

ACÓRDÃO Nº 3975/2019 – TCU – 1ª Câmara

1. Processo nº TC 007.974/2016-7.
2. Grupo II – Classe de Assunto: I - Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Responsáveis: Evandro Bertino Jorge (448.183.517-68); Medicom Rio Farma Ltda (39.499.710/0001-43); Micfarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda (07.070.062/0001-19); News Distrilab Comercial Cirurgico Ltda - ME (08.353.205/0001-62); Sergio Rabinovici (422.024.697-53); Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda - EPP (01.686.431/0001-16)
 - 3.2. Recorrente: Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda - EPP (01.686.431/0001-16).
4. Órgão/Entidade: Município de Mangaratiba/RJ.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (SERUR); Secretaria de Controle Externo de Tomada de Contas Especial (SecexTCE).
8. Representação legal:
 - 8.1. Ana Carolina Pinto de Nigris (172.138/OAB-RJ) e outros, representando Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda - EPP.
 - 8.2. Maria Carolina Alcântara Decot Barros (146.551/OAB-RJ), representando News Distrilab Comercial Cirurgico Ltda - ME.
 - 8.3. Jorge Luiz Bertino Algebaile (36.404/OAB-RJ) e outros, representando Evandro Bertino Jorge.
 - 8.4. Wellington Mousinho Lins dos Santos (60.578/OAB-RJ) e outros, representando Medicom Rio Farma Ltda.
9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido este recurso de reconsideração interposto pela empresa Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. – EPP contra o Acórdão 9.296/2017-1ª Câmara, por meio do qual, este Colegiado julgou irregulares as contas da recorrente e imputou-lhe débito;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 32 e 33 da Lei 8.443/1992, em:

 - 9.1. conhecer do recurso de reconsideração interposto pela empresa Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. – EPP, para, no mérito, negar-lhe provimento; e
 - 9.2. dar ciência desta deliberação à recorrente, ao Município de Mangaratiba/RJ, à Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro e ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.
10. Ata nº 17/2019 – 1ª Câmara.
11. Data da Sessão: 28/5/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3975-17/19-1.



13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (na Presidência) e Walton Alencar Rodrigues (Relator).

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Subprocurador-Geral

GRUPO II – CLASSE I – 1ª Câmara

TC 007.974/2016-7

Natureza(s): Recurso de Reconsideração em Tomada de Contas Especial

Órgão/Entidade: Município de Mangaratiba/RJ

Responsáveis: Evandro Bertino Jorge (448.183.517-68); Medicom Rio Farma Ltda (39.499.710/0001-43); Micfarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda (07.070.062/0001-19); News Distrilab Comercial Cirurgico Ltda - ME (08.353.205/0001-62); Sergio Rabinovici (422.024.697-53); Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda - EPP (01.686.431/0001-16)

Representação legal: Ana Carolina Pinto de Nigris (172.138/OAB-RJ) e outros, representando Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda - EPP; Maria Carolina Alcântara Decot Barros (146.551/OAB-RJ), representando News Distrilab Comercial Cirurgico Ltda – ME; Jorge Luiz Bertino Algebaile (36.404/OAB-RJ) e outros, representando Evandro Bertino Jorge; Wellington Mousinho Lins dos Santos (60.578/OAB-RJ) e outros, representando Medicom Rio Farma Ltda.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL AUTUADA EM RAZÃO DE COMANDO DO ACÓRDÃO 9.296/2017-1ª CÂMARA. SUPERFATURAMENTO NA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS COM RECURSOS DO FNS. CONTAS IRREGULARES E IMPUTAÇÃO DE DÉBITO À EMPRESA RECORRENTE. CONHECIMENTO DO RECURSO. ALEGAÇÕES INCAPAZES DE MODIFICAR O MÉRITO DA DECISÃO RECORRIDA. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Início este relatório transcrevendo a instrução do auditor da Secretaria de Recursos (peça 95), cujas conclusões e proposta de encaminhamento receberam a anuência do respectivo diretor (peça 96).

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração de Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. – EPP (peça 71) contra o Acórdão 9296/2017-1ª Câmara (peça 57), da relatoria do ministro Benjamin Zymler.

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. excluir da presente relação processual as empresas Micfarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. e Medicom Rio Farma Ltda.;

9.2. julgar regulares com ressalva as contas dos srs. Sérgio Rabinovici e Evandro Bertino Jorge, dando-lhes quitação, nos termos dos arts. 1º, inciso I; 16, inciso II; 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.3. julgar irregulares as contas da empresa News Distrilab Comercial Cirúrgico Ltda., condenando-a ao pagamento das quantias abaixo relacionadas, com a incidência dos devidos encargos legais, calculados a partir das datas correspondentes até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, nos termos dos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “c”, 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992:

Data de Origem	Valor (R\$)
20/05/2013	12.300,00
29/05/2013	11.795,00
11/12/2013	6.154,00

9.4. julgar irregulares as contas da empresa Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. - EPP, condenando-a ao pagamento da quantia abaixo relacionada, com a incidência dos devidos encargos legais, calculados a partir da data correspondente até o efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, nos termos dos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “c”, 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992:

Data de Origem	Valor (R\$)
28/06/2013	1.600,00

9.5. fixar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data da notificação, para que os responsáveis de que tratam os subitens 9.3. e 9.4. comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, e 269 do RI/TCU), o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Fundo Municipal de Saúde de Mangaratiba - RJ, atualizadas, quando pagas após seu vencimento, monetariamente desde a data de prolação deste acórdão até a do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. aplicar à responsável abaixo arrolada a pena de multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, de acordo com o valor indicado:

Responsável	Valor (R\$)
News Distrilab Comercial Cirúrgico Ltda.	R\$ 3.800,00

9.7. fixar o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data da notificação, para que os responsáveis de que trata o subitem anterior comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, e 269 do RI/TCU), o recolhimento das referidas quantias aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas, quando pagas após seu vencimento, monetariamente desde a data de prolação deste acórdão até a do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor;

9.8. autorizar a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.9. autorizar, desde já, caso requerido, o parcelamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, alertando aos responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 217 do Regimento Interno/TCU;

9.10. comunicar à empresa Micfarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (CNPJ 07.070.062/0001-19) sobre o reconhecimento de crédito perante o Fundo Nacional de Saúde – FNS em seu favor (R\$ 1.728,58, referenciados a data de 28/9/2016), informando que a devolução do referido crédito pode ser requerida ao Fundo Nacional de Saúde por meio de petição administrativa, na forma dos arts. 8º e 11, inciso VIII, da Instrução Normativa STN 2/2009 e 2º, parágrafo único, da Portaria Conjunta Segecex/Segedam 1/2014;

9.11. encaminhar cópia integral do presente processo, bem como do TC 016.723/2015-5, ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro;

9.12. encaminhar cópia deste acórdão à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, à Prefeitura Municipal de Mangaratiba - RJ e à Procuradoria da República no Rio de Janeiro, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992.

FUNDAMENTOS DA CONDENAÇÃO

2. Trata-se de tomada de contas especial instaurada em obediência ao Acórdão 590/2016-Plenário, decorrente de solicitação do Congresso Nacional, em razão da qual foi realizada auditoria na Prefeitura Municipal de Mangaratiba/RJ, com o objetivo de examinar a regularidade da aplicação dos recursos federais repassados pelo Fundo Nacional de Saúde ao município, no período de janeiro de 2013 a junho de 2015.

2.1. Com a fiscalização, constatou-se a aquisição de medicamentos por preços superiores aos praticados no mercado (pregão presencial 13/2013).

2.2. Constatou-se que parte do sobrepreço foi suportado por recursos de origem municipal e, portanto, não estariam sujeitos à jurisdição do TCU, cabendo ao órgão de controle externo estadual apreciar a aplicação desses recursos.

2.3. Quanto aos recursos federais, constatou-se a aquisição por preços acima dos de mercado de 23 medicamentos de dois fornecedores, entre as quais Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda., ora recorrente, empresa à qual se imputou débito no valor de R\$ 1.600,00.

ADMISSIBILIDADE

3. O exame preliminar de admissibilidade à peça 78 – acolhido pelo Relator ‘ad quem’ em despacho à peça 81 – concluiu por conhecer do recurso, suspendendo-se o efeito dos itens 9.4, 9.5 e 9.8 do acórdão recorrido.

MÉRITO

4. Constitui objeto do recurso examinar as seguintes questões:

a) se houve ofensa ao contraditório e ampla defesa, tendo em vista a ausência nos autos dos elementos que levaram à conclusão de ter havido sobrepreço (item 5);

b) se a empresa recorrente observou os parâmetros fixados no edital (item 6).

5. **Ofensa ao contraditório e ampla defesa**

5.1. A empresa recorrente alega que nos autos da tomada de contas especial não consta a planilha que deu origem aos valores que, de acordo com a auditoria, estariam sendo superfaturados em face do valor de mercado, o que viola diretamente o princípio da ampla defesa e do contraditório (peça 71, p. 4).

Análise

5.2. Assiste razão à recorrente ao aduzir que não constam dos autos as planilhas mediante as quais foi apurado o sobrepreço que redundou em débito. Embora seja descrita a metodologia de cálculo do sobrepreço, nos autos não consta o cálculo em si, prejudicando a conferência dos cálculos e eventual questionamento dos resultados.

5.3. Segundo registrado no relatório que acompanha a decisão recorrida, os cálculos foram originalmente efetuados no processo TC-016.723/2015-5, em cujas planilhas às peças 118 a 121 encontram-se o cálculo do valor do sobrepreço apurado nesta tomada de contas especial. Registre-se que a empresa recorrente não figura como parte ou interessada no mencionado processo.

5.4. Ante o exposto, deve-se acolher a preliminar de cerceamento de defesa, sem anulação da decisão recorrida, nos termos do disposto no artigo 171, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, tendo em vista a proposta final de mérito pelo provimento do recurso (item 7.2 da instrução).

