

VOTO

Cuida-se, nesta oportunidade, dos recursos de reconsideração interpostos por Wagner de Barros Campos, ex-Diretor do Departamento de Administração da Funasa, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos da Funasa, José Carlos Cativo Gedeão, ex-Pregoeiro, Eduardo Tarcísio Brito Targino, ex-Assessor Técnico da Coordenação Geral de Recursos Logísticos (CGLOG) e ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Funasa, Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., Unicom Produtos Hospitalares Ltda., Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A. contra o Acórdão 2.901/2016-TCU-Plenário.

2. Por meio do acórdão impugnado, este Tribunal, ao apreciar a Tomada de Contas Especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa) que originou estes autos, julgou irregulares as contas dos recorrentes, condenando-os ao pagamento de débito e multa, e ainda os inabilitou (no caso dos agentes públicos) para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública pelo período de 8 anos.

3. Contra essa decisão foram opostos embargos de declaração, acolhidos parcialmente pelo Acórdão 1.304/2017-TCU-Plenário, apenas para sanar omissão no subitem 9.1 do Acórdão 2.901/2016-Plenário, sem a concessão de efeitos infringentes, incorporando o §2º do art. 16 da Lei 8.443/1992 como fundamento legal para a condenação solidária das empresas contratadas.

4. As ocorrências que motivaram a condenação dos recorrentes dizem respeito a irregularidades na condução do Pregão Presencial 10/2006, bem como a prejuízo ao erário decorrente do superfaturamento encontrado nos Contratos 27/2006, 28/2006 e 29/2006, que tiveram como 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.

5. O objeto do pregão compunha-se de 138 itens de medicamentos agrupados em quatro lotes, sob o critério de menor preço global por lote, e objetivava o registro de preços desses medicamentos, tendo sido adjudicado às empresas abaixo especificadas pelos seguintes montantes:

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%)

6. Nesta oportunidade, os recorrentes alegam, em linhas gerais, que:

6.1. teriam sido surpreendidos com a modificação da metodologia de estimativa do débito, com a conseqüente produção de novas planilhas, peças 118 a 126, sobre as quais não lhes fora oportunizado o direito de se manifestar, o que caracterizaria cerceamento de defesa e nulidade processual;

6.2. não teria havido restrição à competitividade da licitação, uma vez que sete empresas teriam participado do certame; os 138 medicamentos teriam sido distribuídos em quatro lotes; o modelo adotado teria visado a posterior operacionalização dos contratos, o controle dos

estoques, a logística de distribuição e a fiscalização; o pregão teria sido amplamente divulgado e não teria havido impugnação relativa à modalidade escolhida; grandes laboratórios geralmente não teriam interesse em assumir a responsabilidade pela distribuição de medicamentos no território nacional; a adjudicação por preço global por lote teria sido justificada, em face da necessidade, no caso da adjudicação por itens, de publicação de 138 atas de registro de preços, ao passo que a divisão do objeto por lotes resultou na publicação de apenas três atas;

6.3. não haveria nexo de causalidade entre a conduta das empresas e o dano apurado nos autos, pois os preços cotados pelas empresas e posteriormente registrados seriam inferiores aos valores orçados pela administração; e a responsabilidade pelos procedimentos atinentes à fase interna da licitação seria exclusiva da Administração Pública, não dos licitantes;

6.4. inexistiria o dano ao erário apurado, uma vez que: (a) o Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde-BPS em 2006 não seria um referencial fidedigno dos preços dos medicamentos, pois: a média dos valores é calculada com base nos dezoito meses anteriores, a alimentação do banco é voluntária e os preços registrados dizem respeito apenas a aquisições do setor público; (b) a sistemática adotada pelo TCU, no sentido de utilizar a média ponderada no banco de dados, não se compatibilizaria com o disposto no art. 210, § 1º, inciso II, do RI/TCU; (c) a pesquisa teria sido realizada entre 2013 a 2015, período não contemporâneo aos fatos, bem como não teriam sido consideradas as variações cambiais ocorridas em 2006 e 2007, período em que houve uma redução do valor da moeda americana; (d) haveriam referenciais de preços de mercado que demonstrariam a inexistência de sobrepreço, tais como a tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos-Cmed e revistas técnicas especializadas, além de laudo contábil (peça 250, p. 9-12) e de planilhas de preços extraídas do Comprasnet (peça 266, p. 88-95) trazidos pelas fornecedoras Unicom e Hospfár; (e) o BPS seria um parâmetro utilizado para compras de grande vulto e, dadas as disposições editalícias, não haveria garantia de ganho de escala, sendo assegurada aos beneficiários do registro apenas a preferência em aquisições futuras; (f) a forma de pagamento e o prazo de validade dos preços, 12 meses, seriam circunstâncias que distanciarium os preços daqueles praticados no atacado (sobre esse ponto, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos da Funasa, suscita, ainda, incidente de uniformização jurisprudência, para consolidar os entendimentos do TCU sobre a questão da estimativa de preços para aquisição de medicamentos);

