estimado pela Funasa de R\$ 46.814.192,60 (item 3.27) – ter-se-ia alcançado um valor de adjudicação de R\$ 22.840.628,00 (não considerando os descontos da fase posterior de negociação com pregoeiro), ou seja, 49% menor que o estimado pela Funasa.*

3.155. *Nos itens já citados no parágrafo anterior demonstrou-se que as propostas vencedoras estavam entre as que apresentavam os mais elevados valores do certame e que a presença de poucos itens, fornecidos por restritos distribuidores, em cada um dos lotes já ocasionaria a classificação de apenas uma licitante por lote do certame (uma vez que os licitantes deveriam cotar preços para todos os itens de cada lote).*

3.156. *Importa ressaltar que a presente análise não pretende realizar questionamento quanto à regularidade das desclassificações das licitantes realizadas pelo pregoeiro, entretanto percebe-se que estas desclassificações se originaram diretamente da forma de divisão por itens na qual foi estipulado o Pregão 10/2006.*

3.157. *Diante de todos esses indícios, já se poderia exigir de um agente público (mesmo que não detivesse as qualificações necessárias para assumir as funções de pregoeiro) a detecção da inadequação da estimativa de preços realizada e, principalmente, a percepção da inadequação da própria forma de realização do pregão, visto que claramente as desclassificações das licitantes que apresentaram as propostas mais baixas foram decorrentes da impossibilidade de estas empresas fornecerem, nos termos do edital, alguns dos itens constantes em cada lote licitado.*

3.158. *Assim, verificar-se-iam claras evidências de que a aquisição, na forma estipulada pelo edital do pregão, não estaria atendendo aos princípios da ampla concorrência, isonomia, impessoalidade e, principalmente, da economicidade; fato que exigiria do pregoeiro o registro da restrição da competitividade na ata do Pregão 10/2006 (sugerindo a anulação do certame) ou ainda a desclassificação também da única proposta declarada classificada em cada lote, em função da não aceitabilidade do elevado valor nela apresentado, com base no inciso XII do art. 11 do Decreto 3.555, de 8/8/2000:*

*XII - declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, **quanto ao objeto e valor**, decidindo motivadamente a respeito; (grifou-se)*

3.159. *Ressalta-se, entretanto, que – quando da análise das impugnações ao edital – o agente considerou expressamente o modelo de licitação por lote válido e adequado, declarando improcedentes os questionamentos levantados, como se percebe pelo trecho da análise da impugnação da empresa Lareal Comércio e Representação de Materiais Hospitalares e Farmacêuticos Ltda., trazido pela Nota Técnica da Auditoria 45/2006/Astec/Audit/Presi (fl. 163, vol. principal):*

*A divisão em lotes atende aos interesses da administração pública, em prol do princípio da eficiência trazendo benefícios ao controle da execução do contrato. Saliente-se, que em contratos passados, a administração teve entraves operacionais com relação à cotação individualizada, tais como atrasos sistemáticos na entrega de mercadorias; sendo que o fornecimento em lote vem atender aos reclames dos administradores e, como consequência, da população.*

3.160. *Entende-se ainda que, por estar envolvido também na elaboração do edital do Pregão 10/2006, o pregoeiro estava ciente da ausência de parecer técnico da unidade jurídica da Funasa e das falhas apontadas quando da análise jurídica do Pregão 4/2006. Assim, ao julgar as impugnações impetradas, cujo objeto foi justamente a forma de divisão por lotes do objeto da licitação, o agente assume ainda parcela da responsabilidade relativa à forma de licitação*

adotada, entendendo-se comprovado, também em relação a este aspecto, o nexo de causalidade da atuação do pregoeiro no sobrepreço em análise.

3.161. *Reforça-se que a presente instrução não pretende desprezar as obrigações formais relativas à função do pregoeiro (estipulada pela legislação relacionada no item 3.150 desta instrução), entretanto considera-se que a atuação do pregoeiro deve se reger primordialmente pela obtenção do objetivo final da licitação – que é realizar, dentro dos princípios e legislação aplicáveis, a melhor aquisição possível para administração pública contratante –, reconhecendo-se assim o caráter apenas instrumental da licitação, não se podendo considerá-la como um fim em si mesmo.*

3.162. *Com base neste entendimento, deve-se observar que, no caso em tela, a atuação do pregoeiro não considerou os efeitos que o certame por ele conduzido viria a produzir sobre o erário, permitindo que se sagrassem vencedoras empresas com preços clara e significativamente superiores às demais licitantes desclassificadas (que, por seus preços cotados, caso o certame estivessem dividido por itens, teriam se sagrado vencedoras na maioria dos itens para os quais suas propostas cumpriam as exigências formais do edital).*

3.163. *Também é atribuída ao gestor a responsabilidade por ter deixado de demonstrar, na ata do Pregão 10/2006, os lances oferecidos em cada rodada de negociação até atingir os valores finais, omissão que o gestor em foco atribui à atuação da equipe de apoio, que não teria juntado ao processo licitatório o documento em apartado no qual a própria equipe teria registrado as informações em comento.*

3.164. *Entretanto, entende-se que o pregoeiro não pode eximir-se da responsabilidade pela formalização do processo licitatório, visto que, nos termos do art. 9º do anexo I do Decreto 3.555/2000, o pregoeiro é responsável pela condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço.*

3.165. *Observa-se também que compete ao pregoeiro elaborar a respectiva ata da sessão do pregão, contendo, entre outros, o registro das propostas escritas e verbais apresentadas, a qual deverá ser juntada ao respectivo processo a ser encaminhado à autoridade superior, conforme determina o Decreto 3.555/2000, anexo I, art. 21, incisos X e XI.*

3.166. *Ressalta-se ainda que no relatório 189854, a CGU constatou a existência de irregularidades na análise da documentação apresentada pelas licitantes vencedoras que também as inabilitariam ou desclassificariam as propostas por elas apresentadas (assunto tratado na presente instrução em relação à Hospfar, item 3.254; em relação à Especificarma, item 3.326; e em relação à Unicom, item 3.326), fato que representou desrespeito ao princípio da isonomia entre os licitantes.*

### **Conclusão referente à análise das alegações do Sr. José Carlos Cativo Gedeão**

3.167. *De todo o exposto, considera-se culpável a conduta do ex-pregoeiro José Carlos Cativo Gedeão, não sendo possível elidir sua responsabilidade perante o sobrefaturamento objeto desta TCE, em função da seguinte atuação do agente:*

a) *ter se arrogado na tarefa de elaborar o edital do Pregão, que se alterou a forma de licitação (anteriormente aventada pelo Pregão Presencial 10/2006 que foi revogado), de pregão eletrônico do tipo menor preço por item para pregão presencial do tipo menor preço global por lote, o que foi decisivo para que a aquisição de medicamentos em análise se desse com preços substancialmente superiores aos praticados em aquisições semelhantes ocorridas âmbito da administração pública (conforme itens 3.149-3.152);*

b) *ter julgado improcedentes impugnações referentes à escolha da forma de licitação do Pregão 10/2006, defendendo expressamente a forma na qual o pregão foi elaborado, mesmo diante do fato de o certame não possuir parecer favorável da procuradoria jurídica da fundação (itens 3.159-3.160);*

c) *ter se omitido na fase de condução do pregão com relação às restrições de competitividade decorrentes da divisão do certame por lotes, indicadas pelo baixo número de empresas licitantes e pela impossibilidade de participação de indústrias farmacêuticas e de grande número distribuidoras que não detinham condições de apresentar a totalidade de itens previstos em cada lote (itens 3.153-3.163);*

d) *ter se omitido na fase de condução do pregão com relação às restrições de competitividade identificáveis pelo fato de apenas determinados itens constantes em cada lote ter ocasionado que apenas uma proposta fosse considerada classificada em cada lote, estando estas propostas, declaradas vencedoras, entre as mais altas dentre as apresentadas (itens 3.153-3.163);*

e) *omissão do registro, na ata da sessão do Pregão Presencial 10/2006, dos lances ofertados em cada rodada de negociação até atingir os valores finais, em afronta ao Decreto 3.555/2000, anexo I, art. 21, incisos X e XI (itens 3.164-3.166).*

3.168. *Pela situação relatada e ante as evidências apresentadas na análise das alegações de defesa relativas ao responsável pela elaboração e publicação do edital do Pregão 10/2006 e pela condução e adjudicação do certame, na função de pregoeiro, entende-se que a atuação do senhor José Carlos Cativo Gedeão concorreu decisivamente para a ocorrência do dano causado ao erário de que trata os presentes autos, devendo, portanto, ser responsabilizado de forma solidária com as empresas e demais gestores da Funasa cujas responsabilidades retem caracterizadas na presente TCE, nos termos do art.16, inciso III, e § 2º, alínea b, da Lei 8.443/1992.*

3.169. *No tocante à aferição de boa-fé na conduta do responsável em foco, conforme determina o §2º do art. 202 do Regimento Interno do TCU, entende-se que não há nos autos elementos que permitam reconhecê-la, visto que o responsável possuía as condições objetivas para identificação e impedimento da restrição da competitividade do certame.*

3.170. *Desta forma, propõe-se que sejam rejeitadas as razões de justificativas/alegações de defesa apresentadas pelo gestor e julgadas irregulares as contas do Sr. José Carlos Cativo Gedeão, bem como seja **aplicada a multa** prevista no inciso III do art. 58 da Lei 8.443/1992, em função dos argumentos constantes na defesa apresentada não elidirem a responsabilidade do gestor pelos atos relacionados no ofício de audiência/citação 1327/2011-TCU/SECEX-4 (fls. 1653-1659, vol. 9), a saber:*

a) *arrogar-se na tarefa de elaborar edital do Pregão 10/2006 de cujas disposições decorreram o sobrefaturamento de que trata esta TCE;*

b) *ter deixado de registrar, na ata da sessão do Pregão 10/2006, todos os lances ofertados em cada rodada de negociação até atingir os valores finais.*

3.171. *Propõe-se ainda a **condenação em débito** nos valores de R\$ 4.734.209,04 (valor atualizado até 14/7/2010, conforme itens 2.37-2.39), referente ao Contrato 27/2006; de R\$ 17.415.007,79 (valor histórico), referente ao Contrato 28/2006; e de R\$ 2.120.233,30 (valor histórico), referente ao Contrato 29/2006, bem como a aplicação de multa proporcional aos débitos prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 ao Sr. José Carlos Cativo Gedeão, referente ao superfaturamento no fornecimento dos medicamentos objeto dos contratos mencionados, calculado de acordo o despacho da subunidade constante às fl. 1600-1613, vol. 8, cujos critérios foram reapresentados nos itens 2.20-2.37 e 2.53-2.56 da presente instrução.*

Alegações de defesa/razões de justificativas do Sr. Wagner de Barros Campos

**Quanto à inclusão do gestor na relação de responsáveis**

3.172. *Nas alegações de defesa apresentadas (documento constante às fls. 1692-1707, vol. 9), o ex-Diretor do Departamento de Administração da Funasa relata que, no âmbito da fase interna desta TCE, havia sido inicialmente responsabilizado pelo fato de ter assinado o despacho (fls. 83-84, vol. Principal) autorizando a revogação do Pregão 4/2006 e a abertura do Pregão 10/2006 sob análise.*

3.173. *No entanto, após ter apresentado suas alegações de defesa, ainda na fase interna da TCE, teria sido demonstrado que o agente não teve qualquer envolvimento direto no processo licitatório em questão, ressaltando em seu favor o trecho do relatório da tomadora de contas a seguir:*

*Análise da tomadora de contas - A análise das justificativas apresentadas demonstra que o então Diretor do Departamento de Administração. Sr. Wagner de Barros Campos permaneceu alheio aos atos praticados durante a realização do Pregão 10/06. Demonstra também que sua atuação ficou restrita ao ato de cancelar o pregão 04/06 com base na nota Técnica que alterou a forma da licitação na modalidade de pregão eletrônico por item para pregão presencial por lote.*

*Como não ficou demonstrada sua participação na realização do Pregão nº 10/06 que originou a aquisição de medicamentos com preços superiores aos preços de mercado esta tomadora de contas entende que o Senhor Wagner de Barros Campos poderá ser isento de responsabilidade no ressarcimento dos prejuízos detectados na celebração dos contratos 27, 28 e 29 para fornecimento de medicamentos (...)*

3.174. *Tendo sido a defesa do agente em foco acatada pela tomadora de contas (entendimento que foi corroborado pelo certificado de auditoria da CGU), ao considerar novamente o gestor como responsável (por meio da instrução constante às fls. 1483-1503, vol. 8) se estaria contrariando todos os procedimentos anteriores, que teriam sido elaborados por “profissionais de auditoria que vivenciaram o funcionamento e o trâmite dos processos da Entidade naquela ocasião”.*

3.175. *Segundo as alegações, também o processo administrativo disciplinar concluiu em seu relatório que o chefe da CGLOG (que ocupava cargo hierarquicamente subordinado ao ocupado pelo Sr. Wagner de Barros) teria atraído para si a responsabilidade pelos atos impugnados, em função de ter sido responsável pelo despacho de concordância com as alterações da forma de licitar os medicamentos que subsidiou a decisão do gestor em foco (trata-se do mesmo despacho mencionado anteriormente nesta instrução, fls. 83-84, vol. Principal, no qual o Sr. Wagner de Barros corrobora expressamente por texto em manuscrito o teor do documento).*

**Quanto à atuação do gestor no certame em análise**

3.176. *O ex-diretor afirma ainda que teria agido baseado na nota técnica, que fundamentou as alterações da forma de contratação e abertura de novo procedimento licitatório (constante às folhas fls. 74-82, vol. Principal), e no despacho do Coordenador da CGLOG. Assim, alega que estaria atuando em conformidade com o regular andamento do processo, destacando que é imperativo aos órgãos de controle considerar que a partir da emissão de uma nota técnica*

elaborada por profissionais capacitados os fatos e considerações nela contidos devem ser considerados como corretos e legais, destacando-se o trecho das alegações apresentadas a seguir:

*O Requerente, ao despachar no processo, baseou-se, principalmente, em uma 'NOTA TÉCNICA', devidamente instruída e legal, que veio capeada por um despacho do Sr. Coordenador da CGLOG, ambos os documentos incisivos quanto a legalidade processual da mudança do sistema de pregão, visto que, os mesmos documentos, demonstravam que a melhor forma de contratar-se a licitação seria por 'menor preço global por lote' e através do pregão presencial.*

3.177. *Na mesma linha de defesa, acrescenta que os documentos praticamente impuseram a decisão ao gestor, dando-lhe total respaldo ao despacho exarado, situação que considera análoga ao despacho do Secretário de Controle Externo, constante às folhas 1614 do vol. 8, que, ao concordar com a realização da citação nos termos propostos na instrução e despachos anteriores, estaria baseado "na total confiança no trabalho de seus subordinados, mesmo que eles não estejam praticando a verdadeira justiça".*

3.178. *Quanto ao fato de não ter enviado as alterações ao crivo da unidade jurídica para posicionamento, o gestor informa que também neste caso teria sido induzido pelo CGLOG, afirmando que "segundo o Despacho 440/2006-DEADM, firmado pelo Sr. Paulo Garcia e que capeou a 'Nota Técnica' onde se sugeriu a mudança da forma da licitação, não havia impedimento para utilizar-se o material jurídico existente".*

3.179. *Portanto, o gestor em foco entende que o parecer jurídico teria existido, não lhe cabendo a imputação pela suposta falta de pronunciamento da unidade jurídica, e alega que, diante dos argumentos apresentados, teria sido impingido a firmar o despacho que autorizou o Pregão 10/2006, tendo, entretanto, se omitido do acompanhamento dos atos posteriores da licitação, conforme transcrição a seguir:*

*A bem da verdade, é importante frisar, mais uma vez, que após esse despacho, o Requerente não mais tomou ciência da tramitação processual, visto que todo o encaminhamento que cabia ao Requerente, foi feito pelo Sr. Paulo Garcia, utilizando-se do fato de que era "Diretor-Substituto", utilizando-se desse título, mesmo quando o Requerente estava presente na Funasa.*

3.180. *Quanto às assinaturas constantes nas notas de empenhos relativas aos contratos decorrentes do pregão 10/2006, o gestor informa que a assinatura de uma nota de empenho nada mais é do que uma obrigação administrativa que deve ser concretizada em razão de já existir a contratação formal.*

3.181. *Quanto à imputação de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público (na qual o gestor é relacionado dentre os responsáveis pelas mesmas irregularidades de que trata esta TCE), o ex-diretor ressalta que também a considera incabível, em função da existência de "farta jurisprudência que alia a improbidade administrativa a má intenção ou má-fé do administrador, o que não está provado nos autos, ao contrário, o Requerente agiu com plena intenção de que estaria fazendo o melhor para a Entidade, diante de pareceres tão conclusivos".*

#### **Quanto à atuação de outros gestores que não figuram na relação de responsáveis**

3.182. *O gestor também frisa que considera incoerente que em outros processos julgados por este Tribunal ele mesmo tenha sido julgado e condenado por "autorizar o prosseguimento do processo", porém no caso em tela o Presidente da Funasa não se encontra relacionado entre os responsáveis no caso em tela, cabendo transcrição de trecho das alegações a seguir:*

*Neste caso, quem autorizou o prosseguimento do processo referente ao pregão presencial nº 10/2006, encaminhando para a CGOFI para emissão de pré-empenho e informação quanto a existência de previsão orçamentária e quanto ao impacto orçamentário e financeiro, com posterior envio a CPL para elaboração do Edital de Licitação, foi o Sr. Presidente da FUNASA à época, Sr. Paulo de Tarso Lustosa da Costa. Este fato é, no mínimo estranho, pois não era usual o Sr. Presidente dar esse tipo de despacho. Segundo a avaliação da comissão, isso foi irrelevante, razão pela qual ele não foi indiciado.*

3.183. *Outra situação, que, segundo o gestor em foco, também causaria estranheza, é o fato de que todos os pagamentos feitos pela Funasa, inclusive às empresas contratadas, terem sido autorizados pelo Sr. Francisco Danilo Bastos Forte, então Diretor Executivo, e posteriormente Presidente da entidade (Anexos II, III e IV), entretanto esse agente não figura entre os responsáveis na presente TCE.*

3.184. *Também não foi considerado nos autos o fato que, mesmo após a determinação dos órgãos de controle para que fossem suspensos todos os pagamentos às empresas contratadas, os pagamentos continuaram a acontecer com autorização do Sr. Francisco Danilo, após assumir a presidência da entidade.*