6. **Observância dos parâmetros fixados no edital**

6.1. *A recorrente alega que observou os parâmetros fixados no edital do certame e que a homologação do pregão estava sob os limites apresentados pelo pregoeiro, inclusive com relação ao preço. Nesse sentido, aduz que:*

a) não se pode confundir meras irregularidades administrativas com os graves atos dolosos de improbidade administrativa ou com o verdadeiro desequilíbrio econômico financeiro em desfavor do fornecedor; (peça 71, p. 4)

b) tratando-se o objeto de pregão de formação de Ata de Registro de Preço para fornecimento de medicamentos, independente da justificativa para definição do valor de mercado pela inspeção desta Corte, impende ressaltar que o valor apresentado na proposta da empresa Telemedic está completamente de acordo com a tabela de estimativa de preço prevista na cláusula de pagamento do edital de licitação (peça 71, p. 92); (peça 71, p. 4-5)

c) pelo edital, o preço estimado para o medicamento clonazepam 2mg era de R\$ 0,44 (peça 71, p. 92); (peça 71, p. 5)

d) em sendo lei, o Edital com os seus termos atrela tanto a Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto os concorrentes, sabedores do inteiro teor do certame; (peça 71, p. 5)

e) o edital, neste caso, torna-se lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado; (peça 71, p. 5)

f) de fato, em regra, depois de publicado o edital, não deve mais a Administração promover-lhe alterações até findar-se o certame, proibindo-se a existência de cláusulas 'ad hoc', salvo se o inverso exigir o interesse público, manifestamente comprovado; trata-se de garantia à moralidade e impessoalidade administrativa, bem como ao primado da segurança jurídica; (peça 71, p. 5)

g) a Administração e as licitantes ficam restritas ao que lhes é solicitado ou permitido no edital, quanto ao procedimento, à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato; (peça 71, p. 5)

h) todos os atos decorrentes do procedimento licitatório vincular-se-ão ao contrato; (peça 71, p. 5)

i) por se tratar de pregão, foram sendo realizados lances, respeitando sempre o limite máximo de R\$ 0,44 previsto no edital, tendo sido sagrado vencedor o lance de R\$ 0,34 da empresa recorrente; (peça 71, p. 5)

j) assim, não houve nenhum tipo de superfaturamento por parte da empresa, uma vez que foram respeitados os termos do edital, bem como os trâmites legais de um pregão presencial; (peça 71, p. 6)

k) deixou-se de observar que a homologação do pregão eletrônico presencial n. 13/2013 estava sob os limites apresentados documentalmente pelo pregoeiro, de forma que os valores faturados correspondiam integralmente aos limites máximos estabelecidos pela própria tabela consulta formulada previamente pelo poder licitante; (peça 71, p. 6)

l) a recorrente não pode ser responsabilizada por erro material da Administração Pública; (peça 71, p. 6)

m) a responsabilidade da condução dos trabalhos do pregão é da Administração, a quem cabe à fiscalização da legalidade do procedimento licitatório; (peça 71, p. 6)

n) a empresa Telemedic jamais foi beneficiada por quem quer que seja, não tendo sido beneficiária de qualquer montagem ilícita com envolvimento em direcionamento fraudulento da

licitação, ou ainda com o superfaturamento dos medicamentos que foram objeto dos contratos administrativos; (peça 71, p. 6)

o) a sua participação no pregão se louvou na tabela apresentada pelo Poder Público, não restando dúvidas quanto à lisura de sua postura no evento, eis que apresentou a documentação exigida; (peça 71, p. 6)

p) resta comprovada a boa-fé da empresa, que não praticou valores superiores ao do mercado, haja vista ter respeitado o instrumento convocatório, que previa como preço estimativo o valor de R\$ 0,44 para o medicamento clonazepam 2mg. (peça 71, p. 6)

Análise

6.2. Inicialmente, observa-se que a irregularidade atribuída à recorrente se restringe a sobrepreço na venda do medicamento clonazepam 2mg, vendido ao município ao preço de R\$ 0,34 (peça 111, p. 184, TC 016.723/2015-5), quando o preço de mercado aferido pela unidade técnica seria de R\$ 0,26 (peça 120, p. 1, TC 016.723/2015-5), resultando em sobrepreço de R\$ 1.600,00.

6.3. Observa-se ainda que originalmente o débito imputado à empresa recorrente se constituía de duas parcelas de R\$ 1.600,00, solidariamente com Evandro Bertino Jorge e Sergio Rabinovicci (peça 121, p. 30, do TC 016.723/2015-5). O acolhimento da alegação de Sergio Rabinovicci no sentido de que parte dos medicamentos foram adquiridos com recursos municipais – estando por isso fora da jurisdição deste Tribunal – fez com que o valor do débito se reduzisse para apenas uma parcela de R\$ 1.600,00 (peça 59, p. 5). Note-se que a imputação de um débito de tão baixa materialidade à empresa recorrente somente fazia sentido no conjunto dos débitos atribuídos solidariamente aos diversos responsáveis. Ao se afastar a responsabilidade dos gestores públicos, mantendo-se tão somente a das empresas, a imputação de R\$ 1.600,00 perde relevância e sua própria razão de ser, por ser um valor irrisório em termos absolutos, infirmando eventual conclusão de que a empresa teria agido no intuito de se beneficiar economicamente.

6.4. A recorrente alega essencialmente que observou os parâmetros fixados no edital do certame, que previa como preço de referência o valor de R\$ 0,44 (peça 71, p. 92); e que a homologação do pregão estava sob os limites apresentados pelo pregoeiro, inclusive com relação ao preço.

6.5. Assiste razão à recorrente. De fato, se o edital estipulava preço máximo de R\$ 0,44, e a empresa vence a licitação ao apresentar preço de R\$ 0,34, não pode ela posteriormente ser surpreendida com a imputação de que o preço homologado excedia o de mercado.