6.5. os pareceres do MPTCU apontariam fragilidades no BPS e pugnariam pela insubsistência do débito apurado nos autos;

6.6. o recolhimento do débito realizado pela Hospfár não implicaria em confissão de culpa, uma vez que a medida visou apenas evitar a inscrição da empresa no Cadin e o conseqüente prejuízo a sua participação em licitações;

6.7. o tribunal teria, indevidamente, calculado o valor do débito com base na data das notas fiscais de fornecimento, quando o correto seria a data do pagamento;

6.8. o ex-Diretor do Departamento de Administração da Funasa argumenta, ainda, que não seria responsável pelas irregularidades apuradas, pois: (1) apenas teria dado andamento ao processo, com base em pareceres técnicos e jurídicos, (2) um dos responsáveis pela emissão de nota técnica não teria sido responsabilizado, (3) haveria decisões do TCU que afastam a responsabilidade do gestor que atuou com base em entendimento de parecer jurídico, tais como o Acórdão 1.801/2007-Plenário, (4) inexistiria nexo de causalidade entre a conduta do recorrente - dar prosseguimento ao processo - e o dano apontado, (5) ele não teria participado da definição do número de lotes nem do certame (6) não seria responsável direto pelas irregularidades, pois as competências atribuídas ao recorrente seriam do Departamento de Administração, e não do seu Diretor, (7) a revogação do pregão anterior, por si só, não teria dado causa ao dano, (8) declarações de terceiros, emitidas em processos

administrativos disciplinares, demonstrariam que, devido a ordem expressa de Paulo Garcia a seus subordinados para que nada fosse informado, o recorrente não teria tomado conhecimento de muitos procedimentos e ações, (9) o recorrente teria sido induzido por nota técnica a fazer o despacho que revogou o Pregão 06/2006;

6.9. o ex-Pregoeiro e o ex-Presidente da Comissão de Licitação alegam também que não seriam responsáveis pelo débito, por ausência de nexo de causalidade, uma vez que (1) a causa do suposto sobrepreço teria sido a pesquisa de preços, não a adoção da modalidade presencial do pregão dividido por lotes, (2) o pregoeiro se utiliza, como parâmetro, dos preços de referência para aferir a validade das propostas, não lhe sendo exigível conduta diversa caso esses estejam equivocados, (3) não haveria evidência de que os recorrentes tenham participado, ainda que indiretamente, da pesquisa de preços, (4) a aprovação do mapa de preços seria atribuição do Diretor do Departamento de Administração da Funasa, (5) o pregão teria sido precedido de pesquisa de preços pelo setor de compras da Funasa junto a sete empresas do mercado de medicamentos, sendo que a Instrução Normativa 05/2014 considera a pesquisa junto a fornecedores, número mínimo de três, suficiente, não exigindo pesquisa junto a órgãos da Administração Pública, (6) nos termos do inciso V do artigo 15 da Lei 8.666/1993, a responsabilidade deveria recair sobre o setor responsável pela elaboração da pesquisa de preços, não sobre o pregoeiro e os membros da Comissão de Licitação.

6.10. o ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos da Funasa sustenta que (1) seriam desproporcionais os montantes fixados referentes à multa e ao ressarcimento ao erário, (2) não haveria como responsabilizar solidariamente gestores que não foram beneficiários dos pagamentos superfaturados e (3) a sua inabilitação teria ocorrido com inobservância do quórum exigido pelo art. 60 da Lei 8.443/1992, maioria absoluta, visto que foram votos vencidos os Ministros Augusto Nardes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo, não tendo proferido voto o Ministro Raimundo Carreiro, que presidia a sessão plenária. Informa que o quórum da decisão foi maioria simples, por quatro votos a três, (4) teria ocorrido prescrição da pretensão punitiva, cujo prazo deveria ser quinquenal, por analogia com o Decreto 20.910/1932 e a Lei 9.873/1999.