3.185. *Outra incoerência apontada seria relativa ao fato de o Sr. Vitor Antonio Miranda Derengowski não ter constado do rol de investigados na esfera administrativa por se tratar de empregado terceirizado, sem vínculo direto com a administração, desconsiderando que o citado agente assinou a nota técnica juntamente com o Sr. Eduardo Targino e que estava, segundo se sabe e se comprova, lotado no DESAI (departamento interessado no processo licitatório) prestando serviços na condição de profissional da saúde, conforme os diversos documentos constantes dos autos (fls. 875 A e V, 876, 877, 878, 880, 887).*

### Análise

#### **Quanto à inclusão do gestor na relação de responsáveis**

3.186. *Primeiramente destaca-se que o Estatuto da Funasa, Decreto 4.727, de 9/6/2003, em seu art. 9º, e o Regimento Interno, Portaria-MS 1.776, de 8/9/2003, em seu art. 32, incisos III e IV, atribuem ao Departamento de Administração (DEADM), entre outras atividades, planejar, coordenar e supervisionar a execução das atividades relativas: a patrimônio, compras e contratações; e à aquisição, armazenagem e distribuição de insumos estratégicos.*

3.187. *Ante as atribuições, estabelecidas estatutária e regimentalmente, e em função da identificação dos atos praticados pelo Sr. Wagner de Barros Campos, entendeu-se no âmbito deste Tribunal – de forma diversa às conclusões relativas à fase interna da TCE – que o ex-diretor do Departamento de Administração em foco deveria ser chamado aos autos para verificação da sua responsabilidade nos fatos objeto deste processo.*

3.188. *Assim, visto que compete ao TCU o julgamento final em processos de TCE, que considera as informações levantadas na fase interna dos autos – porém não restringindo ou vinculando a análise ou decisão –, conclui-se pela regularidade da inclusão do gestor na relação dos responsáveis, de forma consoante com a instrução e despachos anteriores que subsidiaram as citações e audiências dos responsáveis.*

#### **Quanto à atuação do gestor no certame em análise**

3.189. *Observa-se que o ex-diretor Wagner de Barros Campos manifestou expressamente, em despacho manuscrito, concordância com o Despacho 440/2006-DEADM, de 10/2/2006 (fls. 83-84), elaborado pelo então Coordenador-Geral de Recursos Logísticos, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho.*

3.190. *Com essa decisão, o gestor em foco autorizou o cancelamento do Pregão Eletrônico 4/2006 e a elaboração de novo edital em que se alteraria a forma de licitação para a aquisição dos medicamentos de pregão eletrônico do tipo menor preço por item para pregão presencial do tipo menor preço global por lote (que veio a ser o Pregão 10/2006).*

3.191. *Assim, imputa-se ao gestor a responsabilidade pela afronta ao princípio da economicidade, contemplado no art. 3º da Lei 8.666/1993, uma vez que, ao manifestar-se favoravelmente ao teor do despacho do coordenador geral de recursos logísticos, anuiu aos preços médios fixados (Mapa Estimativo, de 3/2/2006, elaborado no âmbito do Serviço de Compras e Contratos da Funasa, às fls. 85-87) e com a divisão do objeto do certame por lotes, que restringiu a competitividade do certame (conforme disposto nos itens 3.19-3.40 desta instrução), fatos estes que foram determinantes para ocorrência do sobrepreço em análise.*

3.192. *Também se destaca que, mesmo com as substanciais alterações promovidas no edital do novo pregão (Pregão Presencial 10/2006), especialmente quanto à forma de licitar, o ex-diretor do DEADM consentiu na continuidade do procedimento sem submeter à nova análise jurídica, em afronta ao disposto no art. 38, inciso VI, da Lei 8.666/1993; art. 21, inciso VII, do Decreto 3.555/2000; e art. 30, inciso IX, do Decreto 5.450/2005, de 31/5/2005 (sendo cabíveis ainda as mesmas considerações realizadas nos itens 3.65-3.86 e 3.99-3.100 desta instrução).*

3.193. *Quanto ao fato de que teria atuado baseado na nota técnica e no despacho mencionados, entende-se perfeitamente cabível de ser adotado neste processo o entendimento emanado no âmbito do TC 020.925/2007-3 (contas da Funasa exercício 2006, que originou o Acórdão 1258/2011-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro José Jorge), no qual foram refutadas alegações de defesa também apresentadas pelo Sr. Wagner de Barros Campos, com transcrição a seguir:*

173. *Por fim, o ex-titular do DEADM afirma que, ao receber documentos para assinar, entendia que as análises já haviam sido feitas pelas instâncias inferiores, atendendo sua recomendação de que fossem observadas as regras legais, e pela Procuradoria, razão pela qual considera que se deve imputar responsabilidade aos elaboradores desses documentos e aos fiscais do contrato e, não, a si.*

174. *Acerca da matéria, registre-se que este Tribunal possui entendimento firmado (Acórdãos 2540/2009-Primeira Câmara, 2753/2008-Segunda Câmara e 1801/2007-Plenário) no sentido de que a responsabilidade do gestor não é afastada neste caso, pois a ele cabe a decisão sobre a prática do ato administrativo eventualmente danoso ao erário. O fato de ter agido com respaldo em pareceres técnicos e/ou jurídicos não tem força para impor ao administrador a prática de um ato manifestamente irregular, uma vez que a ele cabe, em última instância, decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar atos administrativos, principalmente os concernentes a contratações, que vão gerar pagamentos.*

175. *O fato de o administrador seguir pareceres técnicos e jurídicos não o torna imune à censura do Tribunal. Em regra, pareceres técnicos e jurídicos não vinculam os gestores, os quais têm obrigação de analisar a correção do conteúdo destes documentos. Assim, a existência de parecer não exime o gestor de responsabilidade, a qual é aferida levando em consideração a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária,*

*operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida 42 pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, em conformidade com os arts. 70, caput, e 71, inciso II, da Constituição Federal. Desse modo, não há como acolher o argumento apresentado.*

3.194. *O principal argumento utilizado pelo gestor para se defender dos atos a ele imputados em função das atribuições do seu cargo seria o fato de ter sido vítima do titular da CGLOG, agente que lhe era hierarquicamente subordinado, mas que teria usurpado suas atribuições durante todo o período em que esteve na Funasa.*

3.195. *Ressalta-se que este mesmo argumento já foi utilizado pelo Sr. Wagner de Barros Campos em outros processos deste Tribunal nos quais o gestor foi chamado a se defender de irregularidades a ele imputadas em função do cargo que exercia na fundação.*

3.196. *No âmbito do TC 020.925/2007-3, já mencionado, foi imputada ao gestor a responsabilidade por uma série de irregularidades também referentes a descumprimento da legislação relativa à licitação e contratos, cabendo transcrição do seguinte trecho do relatório desta unidade técnica, adotado pelo relator Walton Alencar Rodrigues, que se entende cabível à análise objeto dos presentes autos:*

*168. Mesmo se admitíssemos a alegação do gestor de que teria se mantido afastado dos atos do principal contrato de suporte às atividades da entidade, poder-se-ia entender pela existência de omissão de suas competências de executar e coordenar e atividades relacionadas ao contrato em tela – a exemplo de suas próprias afirmações de que assinava documentos apenas por rotina administrativa e de que tão somente homologava nos sistemas as autorizações de viagens – e de inobservância do dever de levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que teve ciência, nos termos do art. 116, inciso VI, da Lei 8.112/1990.*

*169. Ainda que fossem válidas as alegações do responsável de que a gestão do Departamento Geral de Administração da Funasa se dava, à época, sem sua participação, sendo que as correspondentes questões eram tratadas diretamente entre o ex-titular da CGLOG e a Presidência e, em razão disso, considerássemos que recorrer ao então presidente seria medida inócua, vários outros caminhos poderiam ser seguidos para dar cumprimento ao disposto no citado dispositivo da Lei 8.112/1990. Como exemplo, podemos citar a possibilidade de levar os fatos ao conhecimento do Ministério da Saúde, ao Controle Interno ou ao próprio Tribunal de Contas da União.*

*170. Deve-se lembrar que o responsável não era obrigado a permanecer no cargo se assim não o quisesse, ainda que o ex-presidente manifestasse intenção de mantê-lo ali. Não é crível imaginar que o gestor tenha exercido o cargo por quase 2 anos – 25/8/2005 a 20/6/2007 –, inteiramente sob coação.*

3.197. *Sublinhe-se que o TC 020.925/2007-3, por meio do Acórdão 1258/2011–TCU–Plenário (atualmente em fase de recurso), julgou irregulares as contas do Srs. Wagner de Barros Campos e Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, com aplicação de multa e imputação de débito, e dada a gravidade das ocorrências, inabilitação dos gestores para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública pelo prazo de 5 (cinco) e 8 (oito) anos respectivamente.*

3.198. *Cumpra informar que os mesmos trechos transcritos nos itens 3.193 e 3.196 anteriores subsidiaram ainda a análise das alegações, também prestadas pelo Sr. Wagner de Barros Campos, no âmbito dos processos **TC 021.300/2006-8** (relatado pelo ministro Walton Alencar, que tratou da prestação de contas da Funasa referente ao exercício de 2005, julgado pelo Acórdão 1258/2011 – Plenário) e **TC 020.519/2008-2** (relatado pelo ministro Jose Jorge, que*

*tratou da prestação de contas da Funasa referentes ao exercício de 2007, julgado pelo Acórdão 1459/2011 - TCU - 2ª Câmara), dados que demonstram que as irregularidades constatadas nesta TCE não foram fatos isolados na gestão do responsável.*

3.199. *Quanto ao fato de o Sr. Wagner de Barros Campos ter sido responsável por ordenar algumas notas de empenho, relacionadas em quadro da instrução anterior, reconhece-se, em consonância ao afirmado pelo gestor, que a assinatura de tais documentos em geral restringe-se a ato formal – que analisado isoladamente – não ensejaria a imputação da responsabilidade ao gestor, no caso em tela.*

3.200. *No entanto, a assinatura das notas de empenho em foco permite concluir que o gestor detinha ciência dos elevados valores repassados periodicamente às empresas fornecedoras sem adotar qualquer procedimento para certificar-se da regularidade destes repasses (ação esta exigível ao ex-diretor, visto que supostamente não teria avaliado a regularidade da licitação realizada ou dos contratos firmados com as fornecedoras).*

3.201. *Assim, entende-se que as alegações do gestor não devem ser acatadas, pois se considera que mesmo que se admita a hipótese de que a responsabilidade direta pelas irregularidades em tela tenha sido do CGLOG, resta impossível defender que o gestor não tenha tido conhecimento das práticas por ele adotadas ou que, durante todo o período que esteve no cargo, o gestor compreendesse que a função do Diretor de Administração fosse simplesmente apor sua assinatura em despachos que corroboravam as decisões de seus subordinados, sem qualquer tipo de análise técnica (neste sentido se destaca ainda as considerações constantes nos itens 3.91-3.97 desta instrução).*

#### **Quanto à atuação de outros gestores que não figuram na relação de responsáveis**

3.202. *Quanto aos agentes citados pelo Sr. Wagner de Barros Campos, cujas responsabilidades não estariam sendo verificadas no âmbito deste processo, esclarece-se que, com relação ao Sr. Vitor Antonio Miranda Derengowski (cuja atuação foi objeto das considerações realizadas nos itens 3.109-3.114), adotou-se o mesmo entendimento firmado na fase interna desta tomada de contas, no sentido de que a responsabilidade do agente poderia ser afastada pelo fato de que esse não possuía, à época da elaboração da nota técnica, qualquer vínculo profissional com a Funasa, e, ainda, pelo fato de não haver evidências de que o mencionado agente tivesse participado de fase posterior à elaboração da nota técnica.*

3.203. *Reconhece-se que também seria razoável defender que a participação do Sr. Vitor Antonio teria contribuído decisivamente para a ocorrência das irregularidades verificada, entretanto, especificamente para o caso em tela, entende-se mais adequado imputar total responsabilidade aos servidores públicos que admitiram a participação do agente na nota técnica (dando-lhe efeitos ao corroborá-la) em ato que claramente era exclusivo de servidor público.*

3.204. *Quanto ao Sr. Paulo de Tarso Lustosa da Costa (ex-Presidente da Funasa à época dos atos) e ao Sr. Francisco Danilo Bastos Forte (que o sucedeu no cargo) não se constatou pelos elementos constantes dos autos quaisquer documentos que evidenciassem participação destes gestores por ocasião da decisão sobre a forma em que se daria a licitação, ou mesmo, em quaisquer outros atos anteriores à homologação do Pregão 10/2006, entendendo-se que apenas os documentos citados pelo ex-diretor (item 3.182-3.185) não são suficientes para ensejar a responsabilização destes gestores.*

#### **Conclusão referente à análise da defesa apresentada pelo Sr. Wagner de Barros Campos**

3.205. *Em resumo, quanto ao gestor Wagner de Barros Campos concluiu-se que:*

- a) quanto a sua inclusão no rol de responsáveis deste processo, após a conclusão da fase interna da TCE, corrobora-se a regularidade e necessidade da responsabilização do gestor em função da sua atuação nos fatos em análise e da independência das fases interna e externa do processo de TCE (conforme itens 3.186-3.187);
- b) as evidências apontam pela participação ativa do gestor na realização de outros atos administrativos, inclusive com caráter decisório, relacionados ao certame em tela (itens 3.189-3.191);
- c) o gestor é um dos responsáveis pelo 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 (item 3.192);
- d) suas alegações apresentadas no sentido que sua participação no certame se deu em função das nota e despacho realizados por servidores de nível hierárquico inferior não devem prosperar, dadas as competências e poder decisório atribuído ao cargo que exercia (conforme item 3.193);
- e) as alegações de que as suas competências funcionais teriam sido usurpadas pelo agente que a época ocupava cargo hierarquicamente inferior não merecem prosperar em função do responsável possuir, à época, condições objetivas para coibir a atuação de seu subordinado e ter participado ativamente na ocorrência das irregularidades de que trata este processo (itens 3.194-3.201).

3.206. Pela situação relatada e ante as evidências apresentadas na análise das alegações de defesa relativas ao ex-Diretor do Departamento de Administração, entende-se que a atuação do senhor Wagner de Barros Campos concorreu decisivamente para a ocorrência do dano causado ao erário de que trata os presentes autos, devendo, portanto, ser responsabilizado de forma solidária com as empresas e demais gestores da Funasa cujas responsabilidades restem caracterizadas na presente TCE, nos termos do art.16, inciso III, e § 2º, alínea b, da Lei 8.443/1992.

3.207. No tocante à aferição de boa-fé na conduta do responsável em foco, conforme determina o § 2º do art. 202 do Regimento Interno do TCU, entende-se que não há nos autos elementos que permitam reconhecê-la, visto que o responsável possuía as condições objetivas para identificação e impedimento da restrição da competitividade do certame, fato que é reforçado pela inobservância das recomendações expedidas pela unidade jurídica da Funasa.

3.208. Desta forma, propõe-se que seja **aplicada a multa** prevista no inciso III do art. 58 da Lei 8.443/1992, em função dos argumentos constantes na defesa apresentada não elidirem a responsabilidade do gestor pelos atos relacionados no ofício de audiência/citação 1324/2011-TCU/SECEX-4 (fls. 1635-1642, vol. 9), a saber:

3.209. Desta forma, propõe-se que sejam rejeitadas as razões de justificativas/alegações de defesa apresentadas pelo gestor e julgadas irregulares as contas Sr. Wagner de Barros Campos, bem como seja **aplicada a multa** prevista no inciso III do art. 58 da Lei 8.443/1992, em função dos argumentos constantes na defesa apresentada não elidirem a responsabilidade do gestor pelos atos relacionados no ofício de audiência/citação 1328/2011-TCU/SECEX-4 (fls. 1660-1667, vol. 9), a saber:

- a) autorizar a 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;

b) possibilitar a ocorrência de sobrepreço ao anuir com o mapa estimativo de preços que não abrangia pesquisa de preços praticados no âmbito da administração (mesmo após advertência da unidade jurídica sobre esta falha);

c) manifestar-se favoravelmente pela 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 pretendida promovidas pelo edital do Pregão 10/2006.

3.210. Propõe-se ainda a **condenação em débito** nos valores de R\$ 4.734.209,04 (**valor atualizado até 14/7/2010**, conforme itens 2.37-2.39), referente ao Contrato 27/2006; de R\$ 17.415.007,79 (valor histórico), referente ao Contrato 28/2006; e de R\$ 2.120.233,30 (valor histórico), referente ao Contrato 29/2006, bem como a aplicação de multa proporcional aos débitos prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, ao Sr. Wagner de Barros Campos, referente ao superfaturamento no fornecimento dos medicamentos objeto dos contratos mencionados, calculado de acordo o despacho da subunidade constante às fls. 1600-1613, vol. 8, cujos critérios foram rerepresentados nos itens 2.20-2.37 e 2.53-2.56 da presente instrução.

#### Alegações de defesa da Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.

3.211. Por meio do documento acostado às fls. 1784-1864, vol. 9, a empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. apresentou suas alegações de defesa relativa à citação no valor histórico de R\$ 2.350.935,94 (conforme explicado no item 2.37), por superfaturamento no fornecimento de medicamentos abrangidos no lote 1 do pregão 10/2006, objeto do contrato 27/2006.

#### Sobre o ressarcimento realizado pela empresa

3.212. A empresa informa inicialmente que a atuação da auditoria interna da Funasa apurou as supostas irregularidades que teriam causado prejuízo ao erário, tendo a empresa recebido notificação administrativa da Funasa sobre a conclusão da Tomada de Contas (processo 25100.030.6572007-89), na qual se solicitava o pagamento do débito de R\$ 782.258,91 (o qual corrigido e atualizado fez a importância de R\$ 1.036.798,93).

3.213. As mesmas irregularidades foram objeto ainda da Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal, que tramita perante a 13ª Vara Federal de Brasília sob o número 2009.34.00.027474-6, na qual foi requerida a indisponibilidade de bens dos acusados, tendo sido o pedido deferido pelo Judiciário, de forma cautelar.

3.214. Desta forma, a fim de garantir o resultado do processo, a empresa entendeu por bem recolher na íntegra a Guia de Recolhimento da União (GRU), no valor do débito corrigido, inobstante não concordar com a suposição de prejuízo, tendo-o feito apenas para viabilizar a continuidade de suas atividades.

3.215. Ressalta a empresa que o pagamento do valor imputado como prejuízo causado aos cofres públicos não se traduz em confissão, ou aceitação das acusações que lhe foram feitas, tendo efetuado o pagamento como um ato de boa-fé, apenas para impedir o bloqueio de seus bens e para suspender a cobrança de juros e correção monetária, destacando a empresa que pretende buscar o ressarcimento de tais valores tão logo sua conduta seja declarada legal.