6.6. Não obstante a decisão recorrida tenha ressaltado a utilização de metodologia conservadora para a apuração do sobrepreço, tal aferição careceu de procedimento essencial relativa à análise da metodologia adotada pelos gestores públicos para prever no edital o preço de R\$ 0,44. Não houve comparação entre as metodologias adotadas pela unidade técnica e pela administração municipal para a obtenção do preço de referência, não tendo havido por isso questionamento aos responsáveis sobre esse ponto específico, imputando-se desde logo o débito apurado.

6.7. Em princípio, as empresas interessadas não teriam motivo para questionar o valor previsto no Edital 13/2013, de modo que assiste razão à recorrente tanto ao alegar boa-fé, quanto ao alegar que a responsabilidade por eventual sobrepreço caberia primariamente à administração e secundariamente às empresas, em caso de conluio, o que não se verificou no caso vertente.

6.8. No caso específico da empresa recorrente (Telemedic) e do medicamento em questão (clonazepam 2 mg), a unidade técnica considerou como parâmetro a aquisição feita pela Policlínica Militar da Praia Vermelha em 19/5/2014 ao preço unitário de R\$ 0,26 (peça 120, p. 1,

TC 016.723/2015-5), quando no caso vertente foram adquiridos em 3/6/2013 2000 unidades ao preço unitário de R\$ 0,34 (peça 111, p. 184, TC 016.723/2015-5).

6.9. Nesse mesmo sentido foi a conclusão do MPTCU, para o qual “o parâmetro a ser observado no caso em análise deve ser o preço obtido em contratações efetuadas pela administração pública que mais se aproximem temporal e contextualmente do Pregão 13/2013”. Ocorre que não foi esse o parâmetro utilizado no certame em questão, nem foi essa a informação repassada às empresas interessadas; até porque nada garante que se o preço de referência fosse R\$ 0,26 haveria interessados.

6.10. Além disso, outra ressalta que se poderia fazer a tal metodologia é que, se adotada em todas as aquisições pela administração, o certame seguinte somente admitiria preço inferior ou no máximo igual ao preço praticado em certame anterior – qualquer diferença a maior seria tida como sobrepreço, como se deu no caso vertente –, o que tenderia a deprimir cada vez mais o preço das aquisições. Não há dúvida de que isso seria satisfatório à administração do ponto de vista econômico, mas não há razão para supor que as empresas do ramo ficassem igualmente satisfeitas e por isso se interessassem pelo certame seguinte.

6.11. A modificação ‘ex post facto’ dos parâmetros estabelecidos no edital viola a boa fé objetiva em que se funda a relação da administração pública com o particular. No caso vertente, quando da realização do certame, a empresa ora recorrente não foi alertada de que no ano seguinte a Policlínica Militar da Praia Vermelha adquiriria o medicamento em questão por R\$ 0,26, mas apenas de que participaria de um certame cujo preço de referência estabelecido pela administração era R\$ 0,44 (peça 71, p. 92). Não poderia a empresa, sem que se aponte qualquer irregularidade da sua parte, ser posteriormente surpreendida com a notícia de que o preço máximo pelo qual poderia ser ofertado o produto seria de R\$ 0,26.

6.12. A despeito dessas considerações, assentava-se nos elementos dos autos e na Lei Orgânica deste Tribunal a conclusão do MPTCU de que “os gestores responsáveis pelos pagamentos e as empresas fornecedoras responderem pelo dano causado” (peça 53, p. 5). Com efeito, uma vez admitido o sobrepreço, a responsabilidade deveria recair sobre os gestores públicos envolvidos e as empresas beneficiadas com o apontado sobrepreço, conforme preceitua o artigo 16, § 2º, da Lei 8.443/1992. Se de fato houve sobrepreço, isso não poderia se dar sem a participação dos gestores públicos. Entretanto, da forma como se deu a responsabilização, com o afastamento da responsabilidade dos gestores públicos, foi como se o município tivesse sido lesado pelas empresas contratadas, quando isso não está de forma alguma caracterizado, dado o regular desenvolvimento do certame e da posterior aquisição dos medicamentos. Repita-se que a irregularidade diz respeito tão somente ao preço praticado, não tendo sido apontado qualquer irregularidade adicional.

6.13. Nas alegações de defesa, no tocante ao parâmetro de preço utilizado no certame, alegou-se que “na licitação em comento não se observa preços acima dos relacionados nas fontes oficiais, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa” (peça 59, p. 5); que “todos os medicamentos adquiridos através do Pregão 13/2013 tiveram seus preços balizados com a tabela do TCE-RJ/FGV” (peça 59, p. 9), e que “o preço de mercado praticado, que deve ser observado como parâmetro para casos de superfaturamento, é o estipulado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa” (peça 59, p. 12). Como quer que seja, o certo é que a administração, no caso vertente, forneceu como parâmetro de preço o valor de R\$ 0,44 (peça 71, p. 92). Nesse ponto, reafirme-se que tanto o preço de referência informado como o transcurso regular do certame amparam as empresas fornecedoras contra a imputação de prática de preço acima do mercado – salvo eventual conluio ou fraude, o que não se verifica no caso vertente. Se tal preço de referência revelou-se desconforme ao preço de mercado, não poderiam as empresas responder por informação equivocada da administração.

