

## VOTO

Trata-se de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde – Funasa com o propósito de apurar suposto prejuízo ao erário decorrente de superfaturamento na aquisição de medicamentos, no âmbito do Pregão Presencial 10/2006 e dos contratos dele decorrentes (Contratos 27/2006, 28/2006 e 29/2006).

2. Referido pregão objetivava o registro de preços de medicamentos, agrupados em 4 lotes, para posterior aquisição e encaminhamento aos 19 Distritos Sanitários Especiais Indígenas – DSEI, culminando na adjudicação dos objetos parcelados, sob o critério do menor preço global por lote, às seguintes empresas:

Lote	Qtde de itens	Empresa Vencedora	Contrato	Valor (em reais)
1	33	Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda.	27/2006	7.300.000,00
2	29	Especifarma Comércio de	28/2006	30.123.748,75
3	32	Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda.		(aditivado em 25%)
4	46	Unicom Produtos Hospitalares Ltda.	29/2006	4.375.000,00 (aditivado em 25%)

3. Em apertada síntese, foram originalmente detectadas as seguintes irregularidades na licitação e nos sobreditos contratos:

3.1. alteração da modalidade e tipo de licitação, de pregão eletrônico por item (Pregão Eletrônico 4/2006) para pregão presencial do tipo menor preço global por lote (Pregão Presencial 10/2006), a qual teria restringido a participação de concorrentes, frustrando o caráter competitivo do certame;

3.2. não observância do disposto no art. 15, V, da Lei 8.666/93, uma vez que não foi verificada a compatibilidade dos preços cotados com os praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública;

3.3. ausência de submissão do edital do Pregão Presencial 10/2006 ao exame da Procuradoria Federal, com o aproveitamento da manifestação proferida para o Pregão Eletrônico 4/2006, apesar das modificações substanciais promovidas, com infringência, pois, ao art. 38 da Lei 8.666/93;

3.4. falta de parecer jurídico aprovando a celebração dos contratos e de aditivo;

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

3.6. sobrepreço nos valores dos medicamentos, com o conseqüente superfaturamento na execução dos Contratos 27/2006, 28/2006 e 29/2006, celebrados, respectivamente, com as empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. e Unicom Produtos Hospitalares Ltda., nos respectivos valores originais de R\$ 7.300.000,00, R\$ 24.098.999,00 e R\$ 3.500.000,00.

4. Na fase interna da TCE, o débito imputado às empresas foi de R\$ 606.383,50 à Hospfár, R\$ 7.053.724,03 à Especificarma e R\$ 977.870,70 à Unicom, tendo a Hospfár efetuado o recolhimento aos cofres públicos do valor atualizado do débito a ela atribuído, de R\$ 1.036.798,93, em 14/7/2010.
5. Ao ingressar o feito no TCU, o auditor responsável pela instrução concordou com o montante do débito imputado às empresas e com a responsabilização dos seguintes servidores da Funasa à época: Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho (ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos), Eduardo Tarcísio de Brito Targino (ex-Assessor Técnico da CGLOG e ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação), José Carlos Cativo Gedeão (ex-Pregoeiro) e Wagner de Barros Campos (ex-Diretor do Departamento de Administração).
6. O Diretor Técnico e o Secretário da extinta 4ª Secex divergiram parcialmente da metodologia de cálculo do débito, calcada apenas nos preços apurados pela tomadora de contas e pela CGU, questionando ainda a falta do cômputo de algumas notas fiscais e a ausência de comparação dos preços de alguns medicamentos.
7. A nova sistemática de apuração do suposto prejuízo aos cofres públicos consistiu então na utilização dos maiores valores unitários identificados entre as seguintes fontes de preços: a) pesquisa efetuada pela tomadora de contas e pela CGU; b) média ponderada dos preços constantes do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde – BPS; e c) valores dos medicamentos relativos a dois pregões posteriores realizados pela própria Funasa.
8. Impende destacar que a pesquisa no BPS realizada pela antiga 4ª Secex teria sido qualificada pela incorporação de preços registrados no Siasg/Comprasnet, a partir do auxílio de integrantes da equipe responsável pela aludida base de dados, o que aumentou a quantidade de registros, buscando assim conferir maior confiabilidade ao BPS como parâmetro para imputação de débito.
9. Por meio dessa metodologia, os débitos foram ajustados para R\$ 2.350.935,94 – Hospfár (já abatida a quantia recolhida pela empresa), R\$ 17.415.007,79 – Especificarma e R\$ 2.120.233,30 – Unicom (fl. 1.615, vol. 8), tendo sido então promovida a citação das empresas e dos servidores solidariamente responsáveis, bem como efetivada a audiência destes últimos em relação às demais irregularidades já mencionadas neste voto.
10. Após o exame das razões de justificativa e alegações de defesa apresentadas, a extinta 4ª Secex (hoje SecexSaúde) propôs a este Pleno julgar irregulares as contas dos responsáveis, bem como imputar solidariamente os débitos oriundos dos superfaturamentos às sobreditas empresas e aos ex-gestores da Funasa, sem prejuízo de aplicar-lhes multa proporcional aos danos identificados.
11. Em sua primeira intervenção nos autos, a representante do *Parquet* especializado divergiu da unidade técnica. Deixou assente em seu parecer que a metodologia adotada pela unidade instrutiva não se mostrava tecnicamente adequada, no caso concreto, para imputação de débito aos responsáveis, ao menos para se chegar à conclusão inequívoca de que o prejuízo apurado segundo os critérios adotados seguramente não excederia o real valor devido, a teor do estatuído no art. 210, § 1º, II, do Regimento Interno deste Tribunal.
12. Mais especificamente, assim se posicionou o *Parquet* especializado, **verbis**:
- [...] considerando que para um mesmo medicamento ou princípio ativo **existem vários preços registrados no BPS**, consoante inclusive motivado pela Unidade Técnica para usar o critério da média ponderada, é válido afirmar que **o maior preço lá registrado é certamente superior àquele obtido pela técnica da média ponderada**, também sendo lícito concluir que **seria esse preço (o maior do BPS) o valor que seguramente não excederia o real valor devido, até porque contratações feitas nesse valor máximo do BPS estariam dentro do aceitável e/ou admissível daquela fonte de pesquisas.** (grifei)