#### Sobre a divisão da licitação em lotes

3.216. *Quanto à divisão da licitação em lotes, a empresa afirmou que não houve restrição ao caráter competitivo considerando que sete empresas participaram do certame, sendo que quatro delas competiram entre si em condições de igualdade, situação que estaria comprovada pelas conclusões obtidas pelo próprio relatório da fase interna da tomada de contas em tela.*

3.217. *Acrescentou que a causa da desclassificação de empresas participantes do certame não seria devido ao agrupamento dos itens em quatro lotes, mas sim, de irregularidades em suas documentações, não tendo sido comprometida a ampla competição do certame.*

### ***Quanto à existência de superfaturamento***

3.218. *Quanto ao superfaturamento dos itens contratados, a empresa alega que a própria Funasa realizou pesquisa de preço estimando os valores dos medicamentos constantes do Termo de Referência do Edital. Acresce a empresa que – de acordo com o edital – os descontos deveriam ser efetuados sobre o maior preço global por lotes, e não por itens, cabendo à Comissão Permanente de Licitação verificar se os valores eram adequados ou não.*

3.219. *Assim, a empresa não teria praticado qualquer irregularidade, não teria ocasionado qualquer prejuízo aos cofres públicos e nem tampouco induzido a administração a pagar preços superiores aos praticados no mercado, haja vista que a verificação da adequação das propostas dos licitantes competia tão somente à Comissão Permanente de Licitação.*

3.220. *A empresa considera que sua participação no certame em questão ocorreu dentro dos limites legais previstos, ofertando preços de mercado e conforme os termos fixados pela administração pública, e destaca a seu favor que a adjudicação do lote (no valor de R\$ 7.300.000,00) foi inferior ao preço previsto pela Funasa de R\$ 7.668.320,00.*

3.221. *Neste sentido, não poderia a administração – na oportunidade da licitação – julgar válida e conveniente uma proposta e posteriormente considerar a mesma proposta inadequada por não atender a condições que nem sequer constavam do instrumento convocatório.*

3.222. *A empresa informa ainda na sua defesa que, no relatório final da tomadora de contas, após ter sido analisada a defesa administrativa da empresa, teria sido reconhecido que as empresas concorreram em igualdade de condições sem qualquer ilegalidade no certame (conforme documento acostado às fls. 1.187-1.191, vol. 6).*

3.223. *Desta forma, a Hospfar – em razão de tratar-se de ato jurídico perfeito e acabado – entende inapropriada a pretensão de nulidade dos contratos, almejada pelo Ministério Público na ação civil impetrada, bem como considera desarrazoada a alegação de que os preços da empresa em foco encontravam-se superfaturados.*

### ***Sobre os critérios utilizados para o cálculo do superfaturamento***

3.224. *A empresa apresenta tabela em que seria possível observar que os preços praticados pela licitante estavam em conformidade com os preços de mercado dos medicamentos fornecidos, e com os preços estimados pela própria administração (que teria realizado pesquisa com sete fontes diferentes).*

3.225. *A empresa também contesta a ocorrência de superfaturamento sob a alegação de que se poderia verificar que os preços ofertados por ela terem sido consideravelmente inferiores àqueles ofertados por suas concorrentes, e que esses preços se encontravam dentro dos valores de mercado praticados à época (conforme preços registrados nas revistas especializados que seriam reproduções da lista de preços de medicamentos constantes do site da Anvisa).*

3.226. *Em resposta ao entendimento constante na instrução anterior (fls. 1483-1503, vol. 8), que os preços das revistas especializadas não poderiam ser utilizados como parâmetro para comparativo de preços por se destinarem ao consumidor final, a empresa alega que em tais repositórios não se encontram apenas o PMC (Preço Máximo ao Consumidor), encontrando-se também os preços de fábrica dos produtos.*

3.227. *Alega ainda que os preços constantes das revistas especializadas são reproduções dos mesmos preços oficialmente estabelecidos pela Anvisa/CMED, motivo pelo qual também podem ser adotados como parâmetro de pesquisa na ausência de outro critério que se mostre mais confiável, situação esta configurada nos presentes autos.*

3.228. *Quanto à utilização do BPS para cálculo do sobrepreço da proposta apresentada, a empresa destaca que à época da realização do certame não existia qualquer comando legal que obrigasse a licitante a cotar seus preços conforme àqueles constantes do BPS, sendo também o instrumento convocatório omissivo quanto a este aspecto.*

3.229. *A empresa ressalta que a utilização do BPS à época do certame era incipiente, por não ser alimentado pelas Secretarias de Saúde Estaduais, e assim sendo seria ineficaz como parâmetro de comparação dos preços.*

3.230. *Acresce a Hospfar às suas alegações que somente em 6/11/2009 a CMED publicou a Resolução 3, que data de 4/5/2009, que proibiu a aplicação do Preço Máximo ao Consumidor aos medicamentos de uso restrito aos hospitais.*

3.231. *Desta forma, a comparação feita pela Auditoria Interna seria inadequada considerando-se que utilizou patamares inaplicáveis ao caso em questão, já que no BPS não são inseridos preços atualizados e registrados em todos os procedimentos ocorridos na administração pública, visto que tal inserção detinha caráter facultativo à época dos fatos.*

3.232. *Ademais alega a empresa que os paradigmas de preços utilizados não foram contemporâneos ao procedimento em questão, pois se referem ao ano de 2007 enquanto o pregão realizou-se em 2006, do que decorreriam incorreções do cálculo, visto que no mercado de medicamento os preços variam não só em razão da correção monetária, mas em função de diversos fatores que influenciam substancialmente na fixação de preços de um ano para o outro, tais como a entrada de produtos genéricos, a quebra de patentes, a adoção de novas políticas de mercado.*

3.233. *Além disso, entende a empresa que a comparação de preços deve ser feita entre os mesmos produtos, e não entre aqueles que possuam tão somente o mesmo princípio ativo, já que a comparação entre um produto “ético” e um produto “similar” ou “genérico” certamente geraria uma diferença de preços entre eles registrada.*

3.234. *A Hospfar observa ainda que a comparação com preços praticados pelos próprios laboratórios fabricantes se mostraria injusta, na medida em que os distribuidores, ao formarem seus preços, incluem a sua margem de lucro, que não estaria inclusa nos preços dos fabricantes, justificando assim o menor preço praticado pelos laboratórios.*

3.235. *Desta forma, a Hospfar entende que em cada caso específico deveriam ser observados: a) as condições de participação; b) os preços estimados pela própria administração; c) quem são os participantes do procedimento (indústrias ou distribuidores); d) se os produtos registrados no BPS são os mesmos constantes da proposta (marca e nome); e) se houve alteração relativa à exclusividade de determinado produto no mercado; f) se a base de comparação dos preços é contemporânea a do preço praticado; g) os quantitativos adquiridos registrados no banco de preços; e h) se a apresentação dos produtos comparados é exatamente a mesma.*

3.236. *Salienta a empresa que no cálculo do sobrepreço não foram apresentados os comparativos em que a empresa teria apresentado preços inferiores aos cotados nos levantamentos*

realizados, ou seja, não foi levada em consideração a economia que a administração teve com vários itens que foram cotados abaixo do estimado pela administração e abaixo dos preços estimados por outros procedimentos.

3.237. A empresa apresenta ainda tabela referente à pesquisa realizada no site do Comprasnet, na qual se poderia verificar que os preços praticados por ela eram iguais ou inferiores aos praticados por outras distribuidoras em outros órgãos, demonstrando-se assim, a inexistência de superfaturamento, destacando que alguns produtos foram adquiridos pela própria Funasa com preços superiores (como por exemplo, o Acido Fólico, Ampicilina, Cetoconazol, Complexo B), situação esta que também não teria sido observada pelo levantamento feito na presente tomada de contas.

3.238. Reforça a empresa que o que se discute nos presentes autos não é tão somente a validade ou não do BPS como parâmetro para comparação de preços, mas sim, a inexistência de superfaturamento através da demonstração inequívoca que os preços praticados pela requerida eram inferiores aos preços estimados, compatíveis com os preços estabelecidos pela CMED/Anvisa (cujos preços eram exatamente os mesmos publicados nas revistas especializadas) e iguais ou inferiores aos praticados no mercado.

3.239. Ainda seria necessário considerar que, apenas após a publicação do Acórdão 217/2007–Segunda Câmara, o TCU teria firmado posicionamento sobre qual critério deveria ser adotado quando da análise da aceitabilidade de preços unitários em futuras aquisições de medicamentos no âmbito do SUS. Assim, a empresa entende que os critérios utilizados pela administração quando foi realizado o certame poderiam ser aceitos, visto que, à época dos fatos, não existia qualquer determinação expressa quanto à forma de estimativa de preços a ser utilizada.

3.240. A empresa aduz que nos autos – além do posicionamento exclusivamente pessoal da tomadora de contas – não existe nenhuma prova de conluio entre as empresas e os servidores envolvidos nem tampouco a participação efetiva das licitantes nas irregularidades apontadas.

3.241. O aludido conluio não teria sido comprovado nem sequer no Processo Administrativo Disciplinar instaurado, e por não ser cabível uma condenação sem a respectiva prova de favorecimento, não se poderia responsabilizar a empresa pela simples ineficiência da máquina administrativa na realização do certame.

### **Crerios utilizados para atualização do débito**

3.242. Conforme já exposto nos parágrafos anteriores, a empresa considera que o novo demonstrativo de débito realizado no âmbito deste Tribunal, no valor de R\$ 5.658.629,64, seria fruto de comparações inapropriadas entre produtos.

3.243. Segundo a empresa, além dos cculos constantes do demonstrativo de débito estarem eivados de erros por equívocos de comparação, os referidos cculos têm se apresentam inadequados  pretensão de cobrança na medida em que se demonstraram “escorchantes e abusivos”.

3.244. Os cculos seriam excessivos, seja por cobrar em duplicidade o valor (valor atualizado e com juros atualizados) já ressarcido pela requerida (por meio do pagamento da GRU no valor de R\$ 1.036.798,93), seja pela cobrança de juros compostos e incidência de INPC sobre o valor dos juros, o que teria elevado desproporcionalmente os valores atualizados objeto da cobrança.

3.245. A empresa observa que os cculos constantes na nova planilha de débito aparentam utilizar juros simples de um por cento ao mês, porém, de fato, estaria considerando

*correção monetária mensal com base no IPCA sobre os juros, em desacordo com a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal que veda a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.*

3.246. *Argumenta a defesa da empresa que o cálculo realizado até 5/9/2007, perfazia a importância de R\$ 3.486.084,06 mais juros (sobre juros) de R\$ 316.122,92, perfazendo um total de R\$ 3.802.206,98, saltando para R\$ 5.771.007,97 em 34 meses.*

3.247. *No entendimento das alegações de defesa apresentadas, se o valor (dos supostos e indevidos) juros sobre juros calculados até 5/9/2007 fossem realmente de R\$ 316.122,92, se atualizado apenas pelo IPCA simples até 14/7/2010, perfaria R\$ 365.788,18, e se atualizados com correção monetária pelo IPCA mais juros de um por cento, perfaria R\$ 491.216,95.*

3.248. *Dessa forma, na pior das hipóteses, o débito de R\$ 3.802.206,98 (5/9/2007), atualizado para 14/7/2010, perfaria a importância de R\$ 4.524.999,68, os quais, abatido o valor quitado atualizado de R\$ 1.036.798,93, atingiria a importância de R\$ 3.488.200,75 (14/7/2010).*

3.249. *Sendo a taxa utilizada para cobrança de débitos da União a Selic, destaca a empresa que os cálculos estariam subordinados aos precedentes jurisprudenciais do STJ, que não admitem acumulação de atualização monetária e da taxa Selic, pelo fato de a atualização já estar contemplada na referida taxa.*

3.250. *A empresa cita ainda o Acórdão 1603/2011–TCU–Plenário, que versa sobre aplicação da taxa Selic em situações nas quais é reconhecida a boa-fé do responsável:*

*9.1.1. considera-se plausível o entendimento de que a taxa Selic deve ser aplicada aos créditos oriundos dos acórdãos do TCU, exceto nos casos em que a Corte de Contas delibera pela aplicação de multa ou verifica a ocorrência de débito, mas reconhece a boa-fé do responsável, casos em que deve ser mantida a atual sistemática utilizada nos processos do TCU;*

*Análise das alegações de defesa da Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.*

### ***Sobre o ressarcimento realizado pela empresa***

3.251. *Primeiramente, impõe ressaltar que os fatos apurados na fase interna do processo de tomada de contas especiais (que se dá no âmbito da unidade que o instaurou) servem como subsídios para a atuação deste Tribunal – não vinculando ou restringindo sua análise ou julgamento final. Assim, não se verifica qualquer impropriedade no fato de a Hospfar ter sido novamente chamada aos autos em função da correção do cálculo do superfaturamento ter superado o valor inicialmente restituído pela empresa aos cofres públicos.*

3.252. *Quanto ao ressarcimento realizado pela empresa, não se pretende defender que este represente confissão de culpa por parte da empresa, entretanto cumpre destacar que, ao realizar o recolhimento do elevado montante de R\$ 1.036.798,93 (em 14/7/2010 – Anexo 3, fls. 73), a empresa demonstra não deter substanciais fundamentos para comprovar a regularidade de seus atos perante o Ministério Público Federal ou que pudessem, ao menos, impedir o bloqueio de bens pretendido pelo Parquet em sede de medida cautelar.*

3.253. *Frise-se que – ao contrário do que alegou a empresa – o ressarcimento realizado foi considerado nos presentes autos quando do cálculo dos valores ainda a ressarcir pela empresa (após os novos levantamentos realizados no âmbito deste Tribunal).*

### ***Sobre a divisão da licitação em lotes***

3.254. Quanto às alegações referentes à defesa da competitividade do certame, entende-se que a análise realizada nos itens 3.18-3.40 desta instrução é suficiente para demonstrar os efeitos da forma de licitação estipulada (divisão por lotes) na restrição da competitividade do Pregão 10/2006, destacando-se o fato de todas as empresas contratadas terem sido declaradas vencedoras em função da desclassificação das propostas de todas as demais empresas licitantes de cada lote do certame.

3.255. Ademais, verifica-se que a CGU concluiu no relatório 189854 pela existência de irregularidades na análise da documentação apresentada pelas licitantes vencedoras que também as inabilitariam ou desclassificariam as propostas por elas apresentadas. Especificamente sobre a Hospfar, a CGU concluiu pela existência de falhas na documentação comprobatória das condições estipuladas em edital, com transcrição a seguir (fls. 16-17, vol. Principal):

g.3) A empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., vencedora do Lote 01 da licitação, disponibilizou o Instrumento Particular de Constituição de Sociedade Limitada de 01/02/1991, a “28ª Alteração Contratual e Consolidação das Alterações e do Contrato Social”, de 09/01/2006 (fls. 575/580, volume 04) e a Procuração para Representação Comercial “Ad Negocia”, de 07/12/2005 (fls. 584, volume 04), relativamente ao CNPJ 26.921.908/0001-01 (matriz Goiânia-GO), ao passo que as demais informações contidas nos diversos documentos indicam o CNPJ 26.921.908/0002-02 (filial Brasília-DF), indicando não cumprimento das condições estabelecidas pelo Pregão 10/2006, entre os quais as relativas aos itens 7.1.3 , alínea “a”, 7.1.8, alínea “c” que indica:

(...)

g.4) Não foi apresentada, nos termos determinados pelo artigo 7.1.4, alínea “e” do Edital do pregão nº 10/2006, a autorização de funcionamento da empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. junto ao Ministério da Saúde, publicada no DOU, evidenciando a data, página, seção e número, bem como o documento que concedeu a referida autorização, contendo, tão somente, cópia da Autorização Especial de Funcionamento de Empresa nº 1.20.982-6, de 28/08/2002 (fls. 1840, volume 09).

Relativamente à autorização de funcionamento das empresas junto ao Ministério da Saúde, conforme solicitado pelo item 7.1.4, alínea “e” do edital do pregão, observamos que a licitante Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. **anexou somente a documentação das empresas fabricantes Neo Química, Sanofi, Medley, Cristália e Eurofarma, faltando todas as demais autorizações relativas às empresas fabricantes de medicamentos constantes da proposta da empresa, relativa ao lote 01, quais sejam: Sanval, Geolab, Pharlab, Ranbaxy, Bayer/Roche, Hypofarma, Boehringer e União Química.** (grifou-se)

### **Quanto à existência de superfaturamento**

3.256. Quanto à base de preços de medicamentos utilizada pela empresa para questionar a existência de superfaturamento, deve-se esclarecer que se trata de uma publicação periódica direcionada ao mercado de farmácias (revista Kairos, com cópias fls. 1835-1864, vol. 9), como se pode observar inclusive pela presença de publicidade de página inteira de laboratórios e medicamentos farmacêuticos, ou mesmo pela menção observada no canto superior esquerdo

presente nas capas desta revista: “publicação dirigida aos médicos, farmacêuticos, odontólogos e outros profissionais de saúde”.

3.257. Assim entende-se incabível a utilização dos preços constantes na mencionada revista como comparativo para vendas de larga escala realizadas pelo setor público ou privado. Em consonância ao entendimento expresso comprova-se ainda pelo texto transcrito a seguir, retirado do site da revista mencionada (<http://brasil.kairosweb.com/revista.html>), a que público alvo a publicação é destinada:

*A Revista Farmacêutica Kairos é uma publicação mensal, com mais de 20 anos de mercado, destinada ao segmento farmacêutico de todo país. É composta basicamente da parte editorial; que proporciona informações diversificadas do mercado desde lançamentos de produtos até entrevistas interessantes e matérias atuais, e do Suplemento de preços; material de suma importância para o dia-a-dia do farmacêutico e balconista. (grifou-se)*

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

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

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

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

3.261. Quanto à tabela apresentada na defesa da empresa referente à pesquisa realizada no site do Comprasnet, observa-se que não são apresentadas as quantidades adquiridas para cada uma destas aquisições pesquisadas, enfraquecendo o argumento apresentado, visto que compras em pequena escala tendem a ter preços mais elevados pela lógica de mercado (mesmo entendimento que inviabiliza a utilização das publicações destinadas ao mercado farmacêutico para comparativo com preços praticados pelas vencedoras do pregão em análise).