6.14. No voto condutor da decisão recorrida, consignou-se que “a responsabilidade da empresa contratante subsiste pelo simples fato de ter auferido valores a maior, mesmo que tenha havido falha por parte dos gestores públicos ao estimar os preços a serem praticados”. Isso constitui flagrante atentado ao princípio da boa-fé objetiva que deve pautar a relação entre a administração e o particular. Se houve “falha por parte dos gestores públicos ao estimar os preços a serem praticados”, evidentemente tal falha induziu a erro as empresas contratadas, que confiaram na informação fornecida pela administração e de acordo com tal informação se conduziram. Ressalte-se que não foi imputada à empresa qualquer outra irregularidade, o que justifica a informação de que “a responsabilidade da empresa contratante subsiste pelo simples fato de ter auferido valores a maior”.

6.15. Ainda no voto condutor da decisão, apesar de terem sido rejeitados todos os argumentos dos gestores públicos e mesmo sendo reconhecido que “a autoridade administrativa, ao apor a sua assinatura para homologar o certame, ratifica todos os atos da referida comissão, tornando-se por eles igualmente responsável”, a responsabilidade dos gestores foi afastada, sob o entendimento de que se tratava de vício dificilmente perceptível e de que, “previamente à licitação, foi efetuada pesquisa de preços junto a três fornecedores (peça 85, p. 24-53, do TC 016.723/2015-5), o que vai ao encontro de entendimentos jurisprudenciais proferidos à época da contratação (v.g. 2.380/2013-Plenário)” (peça 58, p. 4). Ora, se a pesquisa prévia junto a três fornecedores exonera os gestores públicos de responsabilidade, com mais razão afastaria a responsabilidade das empresas, que não conduziram tais pesquisas, mas apenas receberam o resultado de boa-fé e por elas se pautaram para participar do certame.

6.16. Conforme anotado no voto condutor da decisão recorrida, em casos excepcionais este Tribunal admite atribuição de débito unicamente à empresa contratada. Entretanto, em todos os casos mencionados (decisões plenárias 946/2013, 3432/2014 e 1160/2016) ficou caracterizada a extrema culpabilidade das contratadas e, por outro lado, a ausência de reprovabilidade da conduta dos gestores públicos e por isso ausência de culpabilidade.

6.17. De maneira diversa, o caso vertente não se reveste da excepcionalidade apontada naquelas decisões, porquanto o apontado sobrepreço decorreu de atos praticados pela administração (pesquisa de preços, estipulação de valor de referência e pregão), e não de qualquer ato atribuído às empresas contratadas.

6.18. Embora no voto condutor da decisão recorrida, tenha-se anotado, no tocante à responsabilidade das empresas, não haver “elementos capazes de demonstrar nos autos a boa e regular aplicação dos recursos em questão”, não há que se falar em aplicação ou gestão de recursos, porquanto as empresas meramente receberam o valor correspondente ao fornecimento dos medicamentos, tal como definido em certame regular.

6.19. Ante o exposto, deve-se dar provimento ao recurso, afastando-se a responsabilidade da empresa recorrente e julgando-se regulares suas contas.

CONCLUSÃO

7. Da análise, conclui-se que:

a) tal como alegado, não constam dos autos as planilhas mediante as quais foi apurado o sobrepreço que redundou em débito e embora seja descrita a metodologia de cálculo do sobrepreço, nos autos não consta o cálculo em si, prejudicando a conferência dos cálculos e eventual questionamento dos resultados; as planilhas em questão constam do processo TC 016.723/2015-5, no qual a empresa recorrente não consta como parte ou interessada (peça 5);

b) a empresa recorrente se pautou pelas disposições do edital, inclusive no tocante ao preço de referência, configurando-se violação à boa-fé objetiva a posterior modificação do preço de referência para efeito de aferição de sobrepreço e imputação de débito (item 6).

7.1. Ante essas conclusões, deve-se dar provimento ao recurso.

7.2. Devido à nulidade decorrente do cerceamento de defesa, seria o caso de anular a decisão e remeter os autos para o relator 'a quo', para as providências que entender cabíveis. Entretanto, em vista do princípio da primazia da decisão mérito, conforme disposto no artigo 171, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU ["Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, o Tribunal não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta"], deve-se dar provimento ao recurso, afastando-se a responsabilidade da empresa recorrente.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

8. Ante o exposto, submete-se o assunto à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992:

a) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da presente relação processual a empresa Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. – EPP, tornando sem efeito o julgamento das contas e o débito a que foi condenada, objeto do item 9.4 do acórdão recorrido;

b) dar ciência da decisão ao recorrente e demais interessados.

O Secretário de Recursos discordou do encaminhamento sugerido pelo auditor e pelo diretor da unidade técnica e propôs o conhecimento do recurso com julgamento de mérito pelo não provimento (peça 97), no que foi acompanhado pelo representante do MP/TCU (peça 98).

Transcrevo o parecer do titular da Serur a seguir, *in verbis*:

"Discordo das instruções precedentes pelas seguintes razões.