7. Após examinar as razões recursais, a Secretaria de Recursos (Serur) concluiu que, exceto quanto à ausência de quórum especial para a aplicação da sanção de inabilitação, não foram trazidos elementos suficientes para alterar a deliberação recorrida. Propõe, assim, o conhecimento de todos os recursos e o provimento parcial apenas do recurso interposto pelo ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos da Funasa, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, com aproveitamento dos argumentos acolhidos em favor dos demais responsáveis, de modo a anular os itens 9.3 e 9.4 do Acórdão 2.901/2016-TCU-Plenário, mantendo-se, no mais, inalterada a decisão impugnada.

8. O Ministério Público junto ao TCU, representado pelo Subprocurador-Geral Paulo Soares Bugarin, anuiu integralmente ao encaminhamento proposto pela Serur, tecendo, ainda, considerações adicionais para reforçar as conclusões da secretaria instrutora, especialmente no que diz respeito aos seguintes pontos: referenciais de preços de medicamentos; critérios adotados para estimar os débitos imputados aos responsáveis; possível existência de outras tabelas de preços no mercado mais adequadas ao caso concreto; e modalidade de licitação escolhida.

9. Feita essa breve contextualização, passo a decidir.

10. Preliminarmente, ratifico o despacho exarado no sentido de que os presentes recursos merecem ser conhecidos, porquanto preenchem os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992.

11. Quanto ao mérito, ressalto que, além das irregularidades relativas ao procedimento licitatório em si, a quantificação do superfaturamento encontrado nos contratos decorrentes do Pregão

Presencial 10/2006 mostrou-se questão de mais alta complexidade. Na fase *a quo*, a matéria foi alvo de profundas discussões e de divergência entre a SecexSaúde e o Ministério Público de Contas, até então representado nos autos pela Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva, bem como entre os Ministros José Jorge e Vital do Rego, os quais acompanharam a linha de entendimento do *parquet*, e Ministro Benjamin Zymler, que apresentou o voto revisor condutor do Acórdão 2.901/2016-TCU-Plenário, ora recorrido.

12. Na ocasião, acompanhei o entendimento esposado pelo Ministério Público e pelos Ministros José Jorge e Vital do Rego, em especial por conta dos questionamentos levantados acerca da adequabilidade da utilização do BPS como principal referencial para a estimativa do débito.

13. Chamou-me atenção a existência de precedentes jurisprudenciais do Tribunal em linhas opostas quanto à confiabilidade e adequabilidade da utilização do BPS ou da tabela de preços da Cmed para fins de referência de preços de medicamentos e, conseqüentemente, quantificação de débitos a serem imputados.

14. Assim, considerando as dúvidas até então existentes acerca de quais seriam os melhores parâmetros de preços para aquisição de medicamentos, e tendo em vista a necessidade de, na análise de superfaturamento, se avaliar a realidade fática enfrentada pelo gestor à época da contratação, ocorrida em 2006, pareceu-me que o mais adequado seria acompanhar o posicionamento mais conservador, de não imputar débito aos responsáveis.

15. Todavia, após o maior aprofundamento do caso, em especial das novas análises promovidas pela Serur e pelo MPTCU, que enfrentaram e afastaram com propriedade cada um dos argumentos trazidos pelos recorrentes, creio que as dúvidas que me levaram a votar pelo afastamento do débito no momento da prolação do acórdão recorrido não mais se sustentam.

16. Diante disso, desde já, registro que concordo com as conclusões da Serur e do MPTCU, cujos fundamentos, transcritas no relatório precedente, incorporo às minhas razões de decidir, sem prejuízo das considerações que passo a fazer.

17. No que diz respeito à preliminar suscitada pelos recorrentes, de suposto cerceamento de defesa por não terem sido chamados para se pronunciar acerca da mudança da metodologia utilizada para estimar o débito, ressalto que, como bem colocou a Serur, tal mudança não acarretou qualquer prejuízo às partes.

18. Pelo contrário, os novos cálculos trouxeram-lhes considerável benefício, tendo como principal mudança a adoção como referencial, em vez da média ponderada, do maior valor de preços do BPS, de modo a tornar o cálculo do débito mais conservador. Além disso, não houve alteração nas fontes dos preços utilizados como referencial nem nas premissas sobre as quais os responsáveis já haviam tido a oportunidade de se pronunciar.

19. Desse modo, não procede a alegação de nulidade processual, em face da comprovada ausência de prejuízo às partes.

20. Sobre o processo licitatório que deu origem à contratação em tela, noto que os argumentos trazidos pelos recorrentes, todos cuidadosamente analisados nos pareceres que fundamentam este voto, foram incapazes de descaracterizar as irregularidades apontadas no certame.

21. A realização do pregão na forma presencial, em vez da eletrônica, e a adjudicação por lote de medicamentos, em vez de por item, tendo como critério o menor preço global de cada lote, além de

contrariar a legislação e a ampla jurisprudência desta Corte de Contas sobre o assunto, certamente restringiu a competitividade do certame e contribuiu para as distorções de preços verificadas na contratação.

22. Como bem colocou o *Parquet*, os recorrentes não conseguiram demonstrar logicamente os motivos para a escolha da modalidade de pregão presencial, em detrimento da eletrônica, nem os motivos que levaram a utilizar a adjudicação por lotes.

23. A reunião de diferentes produtos em um determinado lote impediu a participação dos laboratórios, inclusive públicos, responsáveis pela fabricação dos referidos medicamentos, tanto os de marca, como também aqueles que produzem apenas o princípio ativo (genéricos).

24. A restrição à competitividade fica evidente quando se observa que apenas sete empresas participaram do certame e em cada um dos lotes restou apenas uma concorrente, pois as demais foram desclassificadas por não atenderem às exigências do edital em relação a todos os medicamentos de cada lote. Com isso, ficou inviabilizada a oferta de lances e o pregoeiro precisou negociar os preços diretamente com cada empresa, obtendo com isso descontos ínfimos para cada proposta.

25. Chama atenção, ainda, o fato de as empresas desclassificadas terem apresentado propostas comerciais bem inferiores às que se sagraram vencedoras, de modo que os preços contratados chegam ao triplo das propostas mais baixas ofertadas, como mostra a seguinte tabela elaborada pela SecexSaúde (peça 45, p. 21):

Proposta mais baixa apresentada (R\$)	3.649.280	3.541.877	5.209.092	1.341.352
Diferença entre a proposta vencedora e a mais baixa apresentada (R\$)	4.019.340	4.856.630	11.635.810	2.328.848

26. Ficou evidente, assim, que, caso a licitação tivesse sido por item, as licitantes desclassificadas, por não terem apresentado propostas válidas para todos os itens de cada lote, teriam vencido a licitação na maior parte dos 138 itens, reduzindo significativamente o valor das aquisições. Isso sem contar que, além dessas empresas, outras distribuidoras de medicamentos e, principalmente, laboratórios/fabricantes, poderiam ter participado do processo licitatório, o que levaria a uma redução dos preços do certame.

27. Verifica-se, portanto, que a adjudicação por itens, somado ao pregão eletrônico, certamente permitiria ampliar a competitividade, não sendo aceitáveis as justificativas apresentadas para a troca dessa sistemática, prevista inicialmente no Pregão 4/2006 (cancelado), para o critério por lote escolhido para o Pregão 10/2006, sem que tais alterações sequer fossem levadas ao conhecimento da Procuradoria Jurídica da Funasa.

28. Cabe, assim, negar provimento aos recursos também com relação a esse ponto.

29. No que diz respeito às alegações dos recorrentes que objetivam desconstituir o débito apurado nos autos, observo que elas, em sua maioria, possuem relação com a adequabilidade da utilização do BPS como referencial de preços de medicamentos.

30. De fato, compulsando a jurisprudência deste Tribunal sobre o tema, é possível observar que, à época da contratação objeto dos autos, existiam questionamentos sobre qual seria o referencial de preços mais adequado para balizar as aquisições públicas de medicamentos.