3.262. No entanto, entende-se que, ao tratar a pesquisa no Comprasnet como parâmetro de comparação para os preços por ela praticados, a empresa dá validade a um dos critérios utilizados por esta unidade técnica para cálculo do sobrepreço dos produtos abrangidos no Pregão 10/2006 (conforme descrito na introdução desta instrução), já que uma das consultas que serviu de base de cálculo do sobrepreço inclui registros obtidos do BPS e Comprasnet (porém

*considerando-se quantitativos fornecidos e refinamentos da base, que diferencia sobremaneira esta consulta daquela trazida aos autos pela empresa).*

### ***Sobre os critérios utilizados para o cálculo do superfaturamento***

3.263. *Entende-se que a metodologia e confiabilidade do cálculo do débito realizado no âmbito desta unidade técnica já foram detalhadamente apresentadas e defendidas na parte introdutória desta instrução, passando-se à análise de questionamentos específicos trazidos aos autos pela Hospfar.*

3.264. *Primeiramente, refuta-se a alegação de impropriedade no fato de a proposta da Hospfar, realizada com base nos valores praticados em 2006, ter sido comparada com consulta BPS/Comprasnet (apenas um dos critérios utilizados no cálculo do sobrepreço), cujos registros eram referentes ao ano de 2007.*

3.265. *Considera-se que o mercado de medicamentos, como todos os demais setores da economia, tende a absorver a inflação medida entre dois períodos de análise. Nesta hipótese, ao se considerar valores de aquisições do ano de 2007, se estariam admitindo patamares de comparação superiores aos que, de fato, seriam praticados em semelhantes aquisições ocorridas no ano anterior (ano da apresentação das propostas).*

3.266. *Ademais, conforme notícia embasada em pesquisa da FGV, acostada às folhas 1869-1871, vol. 10, constatou-se no período de 2003 a 2006 a ocorrência de alta dos preços de medicamentos acima da inflação medida no período. Também teria se observado, no período de 2006 e 2007, aumento do valor do dólar (folha 1872-1873, vol. 10), fato que também só poderia ter contribuído para elevação dos preços dos medicamentos.*

3.267. *Desta forma, o levantamento de preços realizado por essa unidade técnica com base em preços de medicamentos do ano de 2007, ao contrário do que alega a empresa, só poderia ter favorecido as empresas licitantes, pois se estaria a comparar preços atualizados do mercado de 2007 (em patamares superiores aos do ano anterior) com os preços (não atualizados monetariamente) praticados na proposta apresentada em 2006.*

3.268. *Em que pese acarretar em cálculo de débito inferior ao que de fato poderia ser imputado, essa metodologia adotada por esta unidade técnica serviria como mais um fator de segurança para garantia do cumprimento do que prescreve o inciso II do §1º do art. 210 do RITCU, segundo o qual a estimativa do débito deve ser apurada pela quantia que seguramente não excederia o real valor devido (conforme detalhado na parte introdutória desta instrução).*

3.269. *Destaca-se que não foi demonstrado pela Hospfar como eventos que ocorrem de forma esporádica no mercado (a exemplo da adoção de políticas de mercado, quebra de patentes, lançamento de genéricos e outros citados pela empresa) teriam atingido especificamente os 33 itens do Lote 1 vencido pela Hospfar de tal maneira que pudesse influenciar tão substancialmente no comparativo de preços realizado com a utilização de registros de preços do ano seguinte ao da celebração do contrato.*

3.270. *Deve-se observar que, dada a improvável situação de queda do preço de alguns dos medicamentos relacionados no Lote 1, durante o período de vigência do contrato, o fornecimento desses estaria se dando de maneira mais lucrativa para a empresa contratada, já que continuaria sendo paga pelos valores do contrato celebrado, entretanto estaria fornecendo medicamento de preço mais baixo que à época da contratação.*

3.271. *No entanto, ao contrário da hipótese do parágrafo anterior, verifica-se, pelas alegações referentes aos três responsáveis que apresentaram suas defesas em conjunto (item 3.45), que nos preços cotados pelas licitantes estaria incluído percentual de custo relativo à variação*

positiva dos preços dos medicamentos a serem fornecidos no período de um ano de vigência contratual, período de validade das atas do SRP.

3.272. *A Hospfar afirma ainda que não teria atuado em conluio com as demais licitantes ou com servidores da Funasa, não cabendo à empresa a acusação sobre o sobrepreço identificado no certame. Deve-se, portanto, esclarecer que os presentes autos não se prestam a apurar a existência de conluio no Pregão 10/2006, até mesmo porque, configurada esse tipo de situação, os fatos estariam sujeitos a outros tipos de procedimentos, na instância administrativa, tendentes a declarar a inidoneidade das empresas envolvidas, com o encaminhamento ao Ministério Público Federal por tratar-se de crime tipificado na esfera penal.*

3.273. *Por outro lado, ao argumentar que a empresa não poderia ser penalizada pela ação dos agentes públicos responsáveis pelo Pregão 10/2006, a Hospfar se equivoca ao partir da premissa de que estaria sendo punida com a imputação do débito em análise, esquecendo que a imputação de débito é medida reparadora, e não punitiva, que neste processo busca a reparação de dano ao erário, desconstituindo o enriquecimento sem causa atribuído às empresas envolvidas, tendo os responsáveis da Funasa sido chamados em solidariedade por terem atuado de forma a permitir que o indevido beneficiamento ocorresse.*

3.274. *Ademais – conforme consta no próprio ofício pelo qual se realizou a citação – a solidariedade na reparação do débito dos agentes responsáveis e as empresas que se beneficiaram das irregularidades identificadas é expressamente prevista no art. 16, § 2º, b, a Lei 8.443/1992, cumprindo o requisito estabelecido no art. 265, do Código Civil, que dispõe que a “solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”, estando também esta solidariedade convalidada de longa data pela jurisprudência deste Tribunal.*

3.275. *Cabe ainda mencionar que nos itens 79 e 80 da instrução anterior (fl. 1483-1503, vol. 8) foi destacado posicionamento deste Tribunal (Acórdão 4.205/2010-TCU-2ª Câmara) que tratou de situação semelhante de superfaturamento, tendo sido julgadas irregulares as contas dos responsáveis, condenando-os em débito em solidariedade com a empresa com base também no art. 25, § 2º da Lei de Licitações (que prevê a responsabilidade solidária do fornecedor ou prestador de serviços, em superfaturamento nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis).*

3.276. *Na ocasião do acórdão mencionado foi utilizado o entendimento jurisprudencial no sentido de que, embora o dispositivo mencionado somente faça alusão às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, uma interpretação sistemática da Lei 8.666/93 permite concluir que a possibilidade de responsabilização é extensiva a todos os contratos administrativos, mesmo não se tratando de contratação direta.*

3.277. *A Hospfar apresenta ainda críticas aos levantamentos realizados por esta unidade técnica, pois teriam sido utilizados nos cálculos preços de medicamentos com dosagens ou apresentações diferentes da estipulada no Pregão 10/2006. No entanto, este argumento não deve prosperar, visto que se observa que nos comparativos realizados foram cotados medicamentos: a) cujas dosagens fossem equivalentes (mesmo que **alguns poucos medicamentos** estivessem em outra forma de apresentação, como por exemplo, um medicamento na apresentação 250mg/5ml e o mesmo medicamento na apresentação 50mg/ml); ou b) medicamentos de dosagens superiores aos cotados no Pregão 10/2006 (nesse caso, por apresentarem maiores preços que os estipulados no pregão, se estaria beneficiando as contratadas no comparativo realizado para fixação do valor do débito).*

3.278. *Quanto ao argumento de que a comparação com a base BPS/Comprasnet não teria sido razoável por incluir preços de medicamentos obtidos diretamente dos laboratórios fabricantes, além das considerações a respeito do conservadorismo do cálculo realizadas na*

*introdução desta instrução, vale destacar que o certame não possibilitou a participação de laboratórios justamente por uma das irregularidades ter sido a forma em que foi elaborado (a divisão por lotes), conforme item 0 desta instrução, da qual decorreu o sobrepreço em análise.*

3.279. *Verifica-se que a Hospfar argumenta que, ao utilizar alguns dos itens do BPS, referentes à aquisição direta com laboratório, não se estaria considerando a parcela de lucro que encareceria os custos das distribuidoras de medicamento, entretanto a mesma empresa não considera os elevados custos operacionais das farmácias (embutidos nos preços das vendas a varejo ao consumidor, constantes das revistas periódicas citadas na defesa) quando da realização dos comparativos com os preços praticados pela própria distribuidora no Pregão 10/2006.*

3.280. *Com relação às alegações referentes a não terem sido considerados os preços por ela praticados que estavam em patamares de valor mais baixos que os obtidos no levantamento realizado (o que supostamente compensaria parte do débito calculado), deve-se frisar que foram utilizados no levantamento deste Tribunal os mais elevados valores dentre os critérios de referência adotados (conforme já explicado na introdução deste trabalho), prezando-se assim pelo conservadorismo da avaliação.*

3.281. *Desta forma, os preços de medicamentos cotados pelas licitantes em patamares mais baixos que os levantamentos realizados no âmbito desta unidade técnica não podem ser considerados como economia para a administração, apenas significam que alguns medicamentos cotados não atingiram os mais elevados patamares dentre os quatro critérios utilizados para o comparativo de preços (relacionados no item 2.34 desta instrução), vale dizer, nesses casos apenas houve menor sobrepreço*

#### ***Crerios utilizados para atualizaço do d6bito***

3.282. *Quanto ao reconhecimento da boa-f6 da Hospfar (o que poderia evitar a incid6ncia de juros de mora na atualizaço do d6bito calculado), entende-se que o ressarcimento realizado n6o pode ser visto para fins de reconhecimento da boa-f6 da empresa respons6vel, pois, no fato em an6lise, a empresa teria sido movida a realizar o pagamento do d6bito calculado pela Funasa (em 14/7/2010) t6o-somente em funço da aço impetrada pelo Minist6rio P6blico, que buscava o bloqueio dos bens da empresa, conforme se verifica pelos pr6prios argumentos apresentados (conforme itens 3.212-3.215), n6o se podendo interpretar que tal motivaço corresponda um ato de boa-f6. Tanto 6 que tal recolhimento se deu mais de um ano e meio ap6s a conclus6o do relat6rio da tomadora de contas (em dez/2008 – fls. 1331-1335, vol. 7), a considerar a sua vers6o inicial, ou um ano e dois meses depois, se considerado o relat6rio complementar (maio/2009 - fls. 1365-1369).*

3.283. *Quanto aos crerios utilizados para a atualizaço do valor hist6rico do d6bito calculado por esta subunidade t6cnica, deve-se verificar que o c6culo foi realizado por sistema informatizado deste Tribunal, que se baseia na decis6o 1.122/2000 TCU – Plen6rio, e nos art. 28 c/c os art. 14 e 23, III, b da Lei n6 8.443/92, c/c os arts. 16, 26 e 36 da Lei n6 6.822/80. Assim, considerando que estas s6o disposiçoes s6o comuns a todos os c6culos de d6bito deste TCU, n6o caberia a esta unidade t6cnica a compet6ncia para elaboraço ou adoço de crerio diverso do estabelecido.*

#### ***Conclus6o referente 6s alegaçoes apresentadas pela Hospfar Ind6stria e Com6rcio de Produtos Hospitalares Ltda.***

3.284. *No tocante 6 aferiço de boa-f6 na conduta da empresa em foco, conforme determina o § 26 do art. 202 do Regimento Interno do TCU, entende-se que n6o h6 nos autos*

*elementos que permitam reconhecê-la visto que a empresa – se beneficiando das falhas na pesquisa de preços realizada e da restrição da competitividade do certame – praticou preços no Pregão 10/2006 substancialmente superiores aos registrados em aquisições de medicamentos semelhantes no âmbito da administração pública.*

3.285. *Conforme se informou nos itens 2.37-2.39, apenas para que não restem dúvidas a respeito do cálculo do saldo do débito relativo ao Contrato 27/2006, ainda não ressarcido ao erário, opta-se nesta instrução por se considerar a atualização **até a data de 14/7/2010**, na forma adotada por este Tribunal, dos valores dos débitos apurados em cada ordem bancária paga (o que resulta em R\$ 5.771.007,97), subtraindo-se deste montante a quantia ressarcida aos cofres públicos **na mesma data** (R\$ 1.036.798,93). Assim, obtém-se a diferença a ser ressarcida no **montante de R\$ 4.734.209,04 (atualizado na data 14/7/2010)**.*

3.286. *Esclarece-se ainda que pelo fato de os argumentos apresentados pela empresa relativos ao reconhecimento da sua boa-fé (para fins de cálculo do valor real débito imputado) não poderem ser acatados (conforme itens 3.282-3.283 anteriores), o valor do débito ainda a ressarcir, no montante de R\$ 4.734.209,04, deve ser atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, calculados **a partir de 14/7/2010**, até a data do efetivo recolhimento.*

3.287. *Isto posto, propõe-se que sejam rejeitadas as alegações de defesa apresentadas pela Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. e julgadas irregulares as contas da empresa, e ainda seja **condenada ao débito no valor de R\$ 4.734.209,04 (valor atualizado até 14/7/2010)**, com a aplicação de multa proporcional ao débito prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, de forma solidária com os gestores da Funasa cujas responsabilidades restem caracterizadas nos presente autos, relativo à diferença do superfaturamento calculado no fornecimento dos medicamentos objeto do Contrato 27/2006 – de acordo o despacho da subunidade constante às (fl. 1600-1613, vol. 8), cujos critérios foram reapresentados nos itens 2.53-2.56 e 2.20-2.37 da presente instrução.*

*Alegações de defesa da Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.*

3.288. *Por meio do documento acostado às fls. 1723-1762, vol. 9, a empresa Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. apresentou suas alegações de defesa relativas à citação no valor histórico de R\$ 17.415.007,79, por sobrepreço de medicamento constante nos lote 2 e 3 do pregão 10/2006, que foram objeto do contrato 28/2006.*

*Sobre a responsabilidade da empresa pelos atos analisados*

3.289. *A Especificarma reafirma em suas alegações os argumentos apresentados quando da defesa perante a comissão de TCE formada pela Funasa, sustentando que não pode ser responsabilizada pelo suposto sobrepreço, pois não teria causado qualquer prejuízo ao erário, tendo sempre agido de acordo com a boa-fé exigida.*

3.290. *Utilizando-se da teoria da culpabilidade, a empresa entende que não houve da sua parte conduta dolosa ou culposa capaz de caracterizar o dever de indenizar, dada a ausência de nexo causal entre as condutas praticadas pela Especificarma e o suposto dano causado ao erário (em função deste ser originado na fase interna dos certames, na qual os licitantes não participam).*

3.291. *Segundo a empresa – conforme a teoria da responsabilidade objetiva do Estado – em caso de condenação da defendente, o próprio Estado correria o risco de ser responsabilizado*

*solidariamente em face da conduta praticada por seus agentes públicos, que ora estão gerando toda a demanda em análise.*

### ***Sobre a existência de superfaturamento***

3.292. *Segundo a defesa, a proposta apresentada pela Especificarma estaria de acordo com índices de preços aceitos pelo Tribunal de Contas da União e, ainda que os preços não estivessem dentro desses parâmetros, ressalta a empresa que inexistiria nexo causal entre as condutas por ela praticadas e o suposto dano ocorrido.*

3.293. *Seria incontroverso nos presentes autos que os preços ofertados pela Especificarma eram menores do que os existentes no termo de referência do edital promovido pela Funasa e daqueles previstos na revista ABCFARMA e no guia BRASÍNDICE.*

3.294. *Em relação à análise desenvolvida pela Secex-4 na instrução anterior, no sentido que os valores previstos na revista e no guia mencionados não poderiam ser considerados válidos por este Tribunal para fins de comparativos de preços praticados em licitações públicas, a empresa argumenta que se constata a existência de julgados do próprio TCU que aceitaram, na análise de preços praticados por licitantes, os mesmos índices apontados pela Especificarma (citando Acórdão 1428/2010-TCU-1ª Câmara, TC 004.952/1995-2).*

3.295. *A própria empresa relembra que, na instrução do TC 004.952/1995-2, a unidade técnica também havia defendido que os critérios utilizados (ABCFARMA e BRASÍNDICE) seriam inadequados para fins de atendimento ao inciso IV do art. 43 da Lei 8.666/93, pois teriam permitido que as empresas vencedoras do certame, realizado pela Central de Medicamentos (CEME), cotassem preços significativamente superiores aos praticados em aquisições realizadas por diversos outros órgãos e entidades da administração pública federal.*

3.296. *Entretanto, o posicionamento deste Tribunal advindo do Acórdão 1428/2010-TCU-1ª Câmara considerou válida a utilização dos índices das publicações mencionadas, em razão da inexistência de parâmetro legal à época dos fatos para avaliação dos preços praticados, com transcrição a seguir de trecho do relatório que subsidiou o voto do acórdão em tela:*

*Já para a segunda e terceira situações, avalia-se o requisito expresso no inciso IV do art. 43 da Lei n. 8.666/93, isto é, se a norma legal foi cumprida ou não, aferindo a conformidade das propostas com os preços correntes no mercado. Aqui o que nos chama a atenção é que **os índices de preços do caderno de preço da ABCFARMA e BRASÍNDICE foram aceitos pelo Relator do caso paradigma**. Frisa-se apenas que tal assunto será abordado mais a frente, pois não se busca discutir agora a validade ou não destes valores. (grifos das alegações de defesa)*

3.297. *Segundo a empresa, o ponto mais importante a ser destacado no Acórdão 1428/2010-TCU-1ª Câmara é que a decisão não desconhece a recente jurisprudência do TCU, no sentido de não se aceitar tais índices como aferições de preços, entretanto afasta tal entendimento no caso analisado tendo em vista que os julgados da época permitiam a utilização do ABCFARMA e BRASÍNDICE como parâmetro para contratações de medicamentos.*

3.298. *A Especificarma alega ainda que, para composição dos custos dos medicamentos constantes na proposta apresentada, a empresa teria levado em consideração o fato de a proposta ofertada pela empresa ter a validade de um ano (o que diferenciaria a aquisição em relação a outras com previsão de pronta entrega dos medicamentos).*

3.299. *A empresa conduz sua defesa afirmando que, segundo a Resolução 2, de 5/3/2004, da CMED, a fixação de preço-fábrica deveria ser feito por meio de média calculada em*

*função dos preços de mercado praticados em vários países. Este cálculo deveria servir de base para fixação dos preços dos medicamentos a serem praticados em âmbito nacional.*

3.300. *A Resolução 2/2004 também previa a utilidade de um Coeficiente de Adequação de Preço (CAP), este coeficiente é um fator de redução a ser aplicado sobre os preços fábrica dos produtos farmacêuticos que, a partir da publicação da resolução, passaram a ser vendidos no mercado interno brasileiro.*

3.301. *No entanto, até a vigência da Orientação Interpretativa 2/2006, de 13/11/2006, a empresa entende que o gestor público não era obrigado a seguir um critério específico de preços, entendimento esse reforçado pelo Acórdão 1437/2007-Plenário, que frisou que o CAP não teria efeitos passados, tendo somente aplicabilidade imediata aos casos judiciais ou outros excepcionais, sendo, desta forma, um “valor teto” para as futuras compras governamentais de medicamentos.*

3.302. *Os preços apontados pela CMED só teriam passado a ser considerado como parâmetro pelo TCU apenas no corrente ano, com a prolação do Acórdão 1146/2011-Plenário, assim, para fatos anteriores a essa decisão, notar-se-ia a insegurança jurídica vivenciada tanto pelos agentes públicos, quanto pelas empresas do ramo, pois, dependendo do critério utilizado pelos órgãos de controle, a proposta poderia ou não ser considerada superfaturada.*

3.303. *Assim, a empresa entende que o TCU não tinha, até a prolação do Acórdão 1146/2011, um parâmetro fixo e incontroverso sobre os critérios a serem adotados pelos gestores públicos ao comprarem medicamentos. Não havendo parâmetro seguro aplicável à época da contratação em foco, o direito à ampla defesa e ao contraditório restaria prejudicado.*

3.304. *Visto que o delineamento dos critérios a serem adotados é posterior à licitação e à contratação em análise, entende a Especificarma que não haveria parâmetro para cálculo do superfaturamento. Assim não haveria irregularidade alguma nos preços orçados pela empresa defendente, e mesmo que os valores da CMED existissem à época, o preço de mercado não poderia ser desconsiderado (em consonância com o Acórdão 3615/2007-Primeira Câmara).*

3.305. *A Especificarma questiona ainda o entendimento de que a opção pelo tipo pregão por menor preço global por lote tenha sido antieconômico para o Erário, alegando que essa forma de pregão tem sido comum nas diversas esferas da administração, conforme alguns editais de licitação trazidos aos autos pela empresa (anexo 2, fls. 8-349): edital 44/2009 da Prefeitura de Campos dos Goytacazes/RJ; edital 133/2010 do Governo de Rondônia; edital 1/2010 do Consorcio Intermunicipal do Vale do Rio Cai (Cis/Cai); edital 87/2009 da Marinha do Brasil; e edital 25/2010 da Prefeitura de Castelo/ES.*

3.306. *Segundo entende a Especificarma, fosse o pregão realizado pelo menor preço unitário, dezenas de itens de especial relevo para o público alvo, mas incapazes de gerar interesse financeiro para os laboratórios, certamente não seriam cotados por nenhuma empresa.*

*Análise das alegações de defesa da Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.*

### ***Sobre a responsabilidade da empresa pelos atos analisados***

3.307. *Primeiramente, assim como destacado na análise das alegações de defesa da Hospfar, deve-se atentar para o fato de que a presente tomada das contas não tem elementos para comprovar a existência de possível conluio entre as empresas e os servidores envolvidos no Pregão 10/2006. O que se analisa nos presentes autos é a questão de sobrepreço das propostas*

apresentadas (e conseqüentemente o superfaturamento das aquisições realizadas), que teria beneficiado diretamente as empresas contratadas.