2. Quanto à nulidade, nota-se na defesa da recorrente que ela sabia que as planilhas estavam no TC 016.723/2015-5 (parágrafo 2 do item 2 e parágrafo 6 do item 3 das alegações de defesa de peça 32). De outra, já nas alegações de defesa, deixou evidente que sabia que as planilhas não estavam nos autos, antecipando uma futura possível nulidade (parágrafo 7 do item 3 das alegações de defesa de peça 32). Entretanto, como visto, jamais lhe foi negado acesso aos elementos que ela, recorrente, conhecia onde se encontravam (e jamais por ela foram solicitadas as planilhas). Ao contrário, exerceu profunda defesa sobre a metodologia de preços por ela tida como idônea, combatendo a metodologia posta em prática na auditoria deste Tribunal. Em síntese, o elemento central do debate é a metodologia e não a planilha que apenas explicita seus resultados. Ademais, nesta fase recursal, não demonstra cabalmente o prejuízo havido pela não anexação nestes autos das planilhas constantes às peças 118 a 121 do TC 016.723/2015-5. Em assim sendo, não merece acolhida a alegação de nulidade.

3. Quanto à alegação de que observou os parâmetros fixados no edital (boa-fé objetiva), sendo os valores de mercado presumidamente os postos no instrumento convocatório, da mesma forma, não merece acolhida. A respeito da questão, cumpre apenas reproduzir os itens 8 e 9 do Voto condutor da decisão recorrida:

8. Em suas alegações de defesa, a empresa News Distrilab sustenta que não participou das estimativas de preços da licitação e que apenas efetuou uma proposta comercial de acordo com sua política de preços. Já a empresa Telemedic argumenta que o preço de mercado a ser observado é aquele estipulado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed).

9. A respeito, registro que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido da responsabilização das empresas contratadas, quando constatado que receberam por valores superiores àqueles de mercado. Essa responsabilização decorre do princípio da economicidade, aplicável à administração pública por força do art. 70 da Constituição Federal, e da atribuição do Tribunal de Contas da União de apreciar as contas daqueles que causarem prejuízos ao erário (art. 71, inciso II, da Constituição Federal).

4. Ademais, não podem as empresas socorrerem-se de falhas da Administração Pública na fixação de estimativas de preços como limites aceitáveis para fins de julgamento das propostas, para alegar que seus preços seriam de mercado porque inferiores às mesmas. Não raro os superfaturamentos detectados por este nosso Tribunal estão tanto nas estimativas como nas propostas que a elas são inferiores, mesmo sendo majoradas em relação ao praticado no mercado. A boa-fé para ser apreciada pelo Direito deve ser aquela lastreada no princípio da confiança legítima, o que não é o caso dos autos, onde o irrisório valor do débito deve ser analisado à luz da tese defensiva (estando o preço fixado no edital, os valores praticados pela licitante estarão legitimados caso a ele sejam inferiores).

5. Ante o exposto, propomos:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento
- b) dar ciência da decisão ao recorrente e demais interessados."

VOTO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pela empresa Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. – EPP contra o Acórdão 9.296/2017-1ª Câmara, por meio do qual, este Colegiado julgou irregulares as contas da recorrente e condenou-a ao ressarcimento do débito no valor histórico de R\$ 1.600,00.

Esta tomada de contas especial foi instaurada em obediência à determinação 9.4 do Acórdão 590/2016-Plenário, proferido em processo de auditoria realizada para atender a Solicitação do Congresso Nacional (TC 016.723/2015-5).

A auditoria teve por objeto verificar a regularidade da aplicação de recursos federais transferidos ao Município de Mangaratiba/RJ, pelo Fundo Nacional de Saúde (FNS), no período de janeiro de 2013 a junho de 2015, para aplicação nos blocos de Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar e de Atenção Básica.

Por meio do trabalho, concluiu-se que o Município, mediante o Pregão Presencial 13/2013, adquiriu medicamentos a preços superiores aos de mercado, o que resultou na determinação para instauração de tomada de contas especial com vistas a recompor o Erário.

A recorrente alegou: i) ofensa ao contraditório e à ampla defesa, tendo em vista que a planilha de cálculo do superfaturamento verificado não consta destes autos; ii) que sua proposta obedeceu aos parâmetros fixados no edital do certame, tendo o pregão sido homologado dentro dos limites de preço estabelecidos pelo pregoeiro.

O auditor da Serur que instruiu o processo entendeu assistir razão à recorrente.

Considerou que não constam dos autos as planilhas de cálculo do sobrepreço apurado que resultou em superfaturamento e no débito imputado à Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. – EPP, não obstante a metodologia utilizada para aferir os referenciais tenha sido descrita. As aludidas planilhas foram acostadas às peças 118 a 121 do TC 016.723/2015-5, no âmbito do qual, a recorrente não é parte ou interessada, o que levou o auditor a concluir que a ausência dos documentos prejudicou a conferência dos cálculos e o eventual questionamento dos resultados, e, por consequência, o contraditório e a ampla defesa da recorrente.

Dessa forma, propôs acolher a preliminar de cerceamento de defesa, sem, contudo, sugerir a anulação da decisão recorrida, tendo em vista que, ao final da análise, afastou a responsabilidade da empresa Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. – EPP.

Quanto ao débito imputado à recorrente, rememorou que se originou do superfaturamento na venda do medicamento Clonazepam 2mg.