13. Para o MPTCU, a utilização do BPS deveria levar em conta o maior preço ali registrado, de modo a garantir, inequivocamente, que o cálculo do sobrepreço não seria maior do que o real valor devido. O então Relator dos autos, o Ministro José Jorge, determinou o retorno dos autos à unidade técnica para que refizesse os cálculos. Como resultado desse trabalho, houve modificações de débito nos itens dos medicamentos, conforme tabela abaixo:

LOTE	Contrato (Empresa)	Débito anterior ( <u>média ponderada</u> ) (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 (Especifarma)	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>

14. Acontece que o *Parquet* especializado, em sua segunda intervenção nos autos, traz informação bastante relevante para o deslinde da matéria, no sentido de que a inadequação do BPS como referencial válido para imputação de dano ao erário havia sido recentemente reconhecida pela 2ª Câmara deste Tribunal em processo bastante similar ao que ora se examina (Acórdão 384/2014), ocasião em que o eminente Relator (Ministro Aroldo Cedraz) fez consignar em seu voto, **verbis**:

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 de finidos pela CMED, isso não foi realizado pela unidade técnica neste processo.** (grifei)

15. Como frisado pelo MPTCU em seu parecer, a situação tratada naquele feito pouco difere da que ora se aprecia, consistindo, basicamente, na aferição de débito tendo como parâmetro os preços do BPS, ainda que, no caso sobre o qual versam os presentes autos, tenham sido acrescidos ao BPS – mediante a utilização de uma funcionalidade existente no próprio BPS – valores registrados no

Comprasnet/Siasg. O referencial adotado, isto é, o parâmetro para se concluir pela existência do sobrepreço, continua sendo, em essência, o BPS.

16. Ainda na esteira de que o TCU vem consolidando o entendimento de que o BPS, tendo em vista suas fragilidades e limitações para obtenção do preço de mercado, não deve ser utilizado como parâmetro legítimo na apuração de sobrepreço em medicamentos, urge transcrever o seguinte excerto do voto condutor do recente Acórdão 3.759/2014-TCU-1ª Câmara (Relator: Ministro José Múcio Monteiro), **verbis**:

8. De fato, o Tribunal vem consolidando o entendimento de que **o Banco de Preços em Saúde não deve ser utilizado como parâmetro legítimo para a apuração de sobrepreço em medicamentos, tendo em vista as fragilidades e limitações por ele apresentadas**, tais como cálculo da média com base nos dezoito meses anteriores, alimentação voluntária e registro apenas das aquisições do setor público, sem possibilitar a obtenção do preço de mercado (Acórdão nºs 1.146/2011, 1.988/2013 e 1.561/2013 – Plenário e Acórdão nº 384/2014 – 2ª Câmara). **Diante da inadequação do padrão utilizado no cálculo, cabe afastar o débito e excluir as empresas da relação processual.** (grifei)

17. A propósito, vem-se sedimentando neste Tribunal o entendimento de que a principal fonte para cálculo de sobrepreço nas aquisições de medicamentos é o limite de preços máximos (PMVG – Preço Máximo de Venda ao Governo) fixados em tabela pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), isso porque, a teor do estatuído na Lei 10.742/2003, o valor máximo nas aquisições de medicamentos deve obedecer aos critérios da CMED.

18. Nesse diapasão, vale frisar que, no voto condutor do recente Acórdão 3.596/2014-TCU-Plenário (Relator: Ministro André Luís de Carvalho), constou, a título de motivação para afastamento de débito na aquisição de medicamentos pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, que *“não se apurou sobrepreço ou superfaturamento nas compras objeto desta auditoria, **estando os medicamentos na sua quase totalidade abaixo do PMVG**”* (grifei), e a baixa materialidade do débito remanescente *“sequer ensejaria necessariamente a instauração de tomada de contas especial”*.

19. Não é demais lembrar que este Plenário, ao apreciar relatório de auditoria operacional, concluiu que a atuação da própria CMED carece de aprimoramentos, de forma a reduzir os efeitos das falhas de mercado. Naquela assentada, no voto condutor do Acórdão 3.016/2012-TCU-Plenário (Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues), restou assente que:

**[...] fiscalizações anteriores deste Tribunal identificaram distorções em preços fixados pela Cmed, que se mostraram em patamares bastante superiores aos praticados nas compras públicas (TC 010.110/2004-9, TC 017.168/2007-5 e TC 029.043/2010-7). Além disso, verificou-se que **vários gestores públicos tinham dificuldades em consultar a Tabela com os preços máximos.****

Esta a motivação desta Auditoria Operacional na Cmed, avaliar se a atuação regulatória do órgão reduz os efeitos das falhas de mercado, evitando a prática de preços abusivos. Foram realizadas comparações dos preços registrados com compras governamentais e com preços registrados em outros países, que também realizam algum tipo de controle dos preços.

Foi verificado que **os preços de tabela são significativamente superiores aos praticados em compras públicas, com casos em que chegam a mais de 10.000%.** (grifei)

20. Diante desse cenário, deliberou o Pleno, por meio do referido Acórdão 3.016/2012-TCU-Plenário, no sentido de:

9.1. **determinar ao Ministério da Saúde**, com fundamento no art. 15 da Lei 8.666/1993, que, no prazo de 60 (sessenta) dias, alerte estados e municípios quanto à possibilidade de superdimensionamento de preços-fábrica registrados na Tabela Cmed, tornando-se imprescindível a realização de pesquisa de preços prévia à licitação, e que a aquisição de medicamentos por preços abaixo do preço-fábrica registrado não exime o gestor de possíveis sanções;

9.2. **recomendar ao Ministério da Saúde** que articule junto à Presidência da República a possibilidade de apresentar ao Poder Legislativo proposta de revisão do modelo regulatório de ajuste dos preços dos medicamentos previsto na Lei 10.742/2003, de forma a desvincular tal ajuste da inflação e que considere revisões periódicas a partir de critérios como comparação internacional, variação cambial e custo dos diferentes tratamentos;

9.3. **determinar à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos** que:

9.3.1. com base no art. 4º, §4º, inciso I da Lei 10.742/2003 e art. 36 da Lei 12.529/2011, apresente a este Tribunal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, nova metodologia de cálculo do fator de preços relativos intrassetor de forma a considerar no ajuste anual dos preços dos medicamentos o poder de mercado;

9.3.2. com base nos arts. 3º, 5º e 8º da Lei 12.527/2011, apresente a este Tribunal, no prazo 180 (cento e oitenta) dias, tabela de divulgação dos preços-fábrica isenta das distorções identificadas, com sistemática padronizada de alimentação dos dados, de modo a permitir a correta consulta e análise de preços dos fármacos registrados;

9.4. **recomendar à Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos** que avalie se o uso do custo de tratamento para fixação dos preços dos medicamentos registrados nas Categorias II e V, desconsiderando o menor preço internacional se este se mostrar significativamente mais elevado, pode prejudicar a oferta dos fármacos no país; (grifei)

21. Consoante informação obtida por minha assessoria junto à SecexSaúde, o sobredito acórdão está sendo objeto de monitoramento. Assim sendo, deixo de propor nesta oportunidade medidas adicionais com vistas à utilização de referencial mais confiável que sirva de parâmetro seguro para caracterização de sobrepreço – e consequente imputação de débito – nas contratações de medicamentos efetivadas no âmbito da administração pública.

22. Ainda com relação ao mencionado Acórdão 3.016/2012-TCU-Plenário, de extrema relevância é a parte final do subitem 9.1 acima, no sentido de que *“a aquisição de medicamentos por preços abaixo do preço-fábrica registrado não exige o gestor de possíveis **sancões**”* (grifei), mas sem restar caracterizado sobrepreço ou superfaturamento, isto é, sem ficar configurado dano ao erário, isso porque o valor final do medicamento ainda sim estaria inferior ao limite de preços máximos fixados pela CMED.

23. Se após as reflexões sobre o tema das aquisições de medicamentos, que tomaram corpo neste Tribunal a partir de 2007, culminando com o Acórdão 3.596/2014-TCU-Plenário, a Corte de Contas decidiu não adotar o BPS como parâmetro válido para quantificação de eventual prejuízo ao erário, não vejo como fazê-lo no presente feito, cujas aquisições no longínquo ano de 2006 pelos ex-gestores da Funasa não podiam sequer contar com esse *“rico conhecimento e desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal”*.

24. Não menos relevante é o fato de que os preços obtidos com o Pregão Presencial 10/2006 encontravam-se abaixo daqueles constantes de revistas técnicas especializadas contemporâneas ao certame, como a ABCFarma e Brasindice, demonstrando aderência aos preços praticados no mercado. Não obstante, a extinta 4ª Secex refutou esses referenciais sob o argumento de que as aquisições eram de volumes significativos, com potencial ganho de escala, ao passo que as revistas consignariam preços para o varejo.

25. Para refutar a argumentação da unidade técnica, valho-me, uma vez mais, dos lídimos fundamentos expendidos pelo *Parquet* especializado ainda em seu primeiro parecer, **verbis**:

34. Novamente ousamos divergir dessa afirmação. É que, **embora o registro de preços em exame tivesse, de fato, o potencial de aquisição de volumes grandes de medicamentos**, restou assente nas regras do certame que **a Funasa não seria obrigada a adquirir qualquer quantidade dos medicamentos registrados**, sendo assegurada aos beneficiários do registro apenas preferência em eventuais aquisições

futuras, durante a vigência de 12 meses da ata (Cláusula 2.2 da Ata de Registro de Preços n.º 01/2006, fl. 105, vol. principal).

35. **Não havia, desse modo, a garantia do ganho de escala defendida pela Secretaria do Tribunal, mas apenas uma potencialidade**, uma possibilidade dessa ocorrência, mas com o mesmo **risco de não se atingir essa execução plena**, fator que também **pode ter interferido no resultado da licitação, para aproximar os preços do registro com aqueles praticados no varejo**. (grifei)

26. Em resumo, no sistema de registro de preços, sem a fixação de quantidades mínimas de demanda por parte do ente público, o fornecedor é levado à adoção de valores médios na tentativa de atenuação do risco de apresentar preços não condizentes com as demandas futuras e, diante dessa situação, a administração pública deixa de obter descontos que poderiam ser ofertados pela licitante se houvesse segurança maior acerca da efetiva demanda pública.

27. Mais especificamente, sem saber quais os quantitativos mínimos de demanda nos contratos que derivam da ata de registro de preços, o fornecedor não tem como formular proposta de preço com precisão adequada, tendo em vista que não possuiu elementos para dimensionar, com segurança, os custos referentes à montagem de uma estrutura organizacional que faça frente às possíveis demandas do ente público contratante. Ainda sobre esse ponto, é oportuno transcrever o seguinte excerto da manifestação do MPTCU:

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 [...]. (grifei)

28. Outras circunstâncias também tendentes a distanciar os preços daqueles praticados no atacado foram a forma de pagamento e o prazo de validade dos preços (12 meses), pois o pagamento somente seria creditado ao licitante vencedor em até 30 dias da entrega efetiva dos produtos, e os vencedores deveriam manter o preço constante por todo o período de validade da ata de registro de preços. Tais peculiaridades não são comumente encontradas no mercado de fármacos, sendo certo afirmar que este sofre impacto direto das variações cambiais, como bem destacado no relatório constante dos autos do TC 029.043/2010-7, a saber:

54. Em relação às características e limitações do mercado de medicamentos, **o câmbio foi ressaltado, pela CMED, como variável macroeconômica que influencia de modo fundamental o setor farmacêutico**, pois não pode ser controlado nem pela CMED, nem pelos compradores. **O câmbio gera impacto tanto no acréscimo, quanto no decréscimo dos custos**, tendo em vista que os produtos são, em sua maioria, importados, inclusive com matéria-prima importada. Dessa forma, **as variações de câmbio produzem reflexos imediatos sobre a possibilidade de obtenção de descontos**. (grifei)

29. Sob esse prisma, não é desarrazoado inferir que os preços cotados pelas licitantes vencedoras pudessem contemplar tais incertezas, inseguranças, riscos, vindo as licitantes, portanto, a embuti-los nos preços das mercadorias, aproximando-os dos preços do varejo.

30. Nesse sentido, como bem assinala a representante do MPTCU, ***“pode-se admitir que os preços obtidos eram os que melhor espelhavam os preços de mercado para as condições especiais ou restrições previstas na licitação, tais como pagamento a prazo, possibilidade de aquisição zero ou de volume desprezível de medicamentos, obrigatoriedade de manutenção dos preços por 12 meses, sujeição a todas as demais contingências passíveis de ocorrerem em contratos com o Poder Público.”***. (grifei)

31. Outra premissa adotada pela unidade instrutiva se refere à alteração da licitação, inicialmente aprovada como pregão eletrônico por item e, depois, modificada para pregão presencial

do tipo menor preço global por lote, a qual teria restringido a participação de concorrentes e frustrado o caráter competitivo do certame.

32. Sobre esse ponto em particular, embora possa ser suscitada impropriedade no procedimento da alteração em si, entendo que a adjudicação por lote não pode ser tida como irregular, nem se pode asseverar que essa mudança tenha sido responsável por restrição à competitividade e pelo suposto sobrepreço.

33. É cediço que a Súmula 247 do TCU estabelece que as compras devam ser realizadas por item e não por preço global, sempre que não haja prejuízo para o conjunto ou perda da economia de escala. Entretanto, na área de saúde, não raras vezes o gestor deve adquirir centenas ou mesmo milhares de medicamentos ou princípios ativos (cerca de 1.900 existentes), fato que o levaria, caso não se admitisse a compra por lotes, a licitar centenas/milhares de itens, a firmar centenas/milhares de contratos e, posteriormente, a coordenar, fiscalizar e operacionalizar todos esses ajustes, tarefa sem sombra de dúvidas deveras difícil de ser bem desempenhada pela maior parte das administrações dos órgãos e entidades que labutam nessa área, em regra carentes de recursos humanos suficientes para desempenhar atividades dessa magnitude.

34. Nesse mesmo sentido encontra-se a manifestação do MPTCU, **verbis**:

43. Nesse contexto, não é desarrazoado o entendimento externado (...) pelos defendentes no sentido de que a Administração deve sopesar, no caso concreto, as consequências da multiplicação de contratos que poderiam estar resumidos em um só, optando, então, de acordo com suas necessidades administrativas e operacionais, pela administração de um só contrato com todos os itens ou de um para cada fornecedor. É claro que essa possibilidade deve ser exercida dentro de padrões mínimos de proporcionalidade e de razoabilidade.

44. A previsão de administrar centenas de contratos por um corpo de servidores reduzido pode se enquadrar, em nossa visão, na exceção prevista na Súmula nº 247, de que haveria prejuízo para o conjunto dos bens a serem adquiridos, peculiaridade essa, de certa forma, levantada pelos responsáveis no documento justificador da mudança de pregão eletrônico por item para pregão presencial por lotes, embora mais voltada à administração do estoque.

35. **Ad argumentandum**, acerca do alcance da Súmula 247 do TCU, opera também em favor dos responsáveis o entendimento consubstanciado no voto condutor do Acórdão 5.260/2011-TCU-1ª Câmara (Relator: Ministro Ubiratan Aguiar), do qual julgo oportuno extrair o seguinte excerto:

5. A representante mencionou, como reforço à sua pretensão, a Súmula-TCU nº 247, que diz acerca da obrigatoriedade da adjudicação por itens. A atenta leitura da Súmula, contudo, demonstra que a adjudicação “por itens”, nela defendida, está posta como contraponto à adjudicação “por preço global”. **O que pretendeu, então, estabelecer a Súmula-TCU nº 247, foi consolidar o entendimento prevalecente nesta Casa, no sentido de que é condenável a adjudicação por preço global, por representar, no geral, restrição à competitividade. Não teve a referida Súmula a pretensão de condenar a adjudicação por lotes, tanto assim que eles sequer foram mencionados.**

6. Nessa esteira, **não se pode pretender conferir interpretação à lei que seja contrária aos princípios da razoabilidade e da economicidade. No caso concreto que se examina, a adjudicação por itens, nos termos defendidos pela representante, implicaria na necessidade de publicação de 415 Atas de Registro de Preços diferentes, com indubitável custo administrativo para sua formalização, publicação e gerenciamento. A divisão do objeto em lotes, na forma realizada, deverá resultar na publicação de apenas 15 Atas de Registro de Preços, conforme informou o Pregoeiro.**

7. Assim, e **considerando que os lotes são compostos por itens de uma mesma natureza, não vislumbro qualquer irregularidade.** (grifei)

36. No tocante à tese de que houve restrição à competitividade, novamente não a visualizo nestes autos, tendo em vista que 7 (sete) empresas participaram ativamente do pregão, com o intuito único de terem os seus preços registrados em ata, mesmo sem perspectivas concretas ou reais de que seriam, efetivamente, contratadas e de que os volumes ali registrados seriam alcançados, dada a existência da já referida cláusula editalícia de que a Funasa não seria obrigada a adquirir qualquer quantidade dos medicamentos registrados.

37. De toda sorte, é importante frisar que os medicamentos em licitação não compunham um lote único, mas sim 4 lotes com 29 a 46 itens cada um, quantidade essa, a meu ver, razoável de fármacos para cada lote, com amplas possibilidades para que os distribuidores dos medicamentos cotassem todos os itens neles previstos, o que efetivamente ocorreu.

38. Se houve desinteresse de participação, o que não cogito, pois se verificou o comparecimento de sete grandes empresas do ramo no país, este não poderia ser creditado, única e exclusivamente, à divisão dos itens em lotes, pois, como se sabe, muitas empresas deixam de participar de licitações por não preencherem os requisitos de habilitação exigidos pela administração pública, requisitos esses muito mais rigorosos do que os praticados pelo mercado em geral, tal como constatado na licitação em exame, na qual algumas empresas foram alijadas da disputa por não atendimento de regras editalícias.

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

40. A corroborar o entendimento de que a adjudicação por lotes não foi prejudicial à Funasa, urge transcrever a seguinte manifestação do *Parquet* especializado:

49. Outra questão recorrente quando se fala em licitação por lotes e por menor preço global, sobretudo se ausentes critérios de aceitabilidade de preços unitários, é a prática reprovável do jogo de planilha. Esse estratagema se caracteriza pela aditivação de itens com sobrepreço e supressão de itens com subpreço.

50. Todavia, considerando que os preços obtidos se situavam dentro de patamares aceitáveis do mercado, consoante já sustentado acima, **não há falar em jogo de planilha no presente caso, na medida em que as aditativas contratuais se deram de maneira linear, atingindo todos os medicamentos, sem a ocorrência das supressões de itens supostamente abaixo do preço e correspondentes incrementos nos itens com valores pretensamente majorados.**

[...]

52. Nessa toada, **não vislumbramos na mudança de pregão eletrônico por itens para pregão presencial por lotes irregularidade grave, pois justificada contemporaneamente aos fatos e condizente com a realidade vivenciada na Funasa.** (grifei)

41. Por derradeiro, no que concerne à responsabilização dos ex-gestores da Funasa pelas possíveis irregularidades suscitadas em audiência, concordo com o MPTCU que, no tocante aos tópicos em que há nítida conexão entre as falhas levantadas e a existência de sobrepreço ou de restrição à competitividade do certame, devem ser afastadas as respectivas responsabilidades dos agentes públicos arrolados, ante os fundamentos de fato e de direito ora expendidos acerca do débito apontado e da adjudicação por lotes, na medida em que, afastadas as consequências danosas, as causas não constituiriam, *de per se*, condutas ilícitas.

42. Especificamente acerca da conduta do então pregoeiro, Sr. José Carlos Cativo Gedeão, como os preços obtidos no certame licitatório estavam compatíveis com aqueles orçados pelo setor de compras da Funasa, não seria de se esperar outra conduta que não a declaração dos respectivos vencedores, após a competente negociação dos preços com redução dos valores ofertados, como se verificou na espécie.

43. Se um determinado setor foi o responsável pela elaboração das pesquisas de preço, a princípio não há por que responsabilizar o pregoeiro por eventuais problemas nessas pesquisas, a menos que houvesse algum elemento presente no processo a indicar que o pregoeiro tinha condições de questionar a pesquisa realizada. No presente caso, não há qualquer evidência nesse sentido.

44. É cediço não ser tarefa simples o estabelecimento de preços referenciais para aquisição de medicamentos. Até mesmo por isso, é natural que esse procedimento seja executado por setores técnicos específicos, não sendo razoável exigir que o pregoeiro refaça ou reavalie as pesquisas de preços efetivadas pelos setores competentes para isso.

45. Por oportuno, impende transcrever o sumário do Acórdão 3.516/2007-TCU-1ª Câmara (Relator: Ministro Aroldo Cedraz), que bem sintetiza o entendimento desta Corte sobre as atribuições e responsabilidades do pregoeiro e dos membros da CPL por pesquisa de preços e eventual sobrepreço, **verbis**:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO.

1. As pesquisas de preços que dão suporte à elaboração de orçamento, à definição da modalidade de licitação e à efetivação da adequação financeira e orçamentária da despesa, devem ser realizadas previamente à adjudicação do objeto e homologação do procedimento.

2. **Não constitui incumbência obrigatória da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior realizar pesquisas de preços no mercado e em outros entes públicos, sendo essa atribuição, tendo em vista a complexidade dos diversos objetos licitados, dos setores ou pessoas competentes envolvidos na aquisição do objeto.**

3. **Não cabe responsabilização por sobrepreço de membros da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior, quando restar comprovado que a pesquisa foi realizada observando critérios técnicos aceitáveis por setor ou pessoa habilitada para essa finalidade.** (grifei)

46. O pregão em tela foi precedido de pesquisa de preços pelo setor de compras da Funasa junto a sete empresas atuantes no mercado de medicamentos, tendo o resultado da licitação sido inferior ao montante orçado (fls. 49, 50 e 51, vol. principal). Essa circunstância não pode ser desconsiderada pelo julgador, uma vez que a pesquisa de preços de mercado era o instrumento que refletiria, ao menos em tese, os preços praticados no momento da realização do certame.

47. É fato que a elaboração do orçamento que subsidiou o Pregão Presencial 10/2006, da Funasa, não considerou, preliminarmente, preços praticados em contratações efetivadas por outros entes públicos, em inobservância ao conteúdo do art. 15, V, da Lei 8.666/93, segundo o qual “*as compras, sempre que possível, deverão balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública*”. Mas essa responsabilidade deveria recair sobre as pessoas ou setores incumbidos dessas atividades mais especializadas – e não sobre o pregoeiro –, os quais, no entanto, não foram chamados aos autos.

48. Como bem assinalou o *Parquet* especializado, também não era exigível do pregoeiro, mesmo na condição de elaborador do edital (e não do orçamento que lhe é anexo), que vislumbresse grave irregularidade na alteração de pregão eletrônico por item para pregão presencial por lote e, mais ainda, que previsse o seu eventual reflexo majorador nos preços que seriam obtidos.

49. A outra ocorrência atribuída ao Sr. José Carlos Cativo Gedeão consistiu na falta de registro em ata de todos os lances ofertados em cada rodada de negociação. Ao asseverar que a responsabilidade final recai sobre ele, na condição de condutor do pregão, e não sobre os membros da equipe de apoio, o MPTCU deixou assente que essa irregularidade atentou contra a transparência dos atos que permeavam o procedimento licitatório em tela, sendo grave o bastante para ensejar a irregularidade das contas do responsável, com aplicação da multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92.

50. Não obstante concordar com o MPTCU no sentido de que subsistiu, de fato, a responsabilidade do pregoeiro pelo ocorrido, considero de rigor excessivo, no caso em tela, a aplicação de multa com o consequente julgamento pela irregularidade de suas contas, até porque, a despeito de não terem sido os lances registrados em ata, não há indícios de que isso tenha acarretado prejuízos à competitividade. Ademais, como o pregão era presencial, todos os licitantes presentes à sessão tiveram conhecimento dos lances ofertados antes de formularem os seus próprios. Em apertada síntese, houve sim etapa de lances, e os preços finais ficaram dentro dos valores orçados.

51. Quanto aos Senhores Wagner de Barros Campos (ex-Diretor do Departamento de Administração da Funasa) e Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho (ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos), entendo, na esteira do *Parquet* especializado, não justificadas apenas as impropriedades relativas à ausência de parecer jurídico sobre minuta de edital e também sobre minuta de contrato. Mais especificamente, tem-se a ausência de submissão do edital do Pregão Presencial 10/2006 ao exame da Procuradoria Federal, com o aproveitamento da manifestação proferida para o Pregão Eletrônico 4/2006, apesar das modificações promovidas, com infringência ao art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

52. Não obstante, dirijo do desfecho proposto pelo MPTCU, por considerar também de rigor excessivo a aplicação de multa com o consequente julgamento pela irregularidade das contas dos aludidos servidores, até porque já teria havido sim manifestação do setor jurídico sobre a minuta de edital do pregão eletrônico e minuta de contrato, envolvendo a aquisição de medicamentos pela Funasa. A falha foi, de fato, não ter sido submetida à apreciação do jurídico a nova minuta de edital (agora pregão presencial) e de contrato após as alterações promovidas na forma de adjudicação, alterações essas que, a rigor, não alteraram o objeto em licitação, o que, de certa forma, atenua a conduta perpetrada.

53. Reforço aqui a minha compreensão de que restou caracterizada violação à norma jurídica, mas não vislumbro reprovabilidade suficiente, na conduta dos agentes públicos, a ponto de terem suas contas julgadas irregulares, consequência natural da aplicação de multa em processo de contas. Considero que a avaliação das consequências das ações ou omissões dos agentes públicos é fundamental para a definição da dosimetria da eventual sanção.

54. As demais ocorrências são concernentes, como já dito alhures, ao suposto débito e à adjudicação por lotes, em relação às quais não vislumbro irregularidade, podendo ser aceitas as justificativas dos responsáveis.

55. No que diz respeito ao Sr. Eduardo Tarcísio Brito Targino (ex-Assessor Técnico da CGLOG e ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação), entendo que possam ser acatadas suas razões de justificativa, haja vista que sua participação no certame se restringiu à fase de elaboração do edital, sem ter sido apontado qualquer nexos com a cotação de preços/orçamentação, bem assim com a execução dos ajustes. Suas contas devem, pois, ser julgadas regulares, ante a inexistência de outras falhas a ele imputáveis.

56. Em resumo, reputo 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,

regulares com ressalva as contas dos Senhores José Carlos Cativo Gedeão, Wagner de Barros Campos e Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, nos termos do art. 16, II, da Lei 8.443/92, e regulares as contas do Sr. Eduardo Tarcísio Brito Targino, com fulcro no art. 16, I, da referida lei.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

“9. Acórdão:

*VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde – Funasa, com o propósito de apurar suposto dano ao erário decorrente de superfaturamento na aquisição de medicamentos, no âmbito do Pregão Presencial nº 10/2006 e dos contratos dele decorrentes;*

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:*

*9.1. acolher as alegações de defesa apresentadas pelas empresas Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. e Unicon Produtos Hospitalares Ltda., excluindo-as da relação processual;*

*9.2. acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Eduardo Tarcísio Brito Targino, julgando-se em consequência, com base no art. 16, I, da Lei 8.443/92, regulares as suas contas;*

*9.3. acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelos Senhores José Carlos Cativo Gedeão, Wagner de Barros Campos e Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, julgando-se em consequência, com base no art. 16, II, da Lei 8.443/92, regulares com ressalva as suas contas;*

*9.4. encaminhar cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam, à 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e à Procuradoria da República no Distrito Federal, em função da existência de Ação Civil de Improbidade Administrativa (2009.34.00.027474-6).”*

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de março de 2015.

VITAL DO RÊGO  
Ministro-Relator