31. Nesse sentido, destaco a pesquisa jurisprudencial realizada, em 2011, no âmbito da secretaria instrutora (peça 45, p. 15-17). Referida pesquisa mostra que se, por um lado, existiam decisões do TCU que reforçavam a utilização do BPS, recomendando ao MS que tornasse compulsória sua alimentação, por outro, também havia decisões apontando soluções diversas, tais como a

constituição de grupo de trabalho para propor novo critério de aceitabilidade de preços unitários para aquisição de medicamentos, ou mesmo a utilização dos critérios definidos nas resoluções da Cmed.

32. Atualmente, contudo, já se tem elementos mais contundentes que, de um lado, evidenciam a inadequação das tabelas da Cmed como referencial de preços nas aquisições de medicamentos, em função das diversas especificidades que tornam seus preços significativamente superiores aos de mercado, consoante muito bem detalhado pelo MPTCU e também em alguns julgados deste Tribunal (Acórdãos 3.016/2012 e 693/2012, ambos do Plenário, entre outros). De outro lado, fica claro que o BPS é, hoje, uma importante e sólida ferramenta de pesquisa e extração de dados para fins de referências de preços de medicamentos.

33. As fragilidades apontadas por este Tribunal no BPS em julgados mais antigos (a exemplo do voto condutor do Acórdão 1.146/2011-TCU-Plenário), e também invocada pelos recorrentes, são, basicamente, as seguintes: (1) sua média é calculada com base nos dezoito meses anteriores, (2) sua alimentação é voluntária, e (3) os preços registrados dizem respeito apenas às aquisições do setor público, sem possibilitar a obtenção de preço de mercado. Tais fragilidades, contudo, já foram superadas.

34. Até 2017, a alimentação do BPS era, de fato, voluntária, mas vinha aumentando consideravelmente nos últimos anos, muito em função da atuação deste Tribunal, e contava com diversos registros de aquisições de medicamentos feitas, inclusive, por instituições privadas, como as Santas Casas, ou seja, já disponibiliza informações de mercado. A partir de dezembro de 2017, sua alimentação passou a ser obrigatória, em função Resolução da Comissão Intergestores Tripartite - CIT 18, de 20 de junho de 2017, aumentando-se ainda mais o número de registros.

35. Quanto à referida média, calculada automaticamente com base nos dezoito meses anteriores, consiste em uma funcionalidade disponibilizada pelo sistema, mas não necessariamente precisa ser utilizada, a exemplo, aliás, do que ocorreu neste caso, em que se adotou, como critério de aceitabilidade, o maior valor identificado nas fontes de pesquisas. Pode-se, na realidade, fazer pesquisas de preços de outras formas, partindo-se de diversos parâmetros, e é esse o grande diferencial do BPS atualmente, além de compartilhar informações com o Siasg/Portal de Compras Governamentais.

36. Nota-se, ainda, as seguintes vantagens no BPS: a base de dados é atualizada diariamente; o sistema pode ser utilizado como uma interface auxiliar para a pesquisa de preços nos sistemas de compras governamentais, tais como o Siasg/Portal de Compras Governamentais; o BPS funciona como um consolidador de informações, que acessa outras bases de dados de compras governamentais, e possui ferramentas de pesquisa e extração de dados que permitem selecionar os registros que mais se aproximem da realidade da sua contratação, mediante escolha de critérios tais como região de fornecimento, quantitativos, fabricante, fornecedor, tipo de entidade contratante etc.; e o BPS serve como instrumento para os gestores na obtenção de referência de preços de medicamentos e equipamentos de saúde, com a redução de grande parte do trabalho traduzido pela mudança da busca não sistematizada em diversas fontes e por mais de um meio (diários oficiais, sistemas de informação, internet etc.), pela consulta em lugar único, com variedade bem maior de registros.

37. Diante desse novo cenário, considero dirimidas as dúvidas deste Tribunal quanto à adequabilidade da utilização do BPS como sistema de coleta de referenciais de preços nas aquisições públicas de medicamentos.

38. A propósito, considerando que um dos requerentes, Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, suscita incidente de uniformização de jurisprudência sobre esse ponto, aproveito para registrar que considero desnecessária a instauração do procedimento em questão, uma vez que, conforme explicitado, a jurisprudência mais recente desta Corte tem caminhado no sentido de superar a

divergência apontada (nessa linha, cito, não só o acórdão ora recorrido, como também os Acórdãos 5.708/2017 e 10.531/2018, 1.229/2020, da Primeira Câmara, 7.735/2019, da Segunda Câmara, 247/2017, 1.691/2019, 2.562/2019 e 2.648/2019, do Plenário, entre outros).

39. Em todos os precedentes mais recentes desta Corte sobre o tema, a exemplo dos acima citados, a utilização do BPS, desde que balizada por critérios adequados, que aproximem a pesquisa da contratação analisada, foi considerada válida como referência de preços para a aquisição de medicamentos, não havendo, atualmente, controvérsia a ser dirimida sobre o tema.

40. Ressalto, ainda, que o fato de o entendimento em questão ter se consolidado em momento posterior aos fatos ora analisados não invalida a utilização desse banco de dados com fonte de pesquisa de preços para fins de cálculo de superfaturamentos.

41. A busca de parâmetros para verificar se determinada aquisição foi compatível com os valores de mercado independe da existência de prévia orientação deste Tribunal acerca de qual o referencial de preços deveria ter sido adotado pela Administração. Do contrário, a maioria dos superfaturamentos identificados pelos órgãos de controle seria desconstituída.

42. A jurisprudência desta Corte admite, inclusive, a possibilidade de utilização de referencial de preços não contemporâneo ao contrato, desde que considerados os devidos reflexos inflacionários e observada, sempre, a prudência, de forma a apurar quantia que seguramente não exceda o real valor devido, conforme preceitua o art. 210 do Regimento Interno desta Corte (Acórdão 930/2019-TCU-Plenário).

43. Isso porque o dever de reparar do particular que contrata com a Administração Pública decorre do recebimento de valores acima dos praticados no mercado, e não da extrapolação de determinado referencial que deveria estar previamente estabelecido. Desse modo, a ausência de orientação do TCU em relação ao referencial que deveria balizar a aquisição não desobriga os responsáveis de contratarem por valores compatíveis com os praticados no mercado, sendo o BPS apenas uma das fontes de pesquisa para se aferir esses valores.

44. Diante disso, não se está a exigir dos responsáveis a aplicação de uma nova orientação geral, posterior aos fatos examinados. A orientação, de contratar por preços compatíveis com os praticados no mercado, sempre existiu e ela decorre diretamente do princípio da economicidade e do dever de buscar a contratação mais vantajosa para a Administração. Ao planejar a contratação, cabe ao gestor buscar o valor de mercado, conforme expressamente previsto na Lei de Licitações, independentemente de haverem referências predefinidos.

45. De qualquer sorte, considerando que a realidade do BPS hoje, como um banco de dados e sistema de pesquisas de informações da área de saúde, é consideravelmente diferente daquela que existia quando da realização do certame e assinatura dos contratos em comento, datados de 2006, cabe avaliar se, neste caso, os parâmetros utilizados para calcular o superfaturamento foram adequados. Isto é, se as fragilidades à época existentes no BPS foram devidamente mitigadas ou neutralizadas, de modo que se possa garantir que o valor apurado seguramente não excede o real valor do dano sofrido pela administração pública.

46. Como demonstraram a Serur e o MPTCU em seus pareceres, a despeito de, à época do certame e da assinatura dos contratos em questão, algumas das melhorias verificadas no BPS não existirem e de ainda haver certa controvérsia sobre a adequabilidade da utilização desse banco de dados como referencial de preços, os critérios adotados para o cálculo do superfaturamento foram suficientemente conservadores para neutralizar todos os questionamentos suscitados.

47. Após a primeira estimativa do débito realizada pela secretaria instrutora, essa sim baseada na média dos registros, o relator *a quo*, diante dos questionamentos levantados pela então representante do MPTCU nestes autos, determinou o retorno dos autos à unidade de origem para que fossem refeitos os cálculos, de modo a tornar a estimativa do débito mais conservadora e afastar as fragilidades suscitadas.
48. Assim, seguindo as orientações expedidas pelo relator *a quo*, o superfaturamento foi recalculado pela SecexSaúde, adotando-se como referenciais de preços os **maiores valores unitários** identificados nas seguintes fontes: (a) maior valor dos preços constantes do BPS, com a incorporação de preços registrados no Siasg/Comprasnet, incluídas aquisições realizadas por meio de contratações diretas e convites, e (b) valores obtidos em dois pregões realizados pela Funasa (Pregão 32/2007 e Pregão 44/2006).
49. Ou seja, utilizou-se o método da limitação dos preços unitários, adotando-se, como **critério de aceitabilidade**, o **maior valor** identificado nas fontes de pesquisas. As **fontes** de preços paradigma, por sua vez, foram o BPS, incorporado com preços registrados no Siasg/Comprasnet, o que ampliou a amostra, e os valores obtidos nos Pregões 32/2007 e 44/2006 realizados pela Funasa no mesmo ano e no ano seguinte ao das contratações ora questionadas.
50. **Não foi utilizada, portanto, a média ponderada** dos valores pesquisados nos sistemas referenciais, como alegado nas razões recursais, mas **sim o maior valor registrado**, não apenas no BPS, mas em todas as fontes de preços utilizadas. Isso significa que, se a maior parte dos referenciais utilizados foram os do BPS, foi porque tais valores eram mais favoráveis aos responsáveis, não porque a pesquisa se baseou precipuamente nessa fonte.
51. Além disso, só houve avaliação entre os preços praticados no Pregão em tela com os preços obtidos na pesquisa da SecexSaúde quando, no mínimo, quatro registros de preços de outras aquisições públicas eram encontrados. Mesmo os preços praticados pela própria Funasa no Pregão 32/2007, que foram, em sua integralidade, inferiores aos do pregão ora questionado, só foram considerados quando encontrados ao menos outras três cotações que atendessem aos critérios selecionados.
52. Por essa razão, não compuseram os cálculos do débito dois itens do lote 1, dois itens do lote 2, três itens do lote 3 e oito itens do lote 4, para os quais a SecexSaúde não obteve ao menos quatro registros de preços dentro do período pesquisado. Em alguns casos, a fonte dos preços veio de processos em que houve dispensa de licitação e convite, com vistas a obter ao menos quatro registros de preços, para os quais foi selecionado o registro que apresentava maior valor.
53. Para tornar o cálculo ainda mais conservador, priorizou-se a comparação dos preços de medicamentos cujas marcas coincidiam com as das propostas das empresas. Quando não encontrados registros ou identificados poucos registros com esse critério, optou-se pelo maior valor unitário do princípio ativo, independente de marca.
54. A respeito da escala, foram selecionados preços de medicamentos com escala 10, 100 e até 1.000 vezes inferior ao que se viu no pregão da Funasa, de modo a descartar aquisições com economia de escala superior. Quanto ao período dos valores pesquisados, foram utilizados preços referenciais contemporâneos ao período de vigência dos preços registrados no pregão.
55. Outrossim, partindo-se da premissa de que as distribuidoras trabalham com margem média de lucro em torno de 15% sobre o preço de fábrica, conclusão extraída do voto condutor do Acórdão 95/2007-TCU-Plenário, os preços registrados no BPS praticados por fabricante/laboratório (não por distribuidor) foram acrescidos do referido percentual.

56. Nesse contexto, entendo que os critérios acima mencionados são mais do que suficientes para afastar não só inconsistências porventura existentes no BPS à época das contratações, o qual sequer foi a única fonte de preços da pesquisa, como também os demais questionamentos suscitados pelos recorrentes acerca da adequação do cálculo do débito.

57. Considero improcedentes, portanto, os argumentos dos recorrentes também com relação a esse ponto.

58. Por fim, concordo também com a Serur e com o MPTCU no que diz respeito à nulidade da inabilitação dos responsáveis. De fato, noto que o acórdão ora impugnado não observou o quórum de maioria absoluto exigido pelo art. 60 da Lei 8.443/1992 para a aplicação dessa sanção específica.

59. Desse modo, deve-se dar provimento parcial ao recurso interposto por Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, com aproveitamento dos argumentos acolhidos em favor dos demais responsáveis, de modo a anular os itens 9.3 e 9.4 do Acórdão 2.901/2016-TCU-Plenário.

60. No mais, entendo que não é possível reformar o julgado, devendo-se mantê-lo inalterado, ante a ausência de elementos capazes de alterar o juízo anteriormente formulado acerca dos demais pontos questionados pelos recorrentes.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de março de 2020.

Ministro BRUNO DANTAS

Relator