No edital da licitação, foi estimado o preço de R\$ 0,44 para a referida droga, que, segundo a unidade técnica, estava com sobrepreço. A Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. – EPP vendeu o Clonazepam 2mg, ao município, por R\$ 0,34 (peça 111, p. 184, TC 016.723/2015-5), sendo que o preço de mercado aferido pela unidade técnica foi de R\$ 0,26 (peça 120, p. 1, TC 016.723/2015-5), o que resultou no valor pago a maior de R\$ 1.600,00, correspondente ao superfaturamento do item.

Na decisão recorrida, a responsabilidade dos gestores públicos – prefeito que homologou o certame e secretário de saúde que autorizou os pagamentos – foi afastada sob o argumento de que se tratava de vício dificilmente perceptível, não sendo exigível desses gestores que, ao homologar o certame e ao autorizar os pagamentos, suspeitassem que as estimativas de preços elaboradas pelos técnicos da prefeitura mereciam revisão.

O auditor instrutor deste recurso entendeu que, se os gestores públicos tiveram suas responsabilidades afastadas, a recorrente deveria ter sido igualmente desonerada, tendo em vista que as empresas que participaram da licitação não teriam motivos para questionar o valor previsto no edital, de forma que, eventual responsabilidade por sobrepreços no edital caberia primariamente à administração e apenas, secundariamente, às empresas, em caso de conluio, hipótese que não foi cogitada.

Aduziu que, nestes autos, não houve avaliação comparativa da metodologia de cálculo do preço do Clonazepam 2mg adotada pela unidade técnica do TCU com aquela utilizada pela administração do Município para aferir o preço de referência. A validade da metodologia de cálculo utilizada pelo ente federado não foi objeto das citações. Desde logo, os responsáveis foram provocados para responderem acerca do débito apurado.

Acrescentou que, se de fato houve sobrepreço, isso não poderia ter ocorrido sem a participação dos gestores públicos; e, conforme preceitua o artigo 16, § 2º, da Lei 8.443/1992, nesse caso, a responsabilidade deveria recair sobre os gestores envolvidos e as empresas beneficiadas.

Assim, considerou que assiste razão a recorrente ao alegar que se pautou pelas disposições do edital, inclusive aquelas alusivas ao preço de referência, configurando violação à sua boa-fé objetiva a posterior modificação do preço de referência para aferição de superfaturamento e imputação de débito.

Assim, o auditor da Serur propôs dar provimento ao recurso e excluir a empresa Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. – EPP da relação processual, tornando sem efeito o julgamento de suas contas.

O encaminhamento recebeu a anuência do Diretor Técnico.

Entretanto, o titular da unidade divergiu.

Argumentou que a empresa recorrente apesar de ter conhecimento da existência das planilhas de cálculo do débito, deixou de solicitá-las. Dessa forma, o cerceamento de defesa somente se concretizaria se houvesse negativa de acesso aos referidos documentos, o que não ocorreu, razão pela qual, não acolheu a preliminar de nulidade do acórdão recorrido.

Quanto aos valores máximos previstos pelo edital, propugnou que as empresas não podem se socorrer das falhas da Administração Pública na fixação de estimativas de preços como limites aceitáveis para fins de julgamento das propostas, para alegar que seus preços estão de acordo com os de mercado, por serem inferiores à referidas estimativas. Acrescentou que a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de responsabilizar empresas contratadas, quando se verifica que receberam valores superiores aos de mercado.

O Secretário da Serur propôs, então, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento. O MP/TCU acolheu a proposta.

O *Parquet* de Contas acrescentou que a tese de que a baixa materialidade do débito permite dispensar seu ressarcimento não deve prosperar, visto que a materialidade foi tomada em consideração no voto que fundamentou a decisão recorrida, já tendo o relator *'a quo'* deixado de aplicar multa à recorrente devido ao baixo valor de débito a ela imputado.

II

Anuo ao encaminhamento proposto pelo titular da Serur e pelo MP/TCU e incorporo suas análises, transcritas no relatório que acompanha este voto, às minhas razões de decidir.

Quanto ao alegado prejuízo ao contraditório e à ampla defesa em razão da eventual ausência das tabelas demonstrativas do cálculo do débito, nestes autos, não assiste razão à recorrente.

Juntamente com o ofício de citação (peça 17, p. 2, item 6), foi encaminhada a instrução da unidade técnica de peça 13 para subsidiar a resposta.

No item 3 da referida instrução, consta que os achados de auditoria se encontram *“detalhados no item III do relatório de Fiscalização elaborado por esta Secex (peça 121 do TC 016.723/2015-5). Entre eles, registra-se a aquisição de medicamentos por preços superiores aos praticados no mercado, em face do sobrepreço verificado no Pregão Presencial 13/2013, com a utilização de recursos financeiros repassados, fundo a fundo, pelo FNS à Prefeitura Municipal de Mangaratiba/RJ”*.

Na peça 121 do TC 016.723/2015-5, está o Relatório de Auditoria completo, elaborado pela Secretaria de Controle Externo do Estado do Rio de Janeiro (Secex/RJ), contendo, no item 119, explanação detalhada acerca da metodologia utilizada pela unidade técnica para aferir os valores de mercado dos medicamentos.