3.308. Quanto ao argumento da Especificarma de que não pode ser responsabilizada, por não haver participado de ato ilícito e uma vez que não tinha razões para desconfiar de qualquer suposta ilegalidade ou incorreção no edital do pregão, esclarece-se que a esse respeito a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido da responsabilização solidária da empresa contratada, no caso de restar evidenciado o sobrepreço.

3.309. Tal responsabilidade decorre do disposto no art. 16, §2º, b, da Lei 8.443/1992, visto que os fatos ocorridos beneficiaram as empresas contratadas, e conforme já destacado em relação à alegação semelhante trazida pela Hospfar (itens 3.272-3.274 desta instrução), percebe-se que a imputação de débito é medida que visa à restituição de valores ao erário, recompondo o dano identificado, não se confundindo com medida punitiva que dependeria da comprovação da intenção dolosa das empresas envolvidas, a qual, se comprovada, resultaria em aplicação de inidoneidade para licitar com a administração pública e encaminhamento ao Ministério Público Federal para as providências relacionadas à área penal.

3.310. Cabe ainda mencionar que a jurisprudência deste Tribunal admite que a imputação de débito em solidariedade à empresa envolvida em sobrepreço/superfaturamento decorre ainda da interpretação sistemática do art. 25, §2º da Lei de Licitações, que permite concluir que a possibilidade da solidariedade prevista no artigo citado é extensiva a todos os contratos administrativos, mesmo não se tratando exclusivamente dos casos de contratação direta de bens e serviços (conforme itens 3.275-3.276).

### **Sobre a existência do superfaturamento**

3.311. Quanto à inexistência de critérios válidos para o cálculo do sobrepreço, em função de este Tribunal só ter firmado entendimento sobre os critérios de aceitabilidade de preço de medicamentos em data posterior aos fatos em análise, entende-se que o assunto já foi suficientemente tratado nos itens 2.53-2.56 e 2.20-2.37 da presente instrução, pelos quais se concluiu que nos presentes autos foi elaborado um confiável e conservador critério referencial de preços para fins de imputação do débito de que trata esta TCE, inclusive com a utilização de múltiplas bases de registro de medicamentos (em especial, dois pregões realizados por unidades da própria Funasa), conforme se destacou nos itens mencionados.

3.312. Assim, em virtude de a análise realizada ser conclusiva quanto à existência de dano ao erário decorrente dos preços praticados pelas licitantes no Pregão 10/2006, defende-se a existência do débito no montante estimado pela metodologia utilizada no âmbito desta Unidade Técnica, mesmo que à época dos fatos a jurisprudência deste Tribunal não possuísse entendimento pacífico quanto aos referenciais preços a serem utilizados na aquisição de medicamentos. Relembre-se que isso não representou impedimento para que este Tribunal imputasse débito e/ou multa em diversas ocasiões, conforme apontamentos do item 2.56.

3.313. Quanto à utilização do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde como um dos quatro parâmetros para comparação dos preços praticados no Pregão 10/2006 (relacionados no item 2.34), ressalta-se que a utilização desta base de dados se funda em jurisprudência deste Tribunal, destacando-se a defesa da utilização do BPS realizada nos itens 3.263-3.280, em função de alegações semelhantes apresentadas pela empresa Hospfar.

3.314. Quanto à compatibilidade alegada pela Especificarma dos preços por ela praticados com os registrados em publicações farmacêuticas (no caso ABCFARMA e do guia Brasíndice), conforme já argumentado quando da análise das alegações de defesa da Hospfar

(itens 3.256-3.262), a comparação pretendida não se configura aceitável pelo fato de essas publicações **conterem apenas preços praticados pelas distribuidoras junto ao mercado de farmácias e preços de vendas referentes à venda dos medicamentos farmácias ao consumidor final**, ou seja, valores de referência para vendas de medicamentos em pequenas quantidades, situação não análoga com os elevados quantitativos de aquisição previstos no Pregão 10/2006.

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

3.316. Quanto ao acórdão que fundamenta as alegações da Especifarma (1428/2010-TCU-1ª Câmara), que – em razão da inexistência de parâmetro legal à época dos fatos – teria considerado válida a utilização dos índices da revista ABCFARMA e do guia Brasíndice, cabe tecer algumas considerações pelas quais se entende que a decisão não deve ser aplicável à situação tratada nos presentes autos.

3.317. Primeiramente, esclarece-se que, apesar de o mencionado acórdão ter sido publicado em 26/3/2010, os fatos nele tratados se referem à Concorrência 2/94 (Edital 3/1994), **que data do ano de 1994**; desta data até o ano 2006 (ano de realização do Pregão 10/2006), deve-se destacar que houve substancial avanço referente: a) às formas e procedimentos de licitação existentes (vale lembrar que o pregão foi instituído pela Lei 10.520, de 17/7/2002); b) ao desenvolvimento e à confiabilidade da base de preços de medicamentos; c) à expansão do mercado de medicamentos no Brasil; d) a avanços de estruturação e qualificação do serviço público federal; e e) redução dos índices inflacionários vigentes à época.

3.318. O próprio relatório que subsidiou o voto do Ministro-Relator no Acórdão 1428/2010-TCU-1ª Câmara reconhece a precariedade dos parâmetros que poderiam ser utilizados, a época, pelos gestores para estimar os preços das aquisições de medicamentos, conforme trecho a seguir:

*Oportuno mencionar que não há nos autos referências sobre a existência, já naquela época, do Banco de Preços da Câmara de Medicamentos/CMED, o Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde, o Banco de Preços dos Núcleos Estaduais do Ministério da Saúde e outros sistemas de informações relativos a compras das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde.*

3.319. Além disso, a Concorrência 2/94 possuía diversas características que a distinguia do pregão 10/2006, que, destacadas expressamente no relatório do acórdão em comento, foram decisivas para a decisão prolatada, tais como: exigência de embalagens específicas; fixação de repasse de 5% ao Funceme; e – principalmente – a previsão de inclusão de percentual de 12 a 25% relativo ao frete na distribuição dos medicamentos na composição dos custos das propostas apresentadas (visto que as despesas com frete estavam sob responsabilidade do fornecedor).

3.320. Assim, para a situação específica da Concorrência 2/94, o Tribunal optou, no Acórdão 1428/2010-TCU-1ª Câmara, por considerar os preços das publicações mencionadas como critério comparativo de preços – em respeito, principalmente, ao princípio da razoabilidade a que devem estar submetidos seus julgados.

3.321. Desta forma, pelo fato de a situação apresentada nos parágrafos precedentes diferir clara e substancialmente da verificada no Pregão 10/2006, refuta-se a aplicabilidade ou analogia do entendimento expresso pelo Acórdão 1428/2010-TCU-1ª Câmara à análise dos fatos em apreço.

3.322. *Destaca-se ainda que o entendimento predominante deste Tribunal de Contas considera impróprio adotar as publicações citadas pela empresa como padrão de referência de preços de medicamentos (conforme a jurisprudência apresentada no item 3.259 desta instrução).*

3.323. *Assim como se concluiu com relação às alegações de defesa da Hospfar, o fato de as únicas referências de preço apresentadas – passíveis de serem comparadas aos preços praticados pelas licitantes – serem publicações destinadas a vendas a varejo no mercado de farmácias já demonstra os elevados patamares de preços a que estavam niveladas as propostas apresentadas pelas empresas no certame.*

3.324. *Também se observa que a Especificarma se abstém de apresentar quaisquer evidências relativas a vendas realizadas pela empresa (ao setor público ou privado) em que se constatariam – em relação a quantitativos compatíveis aos do Pregão 10/2006 – preços em patamares semelhantes aos praticados no certame mencionado.*

3.325. *Quanto aos argumentos que não se poderia concluir que a divisão por lotes teria acarretado a restrição da competitividade do certame, entende-se que o assunto já foi devidamente tratado quando da análise das alegações de defesa, sob mesmo fundamento (itens 3.19-3.40), ocasião em se destacou o fato de terem sido desclassificadas todas as demais propostas dos dois lotes vencidos pela Especificarma, em função dessas não atenderem adequadamente às exigências contidas no edital do pregão para alguns dos itens que compunham os lotes 2 e 3.*

3.326. *Ademais, frise-se que a CGU constatou no relatório 189854 a existência de diversas irregularidades na análise da documentação apresentada que também inabilitariam as licitantes vencedoras ou desclassificariam as propostas por elas apresentadas. Especificamente sobre a Especificarma, a CGU concluiu pela existência de falhas na documentação comprobatória das condições estipuladas em edital, com transcrição a seguir (fls. 19, vol. Principal):*

*g.9) Relativamente à empresa Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda, vencedora dos Lotes 02 e 03 da licitação, verificamos que a mesma apresentou cópia do Certificado de Boas Práticas de Fabricação e Controle em nome do Laboratório Kinder Ltda, concedido pela Resolução-RE nº 696, de 18/03/2005, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA, publicada no DOU de 21/03/2005, possuindo validade de 01 ano a partir da publicação – até 20/03/2006, estando, portanto, sem validade na data do certame, desatendendo as determinações do item 7.1.4, “d” do edital de pregão. (fls. 2963, volume 14). O referido laboratório é o fabricante dos medicamentos inseridos nos itens 01, 02 e 13 do lote 02 e 11, 17 e 27 do lote 03.*

3.327. *Também se entende que não deve prosperar a alegação da empresa no sentido de que a divisão por itens poderia não ter despertado o interesse do mercado de medicamentos para alguns dos itens licitados, pois se constatou a ampla participação de empresas interessadas em pregões – divididos por itens – realizados pela própria Funasa para aquisição de medicamentos semelhantes aos constantes do certame em análise (Pregão 44/2006, que antecedeu o pregão 10/2006, e Pregão 32/2007, que sucedeu o pregão 10/2006), conforme relatado na alínea “d.3” do item 25 constante do despacho da subunidade técnica (fls. 1606, vol. 8).*

3.328. *Também se destaca que os elevados quantitativos previstos no edital para cada medicamento a ser adquirido seriam um importante fator de atratividade de fornecedores em certame dividido por item, destacando inclusive que o Pregão 10/2006 foi alvo de diversas impugnações administrativas e judiciais de empresas interessadas no fornecimento de alguns itens do edital, mas que foram impedidas de participar do certame pela impossibilidade de fornecer todos os itens estipulados em cada um dos quatro lotes.*

3.329. *Assim, defende-se nesta instrução tese oposta à apresentada pela empresa, ou seja, que a divisão por itens atrairia um número muito maior de licitantes do que as sete empresas*

que participaram do Pregão 10/2006, inclusive destaca-se novamente que um pregão dividido por itens possibilitaria a participação de indústrias farmacêuticas no certame, o que reduziria sensivelmente o preço dos medicamentos cotados.

### **Conclusão referente às alegações de defesa apresentadas pela Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.**

3.330. No tocante à aferição de boa-fé na conduta da empresa em foco, conforme determina o § 2º do art. 202 do Regimento Interno do TCU, entende-se que não há nos autos elementos que permitam reconhecê-la visto que a empresa – se beneficiando das falhas na pesquisa de preços realizada e da restrição da competitividade do certame – praticou preços no Pregão 10/2006 substancialmente superiores aos registrados em aquisições de medicamentos semelhantes no âmbito da administração pública.

3.331. Isto posto, propõe-se que sejam rejeitadas as alegações de defesa apresentadas pela Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. e julgadas irregulares as contas da empresa, e ainda seja **condenada ao débito** no valor de R\$ 17.415.007,79 (valor histórico), com a **aplicação de multa proporcional ao débito** prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, de forma solidária com os gestores da Funasa cujas responsabilidades retem caracterizadas nos presente autos, relativo ao superfaturamento calculado no fornecimento dos medicamentos objeto do Contrato 28/2006 – de acordo o despacho da subunidade constante às fl. 1600-1613, vol. 8, cujos critérios foram reapresentados nos itens 2.53-2.56 e 2.20-2.37 da presente instrução.

### Alegações de defesa da Unicom Produtos Hospitalares Ltda.

3.332. Por meio dos documentos que constituem o Anexo 5 deste processo, a empresa Unicom Produtos Hospitalares Ltda. apresentou suas alegações de defesa relativas à citação no valor histórico de R\$ 2.120.233,30, por sobrepreço de medicamento abrangidos no lote 4, objeto do contrato 29/2006.

3.333. Posteriormente a mesma empresa apresentou o que denominou de “complemento das alegações apresentadas” (fls. 266-278, Anexo 5), datado em 18/10/2011, em que reforça, por meio de outros procuradores, os argumentos anteriormente apresentados com alguns poucos novos elementos aventados em favor da empresa.

3.334. Essa nova defesa – em que pese ter sido enviada intempestivamente – será considerada em sua totalidade na análise que se realizará a seguir, sem entretanto, desprezar a documentação anterior apresentada pela empresa, em função do respeito ao princípio de ampla defesa e do interesse no adequado esclarecimento dos fatos em análise.

### **Sobre a cobrança de dívida em discussão em outra esfera**

3.335. A Unicom inicia suas alegações expressando entendimento de que o presente processo não reúne os pressupostos de admissibilidade necessários para lhe conferir validade, em função de a mesma dívida estar em plena discussão em demanda judicial movida pelo Ministério Público Federal, em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, objetivando a condenação da Unicom e outros réus às penas cominadas no art. 12, incisos II e III, da Lei Federal 8.429/92, pela suposta prática de atos de improbidade no Pregão 10/2006.

3.336. A empresa afirma que o Ministério Público pretende a restituição justamente dos valores mencionados na notificação enviada pela Funasa, já tendo a empresa apresentado

*manifestação nos autos, demonstrando de maneira cabal sua absoluta regularidade de atuação e a total improcedência da pretensão de restituição dos valores.*

3.337. *Informa ainda a Unicom que, incidentalmente à ação de improbidade, o Ministério Público Federal ajuizou medida cautelar, buscando a decretação de indisponibilidade de bens dos réus na ação principal, tendo a empresa inclusive oferecido garantia real como caução para eventual procedência da demanda principal, estando seguro o juízo em caso de determinação de restituição dos valores. Segundo a empresa, já houve decisão do egrégio TRF da Primeira Região, que cassou a decretação de indisponibilidade dos bens da requerente e de seus sócios.*

3.338. *Assim, a empresa conclui que, até que sobrevenha o trânsito em julgado da referida demanda, não pode o TCU exigir dela o pagamento de débito que se encontra literalmente sub judice, sob pena de frontal e inconcebível violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência, insculpidos no art. 5º, incs. LIV e LVII, da Constituição Federal.*

### **Da responsabilidade da empresa nos fatos questionados**

3.339. *Afirma-se nas alegações de defesa da empresa que os seus representantes legais não possuem qualquer relacionamento com os servidores da Funasa e, menos ainda, detêm qualquer espécie de ingerência nas atividades e operações da referida Fundação.*

3.340. *Não se poderia cogitar qualquer espécie de favorecimento à Unicom que, inclusive, fora desclassificada do certame em relação a outros lotes por não ter atendido integralmente as especificações constantes do Edital. Assim, afirma ter vencido o lote do Pregão 10/2006 em igualdade de condições com as demais empresas, com absoluta isenção e transparência, em processo público e aberto a todas as empresas interessadas.*

3.341. *Também seria totalmente improcedente a pretensão de imputar à Unicom a responsabilidade pelo ressarcimento aos cofres públicos, em função de a empresa não ter incidido em qualquer modalidade de culpa, ou seja, não teria praticado qualquer ato ilícito que pudesse ensejar sua responsabilidade civil.*

3.342. *A empresa alega que, conforme entende o autor Marçal Justen Filho, no âmbito da responsabilidade puramente administrativa, deve-se examinar não só se a conduta do administrado é objetivamente equivalente a um tipo legal, mas também se é culpável, como pressuposto da aplicação da sanção jurídica prevista pela lei.*

3.343. *Segundo a defesa em foco, as empresas licitantes apenas teriam se submetido às exigências de Edital com tipo definido pela Funasa, inexistindo qualquer sorte de participação ou ingerência da Unicom no sentido de interferir na mudança do tipo de licitação para que obtivesse benefício próprio. A empresa sequer teria tido conhecimento dessa alteração, visto ser uma decisão de caráter interno da administração (cuja responsabilidade seria exclusiva dos servidores da entidade contratante, conforme o art. 3º do Decreto 3.931/2001 e art. 3º da Lei 10.520/2002). Neste sentido transcreve-se o seguinte trecho da defesa apresentada:*

*...a Requerente não pode ser responsabilizada por ato que perpetuou. Não há nexo causal entre qualquer ação eventualmente praticada pela Requerente e o suposto dano sofrido pelo Erário. Não pode o contratado – como já decidiu essa Eg. Corte, em um sem número de vezes – ser responsabilizado por ato praticado na fase interna do certame.*

3.344. *Frisa a defesa da empresa que esta teria agido de boa-fé e em função da presunção de legitimidade do ato administrativo (no caso, o edital do pregão 10/2006), não cabendo a responsabilidade que lhe foi imputada com base no art. 16, inciso III, alínea “b” da Lei 8.443/92, acrescentando que:*

23. *A situação aqui reinante não é outra senão a ignorância da Requerente, parte da relação contratual, acerca de eventual ilegalidade ou defeito que, se conhecido em momento anterior à celebração do ajuste, não haveria o contrato, ou ainda, não haveria a celebração do contrato no modo como fora celebrado.*

3.345. *Também seria pacífico na doutrina dominante e na jurisprudência o entendimento de que a solidariedade não se presume, ela decorre de lei ou contrato. Dessa forma, a empresa considera que a solidariedade passiva imputada à Unicom não encontra guarida na lei ou no regulamento do TCU que rege a matéria sobre Tomada de Contas Especial, bem como não haveria qualquer contrato que vinculasse a empresa a qualquer obrigação solidária.*

### **Sobre a competitividade do certame**

3.346. *Seria de pleno conhecimento que o referido certame teve acirrada disputa entre as empresas licitantes, inclusive com impugnações no âmbito administrativo e judicial, o que levou o Poder Judiciário a tomar decisões para que o processo tivesse andamento, visto que, por meio de sentença proferida, cassou-se a medida liminar, antes concedida em sede de Mandado de Segurança, e extinguiu-se o processo sem julgamento de mérito.*

3.347. *A empresa frisa ainda que todo o procedimento licitatório ocorreu dentro das disposições da Lei 8.666/93, e que a divisão de medicamentos em lotes foi pautada pelo princípio da razoabilidade, pois isso se traduziria num melhor controle do estoque, no armazenamento e na distribuição, gerando economicidade e segurança para a Funasa.*

3.348. *Acresce ainda que houve redução substancial no preço em relação ao valor ofertado inicialmente, concedida na negociação direta com o pregoeiro, e isso só teria sido possível graças ao remanejamento com redução de valores dos produtos dentro do lote vencido, ou seja, foi reduzido o valor de diversos outros produtos para poder se chegar a um valor global que permitisse alcançar o total negociado após a fase de julgamento e classificação.*

3.349. *A empresa se utiliza ainda da análise ocorrida nos autos do processo 012.269/2009-1, que tramitou perante a Secretaria de Controle Externo de Tocantins, por possuir situação semelhante à do presente processo (em que se imputava a existência de suposta prática de sobrepreço em aquisição de medicamentos).*

3.350. *Os autos mencionados foram julgados pelo Acórdão 2576/2011-TCU-1ª Câmara, com base em relatório em que se destaca a dificuldade encontrada em apontar os valores corretos para as aquisições dos medicamentos, em virtude da falta de parâmetros adequados, e que considerou que recentes julgados deste Tribunal demonstram que ainda restam dificuldades para fixação de um critério inequívoco na estimativa de débito, não tendo sido confirmados, portanto, os indícios inicialmente apontados nos autos.*

### **Sobre a existência de sobrepreço da contratação em análise**

3.351. *A empresa defende a inexistência de sobrepreço, dadas a razoabilidade e a proporcionalidade dos valores apresentados – que estariam consideravelmente inferiores à tabela da ABCFARMA, que é o órgão oficial da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, e da média da estimativa de preços elaborada pela própria Funasa.*

3.352. *A empresa destaca que – apesar de o certame ter sido do tipo menor preço por lote – o tipo de licitação que foi considerado na análise dos preços dos medicamentos realizada pela Auditoria, por ocasião da fase interna da Tomada de Contas Especial, foi o menor preço por*

item, o que teria acarretado a distorção completa na comparação dos preços que foram praticados, sugerindo que houve superfaturamento dos preços dos produtos.

3.353. *Considera a empresa que o próprio edital de licitação, em seu item 1.1.1 prevê que o Sistema de Registro de Preços não obriga a compra, nem mesmo nas quantidades indicadas em cada item dos lotes definidos no subitem 4.3 do Anexo do Termo de Referência, podendo a Funasa promover a aquisição em quantidades de acordo com suas necessidades, e assim argumenta:*

*Ora, do próprio instrumento que regula a licitação - e ao qual as concorrentes estavam expressamente vinculados - depende-se a absoluta ausência de obrigatoriedade de observância dos valores constantes do Sistema de Registro de Preços.*

*Nessa vertente, deflagra-se o evidente contrasenso das responsabilidades imputadas à requerente. Como se falar em sobrepreço tendo como referencial o Banco de Preços em Saúde, quando o próprio Edital afasta a obrigatoriedade de vinculação de valores?*

3.354. *Destaca a empresa que, conforme admitido pela própria administração, o Banco de Preços em Saúde (BPS) não é um instrumento oficial, mas um sistema informatizado alimentado por instituições cadastradas que disponibiliza, via internet, os preços praticados por diversas instituições, não se podendo garantir a fidedignidade, confiabilidade e atualização desses registros. Ademais o banco em foco não permitiria diferenciar se medicamentos inscritos são genéricos, similares ou éticos.*

3.355. *Desta forma, a empresa alega que jamais poderia ser responsável por “sobrepreço” quando o único fundamento da temerária imputação seria a discrepância com o BPS (dado que a observância ao referido sistema não seria obrigatória, como restaria inclusive ressaltado no próprio edital do Pregão 10/2006).*

3.356. *Ainda segundo a defesa apresentada, o fato de a tomada de contas especial ter se valido única e exclusivamente dos preços do BPS, a despeito da existência de outros bancos de preços oficiais como a lista de preços de medicamentos da CMED e a lista de preços de medicamentos publicadas pela Anvisa, resultar em distorção relevante que deve ser considerada.*

3.357. *A defesa alega que esta unidade incorreu em grave equívoco ao considerar o BPS como parâmetro para levantamento do superfaturamento, visto que o banco citado “destina-se, mormente, a embasar compras de grandes vultos, nas quais, evidentemente, torne-se possível a prática de preços reduzidos em razão do elevadíssimo volume de medicamentos que será negociado”. A utilização do banco em foco estaria impossibilitada ainda pelo texto do item 5.2 do Edital do certame, que veda “qualquer indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos”.*

3.358. *Cabe ainda transcrição de trecho da defesa apresentada em que a empresa tece comentários sobre o ganho de escala existente especialmente nas aquisições no mercado de medicamentos e menciona o impacto do transcurso do período de tempo de doze meses na composição de preços das empresas participante do certame:*

*(...)*

*c) não podem ser objeto de comparação os preços praticados pelas Indústrias ou laboratórios que vendem bilhões de produtos farmacêuticos com os preços praticados por uma distribuidora em razão fator concorrencial e dos custos que isso representa. Ademais, no presente caso, os preços deveriam ser fixos e perdurar por um período de 12 meses. Na produção industrial e comercial prevalece a máxima de que a quantidade de venda é diretamente proporcional à possibilidade de se abaixar os preços;*

*(...)*

*O poder para realizar as vendas das empresas que atuam no atacado e no varejo é infinitamente menor que o das indústrias, ainda mais, participando de uma licitação em acirrada disputa com a concorrência na venda de produtos para situações específicas, como se deu no presente caso, cujos preços teriam validade por um período de 12 meses e com reajustes freqüentes capazes de elastecer a diferença nos preços então praticados. Qualquer pessoa de bom senso não se furtaria em fazer essas ponderações caso tivesse realmente conhecimento técnico sobre o funcionamento desse mercado. (grifou-se)*

3.359. A empresa destaca ainda possíveis inconsistências no relatório de auditoria da CGU, quando afirmou que: “não encontramos nenhum medicamento constante do lote da Unicom, cujo valor da proposta vencedora do Pregão nº 10/2006 tenha sido igual ou inferior ao maior valor encontrado no Banco de Preços em Saúde (BPS)”, entretanto no item 34 do relatório da Funasa, consta que “a média dos preços praticados na Administração Pública foi de R\$ 0,12 (doze centavos) e o preço da Unicom foi de R\$ 0,08 (oito centavos) redundando em crédito total de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) para o Erário”.

#### Análise das alegações de defesa da Unicom Produtos Hospitalares Ltda.

#### **Sobre a cobrança de dívida em discussão em outra esfera**

3.360. O argumento no sentido que os presentes autos não reúnem os pressupostos de admissibilidade em função de a mesma dívida estar sendo cobrada em outra esfera julgadora não possui qualquer respaldo legal, visto que não há em nosso sistema jurídico qualquer dispositivo que impeça a atuação deste Tribunal (com relação a atos sujeitos a sua jurisdição) que estão sendo discutidos na esfera judicial.

3.361. Destaca-se que o presente processo cumpriu regularmente todos os trâmites administrativos pertinentes, visto que a tomada de contas especial foi instaurada pela Funasa depois de esgotadas as demais medidas administrativas para ressarcimento do débito identificado, tendo sido os autos encaminhados à CGU e, posteriormente, ao TCU para seguimento do feito.

3.362. Verifica-se ainda que o próprio caput do artigo 12 da Lei Federal 8.429/92, que subsidia a ação de improbidade do Ministério Público contra a empresa, dispõe expressamente sobre a não vinculação das sanções previstas na mencionada lei àquelas decorrentes da atuação das demais instâncias administrativas ou judiciais:

*Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (grifou-se)*

3.363. Quanto à pretensão referente ao ressarcimento ao erário – comum ao presente processo e à ação do Ministério Público – esclarece-se que os valores que forem recolhidos em um dos processos instaurados (administrativo ou judicial) serão necessariamente considerados no outro, evitando a hipótese de pagamento em dobro pelo débito que vier a ser imputado nas diferentes instâncias (não justificando o temor apresentado pela empresa neste sentido).

3.364. Desta forma, não se vislumbra como a atuação desta Corte de Contas, no âmbito de suas competências fixadas em lei e na própria Constituição, ao realizar a análise de irregularidades de uma contratação no âmbito administrativo, poderia estar incidindo em “violação aos princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência”, como supõe a Unicom em sua defesa.

### ***Da responsabilidade da empresa nos fatos questionados***

3.365. *Quanto à alegação da empresa de que a solidariedade não poderia ser presumida, mas deve estar prevista em lei, basta verificar que o requisito almejado pela empresa para entender regular a solidariedade a ela imposta encontra-se perfeitamente satisfeito pela previsão do art. 16, § 2º, alínea b, da Lei 8.443/1992, que dispõe sobre a solidariedade na reparação do débito dos agentes responsáveis e das empresas que se beneficiaram das irregularidades identificadas (legislação referenciada no próprio ofício pelo qual se realizou a citação).*

3.366. *Acresce-se que esta solidariedade também está convalidada de longa data pela jurisprudência deste Tribunal. Neste sentido serve-se dos itens 3.273-3.274 e dos itens 3.307-3.310 desta instrução, que tratam de análise acerca de argumentos semelhantes trazidos respectivamente pelas empresas Hospfar e Especifarma.*

3.367. *Não se pode esquecer ainda que a imputação de débito é medida reparadora, e não punitiva, e que neste processo busca-se a reparação de dano ao erário, desconstituindo o enriquecimento sem causa atribuído às empresas envolvidas.*

### ***Sobre a competitividade do certame***

3.368. *Quanto às alegações referentes à defesa da competitividade do certame, entende-se que a análise realizada nos itens 3.19-3.40 desta instrução é suficiente para demonstrar os efeitos da forma de licitação estipulada (divisão por lotes) na restrição da competitividade do Pregão 10/2006, destacando-se o fato de a Unicom, que apresentou as propostas mais elevadas em todos os lotes do certame, ter sido a vencedora do lote 4, em função da desclassificação das propostas de todas as demais empresas licitantes.*

3.369. *Vale frisar que a CGU no relatório de auditoria 189854 (fls. 9 e 10 do Vol. Principal) relaciona irregularidades na proposta da própria Unicom, que poderiam ocasionar a desclassificação da proposta apresentada pela empresa em foco:*

*Unicom Produtos Hospitalares Ltda:*

*- Apresentou o medicamento Cloranfenicol (Quemacetina) xarope 54,365 mg/ml, 100 ml, Laboratório Pfizer, ao invés do item proposto pelo edital: Cloranfenicol, suspensão 150 mg 15ml (item 13 do lote 04), informando que tal descrição é a que está registrada na ANVISA (fls. 2725/2729, volume 13).*

*Relativamente a essa alteração, em que pese ter havido mudança na especificação do medicamento, verificamos não constar qualquer informação da FUNASA a respeito, nos termos determinados pelos itens 4.6, 5.1, alínea “m”, 5.3, 5.8, 6.1 e 10.1 do Edital de Pregão Presencial nº 10/2006, sendo a proposta da empresa referente ao Lote 04 declarada vencedora do certame, conforme documentos inseridos às fls. 4706/4711, 4684/4692 e 4712/4714 do volume 19.*

*- Cotou o medicamento Sulfato Ferroso 68mg/sol. Gotas, Laboratório Bunker, ao invés do item proposto pelo edital: Sulfato Ferroso 20mg/sol. gotas (item 46 do lote 04), informando que tal descrição é a que está registrada na ANVISA (fls. 2845/2848, volume 3).*

3.370. *Às folhas 17 a 19 do volume principal dos autos, percebe-se que, no mesmo relatório da CGU mencionado no parágrafo anterior, são registradas ainda diversas outras impropriedades observadas na proposta e documentação apresentadas pela Unicom.*

3.371. *Frisa-se que, no pregão 10/2006, a restrição da competitividade provocada pela divisão do seu objeto em lotes está diretamente relacionada aos altos preços verificados nas propostas das vencedoras do certame, como indicam as próprias alegações apresentadas no item 3.352, no sentido que uma das possíveis falhas na imputação dos valores do sobrefaturamento em análise se deveria ao fato de se ter utilizado cotações de preços de medicamentos adquiridos em licitação divididas por itens (que a defesa da empresa sugere que são cotados em patamares mais baixos) para compará-los com preços praticados na licitação dividida por lotes, objeto desta TCE.*

3.372. *Cabe ainda destacar que, no trecho das alegações transcrito no item 3.358 desta instrução, a empresa tece comentários que aparentam se contrapor a outros argumentos por ela mesma apresentados, visto que afirma que se deveria levar em consideração, na análise dos preços praticados, “o poder para realizar as vendas das empresas que atuam no atacado e no varejo é infinitamente menor que o das indústrias” e “que a quantidade de venda é diretamente proporcional à possibilidade de se abaixar os preços”.*

3.373. *Por essa argumentação pode-se chegar à conclusão de que, ao realizar licitação por lote, **impedindo a participação de indústrias farmacêuticas no certame** (visto que nenhuma destas produz toda a vasta relação de medicamentos contidos em cada lote), se afastou da competição justamente quem estaria apto a oferecer os melhores preços para a aquisição pretendida, confirmando assim a existência de restrição à competitividade e à economicidade do certame em exame.*

3.374. *Também se verifica que, no primeiro parágrafo transcrito no item 3.358, a empresa alega que não seria razoável comparar os preços praticados por distribuidoras de medicamentos com os preços praticados pelas indústrias ou laboratórios, “que vendem bilhões de produtos farmacêuticos”, em razão do “fator concorrencial e dos custos que isso representa”, corroborando assim a importância de se considerar o efeito do ganho de escala quando da análise dos preços praticados no Pregão 10/2006.*

3.375. *Justamente este ganho de escala é o principal fundamento utilizado por essa unidade técnica (em consonância com a jurisprudência do TCU) para refutar a utilização de publicações periódicas, citadas pelas empresas em suas respectivas defesas, visto que estas publicações se destinam à venda de pequenos quantitativos de medicamentos, comercializados pelo mercado de farmácias.*

3.376. *Desta forma, reforça-se o entendimento no sentido de não se considerar cabível a comparação dos preços praticados pelas licitantes no Pregão 10/2006 (que estimou a aquisição de milhares de unidades de cada item que compunham os quatro lotes do certame) com os preços praticados por farmácias, cujas vendas se restringem a poucas unidades de medicamentos a consumidor pessoa física.*

### ***Sobre a existência de sobrepreço da contratação em análise***

3.377. *Quanto ao fato de os valores praticados pela Unicom estarem abaixo dos registrados na tabela ABCFARMA, entende-se que as considerações realizadas quando da análise de alegações idênticas apresentadas pelas demais contratadas – Hospfar (itens 3.256-3.262) e Especifarma (itens 3.314-3.323) – são suficientes para refutar a utilização destes tipos de publicações, destinadas para mercado varejista de medicamentos, na situação em análise (podendo-se destacar ainda as considerações realizadas nos itens 3.374 e 3.375 do tópico anterior).*

3.378. *Apesar de os critérios de cálculo do débito terem sido apresentados na instrução e despacho que precederam as citações (inclusive tendo sido acostadas aos presentes*

autos todas as planilhas de cálculo do débito e a metodologia aplicada), a empresa menciona que a utilização de apenas uma base de comparação teria ocasionado erro no cálculo do superfaturamento imputado, o que aparenta que esteja se referindo ao levantamento anterior realizado no âmbito da Funasa (visto que no âmbito desta unidade técnica foram considerados os maiores preços entre as quatro fontes utilizadas, conforme item 2.34 e a parte introdutória desta instrução).

3.379. Quanto à afirmação de que no próprio edital do Pregão 10/2006 estaria expressa a inexistência de qualquer vinculação dos preços praticados no certame com os registrados no **Banco de Preços em Saúde (BPS)**, cumpre observar que o edital refere-se de fato à obrigatoriedade da aquisição de todo o quantitativo licitado e que viria a ser registrado no **Sistema de Registro de Preços (SRP)**, tendo a empresa se equivocado nas alegações transcritas no item 3.353 desta instrução.

3.380. Quanto à confiabilidade dos registros do BPS utilizados, destaca-se que a introdução desta instrução e os itens 3.278-3.280 relacionam uma série de medidas conservadoras adotadas para utilização dos valores contidos na base de dados mencionada (podendo-se citar a inclusão de cotação de preços de itens em patamares elevados decorrentes de certames referentes a aquisições de pequena monta e contratações diretas), optando-se por imputar débitos substancialmente inferiores ao real sobrepreço previsto em relação à semelhante licitação que tivesse sido realizada dentro dos preceitos legais e princípios administrativos aplicáveis.

3.381. Quanto à defesa apresentada no item 3.357, na qual a empresa considera equivocada a utilização do BPS, em função de o mencionado banco conter registros relativos a compras de montante superior aos da aquisição do Pregão 10/2006, entende-se que o argumento não deve prosperar visto que: a) o BPS não se destina apenas a compras de grande vulto; b) a utilização do BPS em nada se assemelha com um instrumento de indexação de preços por índices; c) foram consideradas aquisições registradas no BPS em quantitativos compatíveis com os do Pregão 10/2006; e d) considerando a metodologia de cálculo do débito, descrita nos itens 2.20-2.41, o BPS só foi utilizado para estimativa do débito de cada medicamento específico quando os preços nele registrados eram superiores aos outros parâmetros utilizados, estando assim sua utilização a favor da empresa.

3.382. A empresa cita ainda o Acórdão 2576/2011-TCU-1ª Câmara para defender a existência de dificuldades para fixação de um critério inequívoco na estimativa de débito em aquisições de medicamento, fato este que não é desconsiderado pela presente análise. Entretanto, entende-se que, especificamente no caso em tela, o débito está estipulado em sólidos critérios e evidências, que permitem não só comprovar a sua ocorrência, bem como assegurar elevado conservadorismo do cálculo dos valores apresentados nos presentes autos (conforme análise constante nos itens 2.20-2.37 e nos itens 2.53-2.56 desta instrução). Sublinha-se que dentre as quatro fontes utilizadas para o cálculo do débito, duas são originárias de aquisições realizadas pela própria Funasa.

### **Conclusão referente às alegações de defesa da Unicom Produtos Hospitalares Ltda.**

3.383. No tocante à aferição de boa-fé na conduta da empresa em foco, conforme determina o § 2º do art. 202 do Regimento Interno do TCU, entende-se que não há nos autos elementos que permitam reconhecê-la visto que a empresa – se beneficiando das falhas na pesquisa de preços realizada e da restrição da competitividade do certame – praticou preços no Pregão 10/2006 substancialmente superiores aos registrados em aquisições de medicamentos semelhantes no âmbito da administração pública.

3.384. *Isto posto, propõe-se que sejam rejeitadas as alegações de defesa apresentadas pela Unicom Produtos Hospitalares Ltda. e julgadas irregulares as contas da empresa, e ainda seja **condenada ao débito** no valor de R\$ 977.870,70 (valor histórico), com a **aplicação de multa proporcional ao débito** prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, de forma solidária com os gestores da Funasa cujas responsabilidades restem caracterizadas nos presente autos, relativo ao superfaturamento calculado no fornecimento dos medicamentos objeto do Contrato 29/2006 – de acordo o despacho da subunidade constante às fl. 1600-1613, vol. 8, cujos critérios foram reapresentados nos itens 2.20-2.37 e 2.53-2.56 e da presente instrução.*

#### 4. CONCLUSÃO

4.1. *Conforme a análise acima, restou evidenciada a prática de atos com grave infração à norma legal e a prática de atos antieconômicos na condução do Pregão 10/2006-Funasa, em especial a ocorrência de sobrepreço, quando não se observou, ao se fixar os preços médios, a compatibilidade entre os preços cotados e os praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.*

4.2. *Ainda, implicou restrição à participação de laboratórios fabricantes de medicamentos, decorrente da alteração promovida na modalidade e tipo de licitação, com adoção do tipo menor preço global por lote, agrupando-se medicamentos em quatro lotes, sem nenhuma base normativa ou técnica.*

4.3. *Apesar de reconhecer as limitações quanto à falta de definição inequívoca de critério de aceitabilidade de preços – e referência para imputação de eventuais débitos relacionados à compra de medicamentos –, não se pode perder de vista o que ficou consignado no sumário da deliberação atinente à TCE apreciada por este Tribunal, Acórdão 95/2007-Plenário, a saber: “**1. A análise de superfaturamento deve considerar a realidade fática enfrentada pelo gestor.**” (grifou-se)*

4.4. *Entende-se que no caso em tela havia condições concretas para que os gestores identificassem: a) que a pesquisa realizada não estava de acordo com o estipulado pela legislação aplicável (inclusive este fato foi expressamente alertado pela unidade jurídica da Funasa); b) que houve restrição da competitividade do certame decorrente do tipo e modalidade de licitação adotados; c) que a desclassificação das propostas e inabilitação de licitantes deu azo para que as propostas vencedoras detivessem preços sensivelmente superiores às aquisições semelhantes no âmbito da administração pública; e d) que os preços registrados pelas propostas vencedoras estavam em patamares claramente superiores aos pregões de objeto semelhante realizado pela própria Funasa.*

4.5. *Também se defende que a ausência de critérios para estabelecimento de preços (argumento que foi utilizado em todas as defesas apresentadas) não representa permissão para a prática de preços superiores, na média, de 271% a 735% ao registrado em pregões da própria fundação (conforme se demonstrou nos itens 2.32-2.33 desta instrução).*

4.6. *No tocante à aferição de boa-fé na conduta dos responsáveis, conforme determina o §2º do art. 202 do Regimento Interno do TCU, entende-se que não há nos autos elementos que permitam reconhecê-la (de acordo com disposto na conclusão da análise de cada responsável), visto que os responsáveis possuíam as condições objetivas para identificação da restrição da competitividade do certame decorrente da forma de licitação adotada, possibilitando, portanto, o julgamento imediato pela irregularidade das contas em tela, nos termos do §6º do art. 202 do Regimento Interno do Tribunal.*

4.7. Do exposto, entende-se que nenhuma das alegações de defesa/razões de justificativas apresentadas trouxe aos autos elementos que descaracterizassem o sobrepreço identificado ou elidissem as responsabilidades dos servidores e empresas envolvidas, propondo-se, portanto, a aplicação de multa e imputação de débito na forma da proposta de encaminhamento a seguir.

## 5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

5.1. Ante as razões expostas, propõe-se com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 5º, inciso VIII; 16, inciso III, alíneas “a” e “c”; 19, caput; e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992; c/c os arts. 1º, inciso I; 209, inciso I e III; e 210 do Regimento Interno, que:

5.1.1. **rejeitar as razões de justificativa/alegações de defesa** dos senhores Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho (CPF 464.092.461-53); Eduardo Tarcísio de Brito Targino (CPF 297.014.061-68); José Carlos Cativo Gedeão (CPF 023.723.202-20); e Wagner de Barros Campos (CPF 065.525.877-91), em função das respectivas responsabilidades no superfaturamento decorrente da execução dos contratos 27/2006, 28/2006 e 29/2006;

5.1.2. **sejam julgadas irregulares** as contas dos responsáveis relacionados no subitem anterior em função do exposto nas análises apresentadas ao longo desta instrução;

5.1.3. **seja aplicada a multa** prevista no inciso III do art. 58 da Lei 8.443/1992 aos gestores relacionados no item 5.1.1, fixando o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que os responsáveis comprovem perante o Tribunal (conforme o art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional;

5.1.4. **rejeitar as alegações de defesa** das empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 26.921.908/0002-02); Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 00.085.822/0001-12); e Unicom Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 38.054.979/0001-53), em função de terem se beneficiado do superfaturamento decorrente da execução dos contratos 27/2006, 28/2006 e 29/2006, respectivamente;

5.1.5. **sejam julgadas irregulares** as contas das empresas relacionadas no subitem anterior em função do exposto nas análises apresentadas ao longo desta instrução;

5.1.6. **sejam condenados solidariamente** os responsáveis relacionados na tabela a seguir, pelo débito no montante de R\$ 4.734.209,04 (valor atualizado em 14/7/2010, decorrente da diferença entre os débitos então corrigidos e o montante de R\$ 1.036.798,93 recolhido à Funasa nessa data), valor esse que deve ser atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora, calculados a partir de 14/7/2010, até a data do efetivo recolhimento, nos termos da legislação vigente, conforme cálculo constante às fls. 1506-1508, vol. 8 e esclarecimentos constantes nos itens 2.37-2.39 desta instrução, pelo superfaturamento decorrente da execução do **Contrato 27/2006**, referente ao lote 1 do Pregão 10/2006:

Responsáveis	CPF/CNPJ	Itens de análise
Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.	26.921.908/0002-02	3.251-3.284
Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho	464.092.461-53	3.90-3.120
Eduardo Tarcísio de Brito Targino	297.014.061-68	3.125-3.143
José Carlos Cativo Gedeão	023.723.202-20	3.149-3.171
Wagner de Barros Campos	065.525.877-91	3.186-3.205

5.1.7 **sejam condenados solidariamente** os responsáveis relacionados na tabela a seguir pelo débito no valor histórico de R\$ 17.415.007,79, conforme cálculo constante às fls. 1517-1529, vol.

8, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora até a data do efetivo recolhimento, nos termos da legislação vigente, pelo superfaturamento decorrente da execução do **Contrato 28/2006**, referente aos lotes 2 e 3 do Pregão 10/2006:

<b>Responsáveis</b>	<b>CPF/CNPJ</b>	<b>Itens de análise</b>
Especifarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.	00.085.822/0001-12	3.307-3.331
Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho	464.092.461-53	3.90-3.120
Eduardo Tarcísio de Brito Targino	297.014.061-68	3.125-3.143
José Carlos Cativo Gedeão	023.723.202-20	3.149-3.171
Wagner de Barros Campos	065.525.877-91	3.186-3.205

5.1.8 sejam **condenados solidariamente** os responsáveis relacionados na tabela a seguir, pelo débito no valor histórico de R\$ 2.107.924,00, conforme cálculo constante às fls. 1545-1549, vol. 8, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora até a data do efetivo recolhimento, nos termos da legislação vigente, pelo superfaturamento decorrente da execução do **Contrato 29/2006**, referente ao lote 4 do Pregão 10/2006:

<b>Responsáveis</b>	<b>CPF/CNPJ</b>	<b>Itens de análise</b>
Unicom Produtos Hospitalares Ltda.	38.054.979/0001-53	3.360-3.384
Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho	464.092.461-53	3.90-3.120
Eduardo Tarcísio de Brito Targino	297.014.061-68	3.125-3.143
José Carlos Cativo Gedeão	023.723.202-20	3.149-3.171
Wagner de Barros Campos	065.525.877-91	3.186-3.205

5.1.9 fixar o prazo de quinze dias, a contar da ciência, para que os servidores ou os representantes legais das empresas comprovem, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, inc. III, alínea "a", do RI/TCU, o recolhimento da dívida à Fundação Nacional de Saúde - Funasa;

5.1.10 seja **aplicada a multa** prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, aos gestores e empresas para os quais foram imputados os débitos, conforme itens 5.1.6, 5.1.7 e 5.1.8 supra, fixando o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que os servidores ou os representantes legais das empresas comprovem, perante o Tribunal (conforme o art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional;

5.1.11 autorizar, caso requerido, com fundamento no art. 26 da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 217, §§ 1º e 2º, do RITCU, o parcelamento das dívidas em até 24 vezes, incidindo sobre cada parcela, corrigida monetariamente, os correspondentes acréscimos legais, fixando-lhes o prazo de 15 dias, a contar do recebimento das notificações, para os responsáveis comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de 30 dias, a contar da parcela anterior, para comprovar os recolhimentos das demais parcelas;

5.1.12 seja autorizada, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendida as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

5.1.13 seja encaminhada cópia deste Acórdão, acompanhado do relatório e voto que o fundamentam, à 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e à Procuradoria da República do Distrito Federal, em função da existência da Ação Civil de Improbidade Administrativa (número 2009.34.00.027474-6), que atualmente tramita na esfera judicial e que trata dos mesmos fatos objeto desta TCE."

2. O então Diretor da 2ª DT concordou com a proposta de encaminhamento formulada pelo AUFC Marcos Tibúrcio, sem prejuízo de propor ajustes na fundamentação utilizada para julgamento

das contas dos responsáveis e de acrescentar análise em relação a pontos da defesa apresentados relacionados à atualização dos valores imputados como débito pelo Tribunal.

3. O Secretário da 4ª Secex à época manifestou-se de acordo com a proposta formulada pelo Auditor responsável pela instrução, com as alterações sugeridas pelo titular da 2ª DT.

4. O Ministério Público junto ao TCU, representado nos autos pela Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, dissentiu da proposta da unidade técnica, valendo-se, para tanto, dos seguintes argumentos, em síntese:

1º) a metodologia adotada pela unidade técnica não é tecnicamente adequada para fim de imputação de débito aos responsáveis, ao menos para se chegar à convicção inequívoca de que o prejuízo apurado segundo os critérios por ela utilizados seguramente não excederia o real valor devido, de forma a prestar observância ao art. 210, § 1º, inciso II, do RI/TCU;

2º) do exame do Acórdão n.º 1.146/2011 – Plenário, constata-se que o BPS não foi reconhecido pelo TCU como referencial legítimo e válido para quantificação de dano, ante as diversas fragilidades por ele apresentadas, apontadas pelos próprios técnicos do Ministério da Saúde que administram esse banco de dados;

3º) ainda que se considerasse o BPS como referencial válido de preços, a sistemática da 4ª Secex de se valer da média ponderada desse banco de dados não se compatibiliza com o disposto no art. 210, § 1º, inciso II, do RI/TCU, o qual estabelece que o débito por estimativa deve se valer de meios confiáveis para apurar quantia que seguramente não excederia o real valor devido;

4º) é indevida a comparação dos preços obtidos no Pregão Presencial nº 10/2006 com preços outros, cujas condições de prazo, pagamento e volume adquirido não são especificadas ou são diversas daquelas previstas para o certame em tela, cujas peculiaridades aproximaram os preços para aqueles praticados no varejo, mas os mantiveram dentro da aceitabilidade dos preços de mercado;

5º) a contratação por lote, em substituição à contratação por item, não foi irregular, nem se pode asseverar que essa mudança tenha sido responsável por restrição à competitividade e pelo suposto sobrepreço; e

6º) quanto aos pontos da audiência em que há nítida conexão entre as falhas e a existência de posterior sobrepreço ou de restrição à competitividade do certame, reputam-se afastadas as respectivas responsabilidades dos gestores, ante os fundamentos de fato e de direito expendidos no parecer do MP/TCU acerca do débito e da legalidade da licitação por lotes, na medida em que, afastadas essas consequências danosas, as causas não constituiriam, de *per si*, condutas ilícitas.

5. Em consequência, a representante do Ministério Público junto ao TCU reputou *“insubsistente o débito apurado nesta TCE, devendo as empresas atraídas ao polo passivo do feito ser excluídas da relação processual, julgando-se, de outro turno, irregulares as contas dos Senhores Wagner de Barros Campos, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho e José Carlos Cativo Gedeão, nos termos do art. 16, inciso III, alínea ‘b’, da Lei n.º 8.443/1992, aplicando-se-lhes as sanções pertinentes, de acordo com a gravidade das respectivas condutas, e regulares as contas do Senhor Eduardo Tarcísio Brito Targino, com fulcro no art. 16, inciso I, do mesmo diploma legal”*.

6. Considerando as ponderações expendidas pelo MP/TCU, mormente quanto à necessidade de se dar cumprimento ao que prescreve o art. 210, § 1º, inciso II, do RI/TCU (estabelecer referencial que permita assegurar que o débito imputado seja o mínimo devido), entendi por bem encaminhar novamente os autos à unidade técnica de modo que a base utilizada fosse depurada e se considerasse o maior valor unitário achado no BPS, por item de medicamento, além da adoção de outras ações, a saber:

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

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

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

*c) para cada item de medicamento licitado, considerar a existência de, pelo menos, 4 (quatro) registros no BPS para fim de cômputo do débito, excluindo-se registros relacionados a contratações diretas, isto é, sem prévia licitação;*

*d) em caso de dúvida se o preço registrado no BPS corresponde ao preço unitário do medicamento ou ao valor global da caixa, efetuar diligência;*

*e) os registros tomados como parâmetro não poderão abarcar quantitativos de medicamentos superiores àqueles envolvidos no Pregão 10/2006 da Funasa, condição essa favorável aos responsáveis no que concerne ao cômputo do débito, haja vista que aquisições de pequena monta, tendentes a valores maiores, não se beneficiam do ganho de escala;*

*f) utilizar os preços do BPS como parâmetro para imputação de débito se, e somente se, os valores extraídos do banco de preços forem superiores aos praticados pela própria Funasa nos contratos decorrentes dos dois pregões contemporâneos mencionados nos autos;*

*g) levando-se em conta que os distribuidores trabalham com margem média de lucro em torno de 15% sobre o preço de fábrica, conclusão extraída do voto condutor do Acórdão nº 95/2007-Plenário, os preços registrados no BPS praticados por fabricante/laboratório (e não por distribuidor) deverão ser acrescidos do referido percentual.”*

7. Em cumprimento ao aludido despacho, a SecexSaúde elaborou instrução na qual mantém a proposta anterior, no sentido da irregularidade das contas, com débito e multa, alterando-se apenas o montante do débito, conforme cálculos e tabelas produzidos e juntados ao feito (peças 118 a 126). Manifestou-se, no essencial nos seguintes termos:

*“21. As planilhas anteriormente juntadas aos autos (consideração da média ponderada) foram manipuladas de modo a se passar a considerar o maior valor unitário do BPS(+Siasg/ComprasNet), por item de medicamento, obedecendo-se ainda ao comando das alíneas “b” a “g” transcritas no parágrafo anterior.*

*22. Com o fim de compreender os procedimentos feitos, fazem-se os seguintes registros:*

a) a partir das propostas das empresas juntadas aos autos (Lote 1, empresa Hospfar, peça 98, p. 24-28; Lotes 2 e 3, empresa Especificarma, peça 98, p. 17-23; e Lote 4, empresa Unicom, peça 98, p. 30-35), foram selecionados nas abas das novas planilhas elaboradas (peça 121, lote 1; peça 122, lotes 2 e 3; peça 123, lote 4) os medicamentos cujas marcas coincidem com a das propostas das empresas (sombreados em amarelo), de modo que a definição do critério para imputação de débito fosse feita pela comparação com a mesma marca (alínea “a” do despacho). Todavia, ao assim proceder, foram encontrados poucos itens de medicamentos com referência da mesma marca/fabricante (em alguns casos, não havia registro algum); então, considerou-se o maior valor unitário do princípio ativo do medicamento, independentemente da marca, devendo ser notado que:

a.1) no lote 1 (33 itens): em oito itens, o valor unitário considerado (marca diferente) foi maior do que o da marca do medicamento referenciado na proposta da empresa;

a.2) no lote 2 (33 itens): em oito itens se verificou a situação narrada em a.1;

a.3) no lote 3 (29 itens): em doze itens, idem acima;

a.4) no lote 4 (46 itens): em nove itens, idem acima;

b) procurou-se selecionar faixa quantitativa de medicamentos adequada a cada item de medicamento (alínea “e” do despacho do Relator), todavia, em razão de as aquisições da Funasa terem sido de grande monta, havia poucos registros para comparação estrita. Então, com o objetivo de compor tal seleção, partiu-se do limite superior – quantidade efetivamente adquirida pela Funasa – descendo a quantitativos até dez vezes, cem vezes menos, de modo que a seleção contivesse um mínimo razoável de registros, ou até mesmo considerar, em alguns casos, os registros de dispensa de licitação e convite (para se obter ao menos quatro registros – alínea “c” do despacho). Derivado disso, necessário mencionar que em inúmeros casos a seleção considerou preços praticados em aquisições descendo ao limite de 1.000 unidades, ao passo que, para o mesmo item, a aquisição da Funasa era na casa de centena de milhares, fato a corroborar o conservadorismo adotado no método utilizado;

c) encontrado o valor máximo unitário de cada item de medicamento a partir do BPS/Siasg (acrescido de 15% para o caso de o fabricante (coluna L das planilhas) coincidir com o fornecedor (coluna M) – alínea “g” do despacho), tal valor foi transposto para planilha específica de consolidação (peça 124, lote 1; peça 125, lotes 2 e 3; peça 126, lote 4), a fim de compor a base de comparação com os dois pregões realizados pela Funasa, definindo-se o maior desses valores como balizador do débito a ser imputado (alínea “f” do despacho do Relator).

23. Não houve imputação de débito em 2 itens do lote 1; 2 itens do lote 2; 3 itens do lote 3; e 8 itens do lote 4, em razão de não se terem obtido ao menos 4 registros no BPS/Siasg/ComprasNet para tais medicamentos.

24. Fruto da adoção dos procedimentos acima narrados, houve as seguintes modificações de débito nos itens dos medicamentos, conforme tabela 2 adiante, cujos dados foram tabulados/consolidados nas planilhas juntadas aos autos: peça 124 (lote 1); peça 125 (lotos 2 e 3); e peça 126 (lote 4):

Tabela 2 – Novos valores encontrados a partir do cumprimento do despacho do Relator (peça 113)

LO TE	Contrato (Empresa)	Débito anterior (média ponderada) (R\$)	Novo débito (maior valor unitário) (R\$)	Diferença (R\$)
1	27/2006 (Hospfar)	3.387.734,87	3.228.841,92	<b>158.892,95</b>
2	28/2006 (Especificarma)	5.273.339,09	4.843.426,70	<b>429.912,39</b>
3		11.975.112,45	10.579.747,74	<b>1.395.364,71</b>

4	29/2006 (Unicom)	2.276.829,10	1.913.703,80	<b>363.125,30</b>
<b>TOTAL</b>		<b>22.913.015,51</b>	<b>20.565.720,16</b>	<b>2.347.295,35</b>

25. Como se nota da tabela acima, a relativa pequena diferença encontrada nos valores, decorrente dos dois métodos utilizados (média ponderada x valor máximo do BPS/Siasg) - aproximadamente 10% inferior, se considerados os quatro lotes em conjunto - só demonstra que a utilização da média ponderada dos registros encontrados no BPS estava adequada, muito por conta de ter-se considerado os valores tanto de grandes aquisições quanto de pequenas, aliado ao fato de as dispensas de licitações também terem sido computados (tendentes a maiores valores). No novo método, conforme orientação do despacho do Relator, as dispensas de licitações foram excluídas do cômputo, porquanto referem-se a registros de compras sem concorrência entre fornecedores.

26. Ao se migrar para a utilização do maior valor unitário do BPS – em vez do critério da média ponderada, isso com o fito de se cumprir o dispositivo regimental do TCU quanto à segurança do débito imputado -, observa-se que, após a depuração da base de registros, obteve-se seleção mais qualificada, embora com menor número de registros, porquanto composta essencialmente por pregões eletrônicos, para os quais é possível a consulta de suas atas no sítio [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br), onde é possível verificar a informação primária e, assim, eliminar qualquer dúvida quanto aos valores utilizados para comparação.

#### **IV – OUTRAS CONSIDERAÇÕES**

27. Mantido o débito, após os ajustes feitos, necessário que o Tribunal aprecie as manifestações dos responsáveis nas quais requerem a produção de todos os meios de prova admitidos em direito, em especial, a documental, a oitiva de testemunhas, o depoimento pessoal dos requerentes e dos demais integrantes do processo, além da prova pericial, para comprovar a ausência de superfaturamento e dano ao erário, bem como a defesa apresentada pela empresa Hospfar, a qual aduziu que:

a) houve cobrança em duplicidade (valor atualizado com juros atualizados), ao que questiona se o montante que recolhera diretamente à Funasa (GRU no valor de R\$ 1.036.798,93) foi considerado no novo demonstrativo de débito elaborado pelo Tribunal;

b) foi aplicada correção monetária mensal com base no IPCA, embora aparente ser aplicação de juros de 1% ao mês, fato que representaria transgressão à Súmula-STF 121, que veda a capitalização de juros; ao art. 192, § 3º, da CF; e à jurisprudência do STJ;

c) houve violação do princípio da economia (a execução deve se dar da forma menos prejudicial ao devedor) e da humanização (exteriorizado no art. 620 do CPC), segundo doutrina que informou.

28. No âmbito desta unidade técnica, a análise acerca dessas questões foi realizada à peça 46, p. 26-29 (item “considerações específicas), devendo ser anotado que o valor recolhido pela empresa Hospfar em 14/7/2010 (R\$ 1.036.798,93) foi abatido do débito a ser a ela imputado.

29. A propósito, deve ser estabelecido o método para imputação de débito à Hospfar. Um caminho é atualizar os valores devidos até 14/7/2010 (se for apenas atualização monetária, chega-se a R\$ 3.844.764,09; se também forem incluídos os juros até tal data chega-se a R\$ 5.501.069,16), remanescendo R\$ 2.807.965,16 ou R\$ 4.464.270,23, conforme se incluam ou não os juros do período, valor que deve ser atualizado a partir de 14/7/2010.”

8. Ao final de sua instrução, a SecexSaúde formulou a seguinte proposta de encaminhamento:

“37. A partir das medidas encetadas nestes autos, em cumprimento ao despacho do Ministro-Relator, **reformula-se a proposta** constante da peça 45, p. 8-53 e peça 46, p. 1-22, já considerando o despacho anterior da subunidade técnica (peça 46, p. 23-29), para alterar o fundamento legal para o julgamento das contas, fazer-se referência às novas tabelas e instruções, bem como imputar o débito calculado a partir dos ajustes determinados pelo Ministro-Relator, de modo que resta vazada nos seguintes termos:

5.1. Ante as razões expostas, propõe-se, com fundamento nos arts. 1º, inciso I; 16, inciso III, alínea “c”; 19, caput; e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992; c/c os arts. 1º, inciso I; 209, inciso III; e 210 do Regimento Interno/TCU:

5.1.1. **rejeitar as razões de justificativa/alegações de defesa** dos senhores Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho (CPF 464.092.461-53); Eduardo Tarcisio Brito Targino (CPF 297.014.061-68); José Carlos Cativo Gedeão (CPF 023.723.202-20); e Wagner de Barros Campos (CPF 065.525.877-91), em função das respectivas responsabilidades no superfaturamento decorrente da execução dos Contratos 27/2006, 28/2006 e 29/2006;

5.1.2. sejam **julgadas irregulares** as contas dos responsáveis relacionados no subitem anterior em função do exposto nas análises apresentadas ao longo da instrução (peça 45, p. 8-53 e peça 46, p. 1-22);

5.1.3. seja **aplicada a multa** prevista no inciso III do art. 58 da Lei 8.443/1992 aos gestores relacionados no item 5.1.1, fixando o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que os responsáveis comprovem perante o Tribunal (conforme o art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional;

5.1.4. **rejeitar as alegações de defesa** das empresas Hospfar Ind e Com de Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 26.921.908/0002-02); Especificarma Com de Medicamentos e Pro Hospitalares Ltda. (CNPJ 00.085.822/0001-12); e Unicom Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 38.054.979/0001-53), em função de terem se beneficiado do superfaturamento decorrente da execução dos Contratos 27/2006, 28/2006 e 29/2006, respectivamente;

5.1.5. sejam **julgadas irregulares** as contas das empresas relacionadas no subitem anterior em função do exposto nas análises apresentadas ao longo da instrução (peça 45, p. 8-53 e peça 46, p. 1-22);

5.1.6. sejam **condenados solidariamente** os responsáveis relacionados na tabela a seguir, pelo débito no montante de R\$ 3.228.841,92 (valor que deve ser atualizado e sobre o qual deve haver o abatimento de R\$ 1.036.798,93 recolhido em 14/7/2010 pela empresa à Funasa), após o que deve haver nova atualização monetária e acréscimo de juros de mora, até a data do efetivo recolhimento, nos termos da legislação vigente, conforme cálculo constante às peças 118 e 124 e esclarecimentos dos itens 2.37-2.39 da instrução (peça 45, p. 8-53 e peça 46, p. 1-22), pelo superfaturamento decorrente da execução do **Contrato 27/2006**, referente ao lote 1 do Pregão 10/2006:

Responsáveis	CPF/CNPJ	Itens de análise (peças 45, p. 8-53, e 46, p. 1-22)
Hospfar Ind e Com de Produtos Hospitalares Ltda.	26.921.908/0002-02	3.251-3.284
Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho	464.092.461-53	3.90-3.120
Eduardo Tarcisio Brito Targino	297.014.061-68	3.125-3.143
José Carlos Cativo Gedeão	023.723.202-20	3.149-3.171
Wagner de Barros Campos	065.525.877-91	3.186-3.205

5.1.7 sejam **condenados solidariamente** os responsáveis relacionados na tabela a seguir pelo débito no valor histórico de R\$ 15.423.174,44, conforme cálculo constante às peças 119 e 125, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora até a data do efetivo recolhimento, nos termos da legislação vigente, pelo superfaturamento decorrente da execução do **Contrato 28/2006**, referente aos lotes 2 e 3 do Pregão 10/2006:

<b>Responsáveis</b>	<b>CPF/CNPJ</b>	<b>Itens de análise (peças 45, p. 8-53, e 46, p. 1-22)</b>
<i>Especifarma Com de Medicamentos e Pro Hospitalares Ltda</i>	00.085.822/0001-12	3.307-3.331
<i>Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho</i>	464.092.461-53	3.90-3.120
<i>Eduardo Tarcisio Brito Targino</i>	297.014.061-68	3.125-3.143
<i>José Carlos Cativo Gedeão</i>	023.723.202-20	3.149-3.171
<i>Wagner de Barros Campos</i>	065.525.877-91	3.186-3.205

5.1.8 sejam **condenados solidariamente** os responsáveis relacionados na tabela a seguir, pelo débito no valor histórico de R\$ 1.913.703,80, conforme cálculo constante às peças 120 e 126, atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora até a data do efetivo recolhimento, nos termos da legislação vigente, pelo superfaturamento decorrente da execução do **Contrato 29/2006**, referente ao lote 4 do Pregão 10/2006:

<b>Responsáveis</b>	<b>CPF/CNPJ</b>	<b>Itens de análise (peça 45, p. 8-53, e 46, p. 1-22)</b>
<i>Unicom Produtos Hospitalares Ltda.</i>	38.054.979/0001-53	3.360-3.384
<i>Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho</i>	464.092.461-53	3.90-3.120
<i>Eduardo Tarcisio Brito Targino</i>	297.014.061-68	3.125-3.143
<i>José Carlos Cativo Gedeão</i>	023.723.202-20	3.149-3.171
<i>Wagner de Barros Campos</i>	065.525.877-91	3.186-3.205

5.1.9 fixar o prazo de quinze dias, a contar da ciência, para que os servidores ou os representantes legais das empresas comprovem, perante o Tribunal, nos termos do art. 214, inc. III, alínea “a”, do RI/TCU, o recolhimento da dívida à Fundação Nacional de Saúde - Funasa;

5.1.10 seja **aplicada a multa** prevista no art. 57, da Lei 8.443/1992, aos gestores e às empresas para os quais forem imputados os débitos, conforme itens 5.1.6, 5.1.7 e 5.1.8 supra, fixando o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que os servidores ou os representantes legais das empresas comprovem, perante o Tribunal (conforme o art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional;

5.1.11 autorizar, caso requerido, com fundamento no art. 26 da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 217, §§ 1º e 2º, do RITCU, o parcelamento das dívidas em até 36 vezes, incidindo sobre cada parcela, corrigida monetariamente, os correspondentes acréscimos legais, fixando-lhes o prazo de 15 dias, a contar do recebimento das notificações, para os responsáveis comprovarem perante o Tribunal o recolhimento da primeira parcela, e de 30 dias, a contar da parcela anterior, para comprovar os recolhimentos das demais parcelas;

5.1.12 seja autorizada, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

5.1.13 *seja encaminhada cópia deste Acórdão, acompanhado do relatório e voto que o fundamentam, à 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e à Procuradoria da República do Distrito Federal, em função da existência da Ação Civil de Improbidade Administrativa (número 2009.34.00.027474-6), que atualmente tramita na esfera judicial e que trata dos mesmos fatos objeto desta TCE.”*

9. Em sua derradeira intervenção nos autos, o Ministério Público junto ao TCU, novamente representado pela Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, dissentiu, uma vez mais, da proposta da unidade técnica, valendo-se, para tanto, dos seguintes argumentos:

“6. Com as devidas vênias, ratificamos in totum nossa posição lançada no Parecer de peça n.º 47 (pp. 30/39), pelos próprios fundamentos e considerações ali expendidos.

7. A propósito, vale ressaltar que a inadequação do BPS como referencial válido para a imputação de dano ao erário foi recentemente reconhecida pela 2.ª Câmara do Tribunal, em processo bastante similar ao que ora se examina, ocasião em que o nobre Ministro Aroldo Cedraz consignou o que segue, in verbis (Acórdão n.º 384/2014 – 2.ª Câmara):

**“13. Conforme detalhado nos itens 3 a 10 acima, o Tribunal considerou os parâmetros da CMED como os mais adequados para aferição da razoabilidade dos preços de aquisição de medicamentos. Esse parâmetro não foi usado nesta TCE. Uma das principais fontes de preços para cálculo do sobrepreço foi o Banco de Preços do Ministério da Saúde (BPS), fonte considerada questionável para esse fim, conforme registros que fiz no relatório e voto condutores do referido Acórdão 1.146/2011-Plenário:**

“10.

...

*j) na opinião dos próprios técnicos do Ministério da Saúde, o Banco de Preços em Saúde, mantido por aquela Pasta, apresenta limitações para ser usado como referencial de preço, já que sua média é calculada com base nos dezoito meses anteriores, que sua alimentação é voluntária e que os preços registrados dizem respeito apenas às aquisições do setor público, sem possibilitar a obtenção do preço de mercado.*

*11. Por tais motivos, concluiu-se que ‘a base de dados da CMED, seria, então, mais qualificada do que a do BPS para o processo de construção de uma referência de preços, pois a CMED possui controle do que é comercializado de fato, por concentrar o conjunto de todas as compras de fato, públicas ou não, consideradas todas as apresentações de medicamentos’*

*14. Apesar de os Acórdãos 1.437/2007 e 1.146/2011-Plenário terem determinado à Segecex que orientasse as unidades técnicas para a utilização dos parâmetros definidos pela CMED, isso não foi realizado pela unidade técnica neste processo”.*

8. Naquela assentada, o Tribunal deliberou por arquivar o processo, sem julgamento de mérito, por ausência dos pressupostos de constituição do processo, nos termos do art. 212 do Regimento Interno/TCU, desconstituindo-se, com isso, o débito inicialmente levantado.

9. A situação tratada naquele feito pouco difere da que ora se aprecia, consistindo, em essência, na aferição de débito tendo como parâmetro os preços do BPS. No caso destes autos, apesar da louvável preocupação do eminente Relator em buscar conferir maior confiabilidade ao cálculo do débito, o referencial adotado continua sendo o BPS, banco de dados esse, como visto, considerado falho para fins de imputação de dano, inclusive pelo recente Acórdão n.º 384/2014 – 2.ª Câmara.

10. *Com relação à afirmação da Unidade Instrutiva de que em casos como o presente compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, é preciso ter em mente que os gestores se desincumbiram desse mister, demonstrando satisfatoriamente a aplicação dos valores na aquisição de medicamentos, após certame público com a participação de diversas empresas atuantes no mercado.*

11. *Se há suspeitas de sobrepreço ou de superfaturamento, a sua ocorrência deve ser provada pelos órgãos incumbidos de fiscalizar a gestão pública, por meio de critérios técnicos e provas contundentes, e não de meras alegações, do contrário, afastar-se-ia a presunção de legitimidade de que gozam os atos administrativos.*

12. *Deve-se lembrar, ademais, que as empresas contratadas mediante processo licitatório não se enquadram na mencionada condição de gestoras públicas, de modo que eventual prejuízo ao erário a elas atribuído deve ser consistente, amparado por elementos fidedignos e critérios técnicos adequados para atestar a irregularidade, in casu, o sobrepreço ou superfaturamento, não servindo para tanto, em nossa visão, o referencial do BPS.*

13. *Nesse contexto, por reputarmos insuperável a inadequação do BPS para o cálculo do dano ao erário, somada a outras peculiaridades do caso concreto, como a inexistência de quantitativo mínimo de medicamentos a ser adquirido pela Funasa (fator esse aproximador dos preços obtidos aos preços de varejo), esta representante do Ministério Público mantém o encaminhamento outrora sugerido, no sentido de se considerar insubsistente o débito apurado nesta TCE, devendo as empresas atraídas ao polo passivo do feito ser excluídas da relação processual, julgando-se, de outro turno, irregulares as contas dos Senhores Wagner de Barros Campos, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho e José Carlos Cativo Gedeão, nos termos do art. 16, inciso III, alínea “b”, da Lei n.º 8.443/1992, aplicando-se-lhes as sanções pertinentes, de acordo com a gravidade das respectivas condutas, e regulares as contas do Senhor Eduardo Tarcísio Brito Targino, com fulcro no art. 16, inciso I, do mesmo diploma legal.*

14. *Caso não acolhida a proposta supra, recomendamos ao eminente Relator a renovação dos atos citatórios, tendo em vista a alteração significativa da **metodologia** referencial para o cálculo do dano ao erário, mediante a produção de diversas novas tabelas e planilhas pela área técnica do Tribunal (peças n.ºs 118 a 126), sobre as quais nenhum dos responsáveis teve a oportunidade de exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa.”*

É o relatório.