No item 121 do mesmo relatório, está consignado que *“isto posto, em pesquisa de preços realizada considerando os parâmetros listados, constatou-se, no Pregão 13/2013, sobrepreço de R\$ 1.024.850,50, o que corresponde a 11,83% do total do certame, consoante exposto na tabela contida na peça 118. A partir daí, calcula-se o superfaturamento que adveio dos itens efetivamente adquiridos pela Prefeitura Municipal de Mangaratiba, chegando-se ao valor de R\$ 212.639,02 (vide peça 119).”*

Por conseguinte, se a recorrente tivesse interesse na planilha que exhibe os preços de referência obtidos pela unidade técnica conforme as premissas especificadas na peça 121 do TC 016.723/2015-5, poderia ter solicitado cópia do documento.

Porém, em suas razões de justificativa (peça 32, p. 4), a empresa Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. – EPP deixou consignado que *“independente da justificativa para definição do valor de mercado pela inspeção desta C. Corte, impende ressaltar que o preço de mercado praticado, que deve ser observado como parâmetro para casos de superfaturamento é o estipulado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa”*. E passou a discorrer sobre a metodologia que considerava adequada, baseada na lista de preços de medicamentos publicada pela Câmara de Regulação de Mercado de Medicamentos (Cmed), abstendo-se de comentar e questionar a metodologia utilizada pelo TCU para calcular os valores de referência.

Ao apreciar as razões de justificativa, a Secex/RJ, reproduziu parte da tabela contendo os valores de referência utilizados por esta Corte de Contas, entre os quais, está o preço do Clonazepam 2mg (peça 49, p.4). Refutou as alegações de que deveria ter sido considerada, como referência, a tabela publicada pela Cmed (peça 49, p. 6, item 20). Discorreu acerca das premissas adotadas pela equipe do TCU para obter os valores de referência para o cálculo dos sobrepreços e superfaturamentos (peça 49, p. 7 e 8, itens 21 a 26).

O MP/TCU, por sua vez, por meio de seu parecer, peça 53, também refutou a alegação de que a tabela da Cmed contém os referenciais de preços adequados para verificar se os preços praticados nas compras do município são compatíveis com os de mercado. Citou o Acórdão 3.016/2012-Plenário, por meio do qual, foi determinado ao Ministério da Saúde que alertasse os gestores públicos estaduais e municipais quanto à possibilidade de os preços de fábrica registrados na tabela Cmed estarem distorcidos, em patamares significativamente superiores aos praticados, tanto nas compras governamentais, quanto nas vendas à rede privada, para demonstrar a fragilidade da argumentação da responsável.

Por conseguinte, não há falar em comprometimento do contraditório, tendo em vista que todas as informações necessárias à defesa da responsável foram a ela franqueadas. Importante mencionar que a recorrente optou por não criticar as premissas adotadas pela equipe técnica do TCU para o cálculo dos valores de referência que serviram para a aferição do débito. Restringiu-se a defender que a referência devia ser a tabela publicada pela Cmed, o que foi exaustivamente contestado tanto pela unidade técnica quanto pelo MP/TCU.

No tocante à responsabilização da Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. – EPP, sem a solidariedade dos gestores chamados aos autos, o voto que acompanha a decisão atacada deixou consignado que os gestores citados foram o ex-prefeito que homologou o certame e o secretário de saúde que autorizou os pagamentos, sendo que as estimativas de preços foram elaboradas por técnicos da Prefeitura.

Como o sobrepreço verificado no edital foi da ordem de 12%, não se mostrou expressivo a ponto de chamar a atenção da autoridade homologadora e de quem autorizou os pagamentos, para que exigissem a reavaliação das estimativas. Por essa razão, o relator *a quo* não vislumbrou reprovabilidade suficiente nas condutas dos gestores que justificasse sua responsabilização pelo débito, em regime de solidariedade com a empresa que recebeu os recursos.

Esse raciocínio, porém, não afastou o sobrepreço e o consequente superfaturamento nos valores pagos; tampouco, o fato de as empresas contratadas terem recebido montantes indevidos, pelos quais continuaram a responder.

Foi, portanto, aplicado entendimento de precedentes desta Corte, no sentido de que, em situações excepcionais, é possível a condenação em débito de particulares sem que seja fixada a solidariedade de agentes públicos (Acórdãos 946/2013, 3.432/2014 e 1.160/2016, todos do Plenário). Ademais, deixou-se de aplicar a multa proporcional ao débito, à recorrente, em razão da pequena materialidade do débito a ela imputado.

Portanto, a responsabilização da Telemedic Distribuidora de Medicamentos Ltda. – EPP está corretamente fundamentada no art. 71 da Constituição Federal que atribui ao TCU a competência de apreciar as contas daqueles que causarem prejuízos ao Erário; bem como no art. 16, inciso III, alínea “c”, da Lei 8.443/1992; e nos termos do conceito de responsabilidade civil previsto no art. 927 do Código Civil, instituto, mediante o qual, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, independentemente de culpa. Nesse caso, o ilícito está caracterizado pela infração ao art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, segundo o qual as propostas apresentadas por licitantes devem ser compatíveis com os preços de mercado.

Não havendo reparos a serem feitos no Acórdão 9.296/2017-1ª Câmara, conheço deste recurso de reconsideração, para, no mérito, negar-lhe provimento.

Por todo o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 28 de maio de 2019.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator