

## VOTO

Em exame embargos de declaração opostos por Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., por José Carlos Cativo Gedeão e Eduardo Tarcísio Brito Targino, por Unicom Produtos Hospitalares Ltda., por Wagner de Barros Campos e por Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. em face do Acórdão 527/2020-Plenário (Rel. Min. Bruno Dantas).

2. O presente processo, sob relatoria original do Ministro José Jorge, sucedido pelo Ministro Vital do Rêgo, tratou de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa) para apurar irregularidades no âmbito do Pregão Presencial 10/2006, voltado ao registro de preços de 138 medicamentos, agrupados em 4 lotes, para posterior aquisição e encaminhamento a 19 Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), e dos contratos dele resultantes: a) Contrato 27/2006, com Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. (no valor de R\$ 7.300.000,00); b) Contrato 28/2006, com Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda. (no valor de R\$ 30.123.748,75; e c) Contrato 29/2006, com Unicom Produtos Hospitalares Ltda. (no valor de R\$ 4.375.000,00).

3. As principais irregularidades apontadas foram, em síntese:

a) alteração injustificada da modalidade de licitação e critério de adjudicação, de pregão eletrônico por item (Pregão Eletrônico 4/2006, suspenso e posteriormente sucedido integralmente pelo Pregão Presencial 10/2006) para pregão presencial do tipo menor preço global por lote (Pregão Presencial 10/2006), o que teria impactado o caráter competitivo do certame;

b) ausência de verificação da compatibilidade dos preços cotados com os praticados pela Administração pública;

c) ausência de submissão do Pregão Presencial 10/2006 para análise da Procuradoria Federal, com o aproveitamento da manifestação alusiva ao Pregão Eletrônico 4/2006, apesar das alterações promovidas;

d) faltar de parecer jurídico aprovando a celebração dos contratos e termos aditivos;

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

f) sobrepreço nos valores dos medicamentos, com o conseqüente superfaturamento na execução contratual.

4. No âmbito do TCU, foram promovidas as citações das empresas contratadas (Hospfar, Especificarma e Unicom) e dos ex-servidores da Funasa solidariamente responsáveis pelos débitos apurados, Srs. José Carlos Cativo Gedeão (ex-pregoeiro), Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho (ex-Coordenador Geral de Recursos Logísticos da Funasa), Wagner de Barros Campos (ex-Diretor do Departamento de Administração da Funasa) e Eduardo Tarcísio Brito Targino (ex-Assessor Técnico da Coordenação Geral de Recursos Logísticos, e então presidente da Comissão Permanente de Licitação da Funasa). Foram promovidas, também, as audiências dos referidos ex-gestores em relação às demais irregularidades.

5. Em apreciação de mérito da TCE, face a posições divergentes motivadas por questionamentos acerca da adequabilidade da utilização do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS) como referencial para a estimativa de débito, prevaleceu o Voto Revisor do Ministro Benjamin Zymler, tendo sido proferido o Acórdão 2901/2016-Plenário, por meio do qual o Tribunal decidiu, em síntese, julgar irregulares as contas dos responsáveis, condenando-os solidariamente em débito e aplicando-lhes multas individuais (art. 57 da Lei 8.443/1992), bem como aplicar sanção de inabilitação aos ex-gestores.

6. Mediante o Acórdão 1304/2017-Plenário (Rel. Min. Benjamin Zymler), o TCU acolheu parcialmente embargos de declaração para sanar omissão no fundamento legal da condenação, sem efeitos infringentes, além de realizar correção de inexatidão material na decisão embargada.

7. Por meio do Acórdão 527/2020-Plenário (Rel. Min. Bruno Dantas), ora embargado, o Tribunal decidiu negar provimento a recursos de reconsideração interpostos por diversos responsáveis e dar provimento parcial ao recurso de reconsideração interposto por Paulo Roberto de Albuquerque Garcia Coelho, apenas para anular os subitens 9.3 e 9.4 do Acórdão 2901/2016-Plenário, afastando a sanção de inabilitação aplicada a todos os responsáveis, mantendo-se inalterados os demais itens da decisão recorrida.

8. Nesta etapa, examinam-se **embargos de declaração** opostos em face do **Acórdão 527/2020-Plenário**. Esclareço que atuo na relatoria destes autos (termo de distribuição à peça 451), em sucessão ao Ministro Raimundo Carreiro, designado mediante sorteio (peça 411) após registro de termo de impedimento do Ministro Bruno Dantas (peça 394).

9. Mediante Despacho (peça 428), o Ministro Raimundo Carreiro determinou a remessa dos autos à então Secretaria de Recursos – Serur, atual Unidade de Auditoria Especializada em Recursos – AudRecursos, para instrução dos embargos, com fulcro nos arts. 50 e 56 da Resolução TCU 259/2014, c/c art. 52, inciso II, da Resolução TCU 305/2018.

10. Conforme registrado em detalhes no Relatório precedente, a AudRecursos (peça 476), em instrução do feito, apresentou histórico da matéria e descreveu os principais argumentos dos embargantes, que podem ser assim sintetizados:

a) em preliminar, foi suscitada a prescrição quinquenal das pretensões punitiva e ressarcitória, inclusive a intercorrente;

b) A empresa Unicom alega haver contradição entre o entendimento adotado pelo TCU quanto ao prazo da prescrição das pretensões ressarcitória (imprescritibilidade) e punitiva (decenal) e o entendimento firmado pelo STF na Tese de Repercussão Geral 899;

c) A empresa Especificarma alega a ocorrência de omissão do Acórdão 527/2020-Plenário, ante a ausência de manifestação do TCU sobre a exigibilidade de modulação dos efeitos do Acórdão 7417/2016-1ª Câmara, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, em que se teria promovido modificação interpretativa do TCU sobre o tema (adoção do BPS para efeitos de cálculo de superfaturamento), à luz do disposto nos arts. 20 ao 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4657/1942, com a redação dada pela Lei 13.655/2018), e do previsto nos arts. 1022, II, e parágrafo único, II, e 489, § 1º, II, III, IV e VI do Código de Processo Civil;

d) A empresa Hospfar alega a existência de omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação e fundamentação para rejeição das alegações recursais e provas apresentadas, relativas à obrigatoriedade de conceder aos responsáveis arrolados a oportunidade de se manifestarem sobre a alteração da metodologia de comparativo de preços, além de contradição no julgado por concluir pela ausência de prejuízo à embargante face à não concessão da referida oportunidade;

e) José Carlos Cativo Gedeão (ex-pregoeiro da Funasa) e Eduardo Tarcísio Brito Targino (ex-presidente da Comissão Permanente de Licitação da Funasa) alegam omissão no acórdão embargado por não ter levado em consideração o grau de participação de cada um deles no procedimento licitatório, além da existência de decisões judiciais transitadas em julgado favoráveis ao ex-pregoeiro (absolvição em ação penal, por ausência de elemento subjetivo de dolo; anulação do ato de demissão e ressarcimento dos vencimentos relativos ao tempo de afastamento); e

f) Wagner de Barros Campos (ex-Diretor do Departamento de Administração da Funasa) alega omissões no acórdão embargado por não considerar as conclusões da fase interna da TCE que o teriam isentado da prática de ato irregular no Pregão 10/2006 (em contradição a decisão do TCU no

Acórdão 1801/2007-Plenário), e por não considerar a responsabilização de outros gestores que especifica, por participação ativa nos atos impugnados.

11. Em exame dos argumentos, a unidade técnica concluiu, em síntese, que:
10. (...)
- a) não ocorreu a prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória fundadas em decisão do Tribunal de Contas da União à luz da Resolução TCU 344/2022;
- b) é inexigível a modulação dos efeitos do Acórdão 7417/2016-TCU-1ª Câmara à luz do disposto nos arts. 20 ao 24 do Decreto-lei 4.657/1942, com a redação dada pela Lei 13.655/2018 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB);
- c) a deliberação embargada está devidamente fundamentada e há a delimitação de responsabilidade de cada um dos responsáveis arrolados nos autos; e
- d) os embargos de declaração devem ser rejeitados (...).
12. Nesse sentido, a AudRecursos, em pareceres uniformes (peças 476 a 478), propôs: i) não conhecer dos embargos de declaração opostos por Wagner de Barros Campos, por serem intempestivos; ii) conhecer dos embargos de declaração opostos por José Carlos Cativo Gedeão, Eduardo Tarcísio Brito e pelas empresas Especificarma, Unicom e Hospfar, e, no mérito, **rejeitá-los**.

\*\*

13. Feito o relato sintético da matéria, passo a me pronunciar.
14. Ratifico o exame de admissibilidade empreendido pela então Serur (peças 417-423), no sentido: i) do conhecimento dos embargos opostos por José Carlos Cativo Gedeão, Eduardo Tarcísio Brito e pelas empresas Especificarma, Unicom e Hospfar, satisfeitos os requisitos da espécie; e ii) do não conhecimento dos embargos opostos por Wagner de Barros Campos, por serem intempestivos.
15. Em relação aos argumentos preliminares, acolho, pelos fundamentos aduzidos, o exame realizado pela AudRecursos, à luz da Resolução-TCU 344/2022, que concluiu pela inoccorrência, no caso concreto, da prescrição das pretensões punitiva e ressarcitória, uma vez que não houve a extrapolação do prazo quinquenal da prescrição ordinária e nem tampouco do prazo trienal da prescrição intercorrente, conforme detalhado em tópico específico da instrução (peça 476, p. 8-14), reproduzido no Relatório precedente.
16. Relativamente ao mérito, com as vênias de estilo, divirjo do encaminhamento proposto pela unidade técnica.
17. De início, reproduzo, pela pertinência, trecho do Voto condutor do Ministro Bruno Dantas (peça 346) no Acórdão 527/2020-Plenário, ora embargado, que contextualiza a complexidade da questão central debatida nestes autos, alusiva à adequabilidade da adoção do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS) como parâmetro de preços de medicamentos para eventual quantificação de débitos nas contratações decorrentes do Pregão Presencial 10/2006 da Funasa (destaques inseridos):

2. 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 da 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.

3. 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.

4. 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.

5. 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.

6. 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.

18. Reside, pois, precisamente, na observância dos princípios da segurança jurídica e da boa fé objetiva, e na necessidade de avaliação da realidade fática enfrentada pelo gestor à época dos fatos (no ano de 2006), à luz da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4657/1942), a essência dos embargos trazidos pela empresa Especificarma.

19. Conforme resumido na instrução da AudRecursos (peça 476), a embargante alega a ocorrência de omissão da decisão embargada em relação a questões suscitadas “*em seu recurso de reconsideração, de 4/2017, complementado em 14/7/2017 (peças 249 e 265) e em 6/2/2018 (peça 302), e em parecer jurídico por ela acostado aos autos, em 9/3/2020 (peças 335 e 336)*”, relacionadas, em síntese, à falta de manifestação do TCU sobre:

7.4. (...)

a) (...) o dever de modulação dos efeitos de decisões que veiculam mudanças interpretativas (...), em obediência à proteção aos direitos fundamentais, à segurança jurídica e à boa-fé objetiva (...);

b) (...) a obrigatoriedade de modulação dos efeitos da decisão, como meio de aplicação de uma hermenêutica integrativa, mediante interpretação conjugada de diversos dispositivos legais vigentes à época da modificação interpretativa adotada pela Corte de Contas em 2016 com a prolação do Acórdão 7417/2016-TCU-1ª Câmara, Relator Ministro Benjamin Zymler, que admitiu a adoção do sistema BPS para efeitos de cálculo de superfaturamento, (...);

c) (...) as consequências decisórias da utilização de entendimentos compreendidos como adequados pelo TCU a casos anteriores à sua definição, ocorrida em 2016 por intermédio do aludido Acórdão 7417/2016-TCU-1ª Câmara, com inobservância do disposto nos arts. 20 ao 23 da LINDB, (...); e

d) (...) a aplicabilidade ao caso concreto do art. 24 da LINDB, ante a alteração de entendimento pelo Tribunal, ocorrida em 2016, por meio do aludido Acórdão 7417/2016-TCU-1ª Câmara, a respeito dos critérios adotados para cálculo de sobrepreço com base no BPS, tendo o acórdão impugnado empregado conceitos jurídicos indeterminados, não ter explicado o motivo concreto da não incidência do aludido dispositivo legal, assim como ter invocado motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, além de não ter enfrentado todos os argumentos deduzidos no processo capazes de modificar a conclusão adotada pelo julgador (...).

20. A AudRecursos apontou que não constou do recurso de reconsideração interposto pela recorrente em 4/7/2017, complementado em 14/7/2017 e em 6/2/2018, a alegação recursal invocando a LINDB e outras normas para se impor a obrigatoriedade de o TCU modular para frente os efeitos da decisão que admitiu a utilização do BPS para efeitos de cálculo de superfaturamento de medicamentos, o que afastaria a existência de omissão no acórdão embargado.

21. Registrou, também, a AudRecursos que o Parecer Jurídico (Prof. Dr. Georges Abboud, “*É correto afirmar que na TCE 023.274/2009-0 deve incidir a LINDB 24, de forma a impedir a aplicação retroativa do sistema BPS como critério de aferição de sobrepreço?*”; peças 335 e 336) acostado aos autos em 9/3/2020, data posterior à conclusão da fase de instrução da unidade técnica, em 8/2/2019

(peças 319-321), não deveria ser utilizado como suporte à suscitação de omissões, visto não conter fato superveniente capaz de desconstituir, concretamente, o superfaturamento apontado pelo TCU.

22. Para concluir pelo não cabimento de modulação dos efeitos do Acórdão 7417/2016-1ª Câmara, a unidade técnica consignou, entre outras ponderações, que: i) não havia jurisprudência pacificada quanto à inviabilidade de uso do BPS para cálculo de superfaturamento; ii) havia precedentes nos dois sentidos, admitindo ou não admitindo o uso do BPS como parâmetro para apuração de débito; iii) não houve, no caso, a aplicação de uma nova interpretação de legislação ou mudança de orientação geral; iv) o entendimento utilizado pelo TCU nos Acórdãos 2901/2016-Plenário e 7417/2016-1ª Câmara constituiu marco uniformizador quanto à validade do BPS como referência de preços, e não propriamente uma mutação jurisprudencial sobre o tema.

23. Discordo desse entendimento.

24. Preliminarmente, cabe esclarecer que o Acórdão 7417/2016-1ª Câmara (Rel. Min. Benjamin Zymler), mencionado na razão recursal, não constituiu por si só um paradigma para a questão tratada nestes autos, em especial pelo fato de ter sido proferido na Sessão da 1ª Câmara de 29/11/2016, posteriormente ao Acórdão 2901/2016-Plenário, prolatado nestes autos na Sessão do Plenário de 16/11/2016. No entanto, tal observação em nada impacta o prosseguimento do exame, considerada a questão de fundo atacada.

25. Resgatando a cronologia dos principais eventos havidos nestes autos, verifico que, reconhecida a existência de controvérsias na jurisprudência desta Corte sobre o tema até então, o Tribunal decidiu, por maioria de votos, mediante o Acórdão 2901/2016-Plenário, de 16/11/2016, pela validade de utilização do BPS como referência de preços de medicamentos para avaliar a economicidade de contratos, o que, no caso concreto, atingiu ajustes assinados em 2006 (dez anos antes). A partir daí, o Tribunal passou a aplicar esse novo entendimento, de modo mais uniforme.

26. Prosseguindo, permito-me transcrever outro trecho do Voto condutor da decisão embargada, que ilustra bem esses aspectos temporais da consolidação de entendimento em momento posterior aos atos questionados (destaques inseridos):

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.
26. Não ignoro a relevância da evolução jurisprudencial sobre o tema, a qual visou, sobremaneira, ao aprimoramento da atuação e do exercício da missão constitucional desta Corte. Reconheço os resultados alcançados com os aprofundados estudos e debates havidos neste e outros processos ao longo dos anos, que em muito contribuíram na busca da economicidade das contratações da administração pública. Não contesto, pois, a mencionada importância e solidez atual do BPS como instrumento para obtenção de referência de preços de medicamentos e equipamentos de saúde.
26. Nada obstante, observo que o Acórdão 2901/2016-Plenário (Ministro Redator Benjamin Zymler), que veio a se tornar a decisão paradigma no sentido da validade de utilização do BPS para fins de cálculo de débito, inclusive para situações constituídas em momento pretérito, como no presente caso, foi proferido nestes autos anteriormente à edição da Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu na LINDB, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na aplicação do direito público, cabíveis às deliberações do TCU.

27. O art. 24 da LINDB, invocado pela embargante e objeto do parecer jurídico juntado aos autos, assim estabelece (destaques inseridos):

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

28. No Voto da deliberação embargada, o Relator assim registrou:

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.

(...) 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.

(...) 48. (...) 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).

(...) 53. (...) priorizou-se a comparação dos preços de medicamentos cujas marcas coincidem 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. (...) foram selecionados preços de medicamentos com escala 10, 100 e até 1.000 vezes inferior ao que se viu no pregão da Funasa(...). (...) foram utilizados preços referenciais contemporâneos ao período de vigência dos preços registrados no pregão.

55. (...) as distribuidoras trabalham com margem média de lucro em torno de 15% sobre o preço de fábrica, (...) 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.

29. Revisando, sob a ótica das razões recursais, os aspectos mencionados nos excertos acima, verifico que a matéria em exame possui contornos que exigem solução diversa da adotada nestes autos.

30. Em primeiro, merece relevo a informação inicial sobre as linhas jurisprudenciais divergentes. A mencionada pesquisa jurisprudencial realizada pela então 4ª Secex em 2011 (peça 45, p. 15-17) destacou, entre os posicionamentos anteriores sobre o tema, os seguintes acórdãos (destaques inseridos):

Acórdão 95/2007-Plenário (Rel. Min. Benjamin Zymler)

9.3. recomendar à Secretaria Executiva do Ministério da Saúde que estude a viabilidade de se tornar compulsório o registro no Banco de Preços de todas aquisições de medicamentos com recursos federais pelos estados, distrito federal, municípios, autarquias e fundações, mantendo-se a disponibilização irrestrita das informações por esse Ministério pela Internet.

Acórdão 217/2007-2ª Câmara (Rel. Min. Aroldo Cedraz):

9.3. Determinar ao Ministério da Saúde, à Controladoria Geral da União e à Segecex a constituição de um grupo de trabalho para fins de propor critério de aceitabilidade de preços unitários a ser adotado nas aquisições futuras de medicamentos a serem realizadas no âmbito do SUS, que considere a quantidade adquirida, as limitações de aplicação do critério proposto (de natureza espacial, temporal e outras), sua aplicabilidade às demais esferas de governo e as condições em que poderá não ser adotado pela entidade ou órgão licitante;

Acórdão 1437/2007-Plenário (Rel. Min. Valmir Campelo):

9.3. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo que:

9.3.1. expeça orientação às Secretarias de Controle Externo e à Serur, no sentido de que, ao examinarem processos relativos à aquisição de medicamentos, atendem para os atos reguladores expedidos pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - CMED na verificação da adequação dos preços pagos pelos administradores públicos, em especial os normativos a seguir indicados: (...)

9.3.2. elabore cartilha, a ser submetida à aprovação da Presidência do Tribunal, com o objetivo de orientar gestores, conselhos de saúde e demais segmentos do controle social e da população, sobre os mecanismos regulamentares disponíveis para a aquisição mais vantajosa de medicamentos por parte do setor público nos níveis federal, estadual e municipal;

Acórdão 1457/2009-2ª Câmara (Rel. Min. Aroldo Cedraz)

9.1. determinar à Secretaria Executiva do Ministério da Saúde que:

9.1.3. no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência deste acórdão, divulgue às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde habilitadas no SUS o teor da NOAS-SUS 01/02 no tocante à obrigatoriedade de cadastramento no Banco de Preços em Saúde, bem como quanto à alimentação desse banco, conforme preconizado na referida norma;

Acórdão 1146/2011-Plenário (Rel. Min. Aroldo Cedraz)

9.2. sugerir à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização Orçamento do Congresso Nacional a inclusão, nas próximas Leis de Diretrizes Orçamentárias, de dispositivos que contemplem:

9.2.1. o estabelecimento, como parâmetro de controle de preços de medicamentos adquiridos com recursos do Sistema Único de Saúde – SUS, das referências de preços adotadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – CMED/Anvisa, obtidas pela aplicação do coeficiente de adequação de preço – CAP sobre o preço-fábrica dos medicamentos previsto na Resolução CMED 2/2004;

9.2.2. o estabelecimento do preço-fábrica como teto das demais aquisições públicas de medicamentos;

9.2.3. a possibilidade de instauração de tomada de contas especial, para responsabilização do gestor e quantificação do dano ao erário, nas hipóteses em que as aquisições não estiverem dentro dos limites acima sugeridos e em que não constem do correspondente processo licitatório justificativas dos preços praticados;

9.3 recomendar ao Ministério da Saúde o estabelecimento de normativos que orientem os gestores do Sistema Único de Saúde-SUS acerca da utilização dos parâmetros adotados pela CMED para fixação de preços máximos nas aquisições de medicamentos, com alerta para sanções que poderão ser aplicadas por aquela Câmara no exercício de seu papel regulador;

9.4. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas da União que:

9.4.1. divulgue entre as unidades técnicas o teor da presente deliberação, de modo a buscar uniformização de entendimentos e de propostas de encaminhamento concernentes à matéria;

31. Mesmo que a referida instrução técnica da então 4ª Secex e outros pareceres nos autos mencionem a existência de outros julgados que admitem em casos pontuais o uso do BPS para apuração de débito (p. ex. Acórdão 2106/2005-2ª Câmara ) ou que apontam fragilidades na adoção da tabela CMED, com destaque para o Acórdão 3016/2012-Plenário (Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues), parece-me muito claro que:

a) as deliberações que estimulam o uso do Banco de Preços em Saúde - BPS buscam muito mais fomentar a alimentação de informações no sistema (tornar compulsório o registro de aquisições), para robustecer a base de dados, do que orientar a sua utilização como referência de preços para aquisições;

b) as decisões expedidas à época, favoráveis à utilização das referências de preços adotadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – CMED/Anvisa, possuem expresso caráter cogente, aplicável à Administração Pública e às unidades técnicas do TCU, com recomendação de orientação aos gestores do SUS para uso dos parâmetros da CMED para fixação de preços máximos nas aquisições de medicamentos, inclusive para apuração de dano ao erário, ostentando características típicas de orientação geral, ainda que posteriormente tenham sido mitigadas por outras deliberações.

32. O próprio Voto condutor da decisão embargada reconhece a existência, à época da contratação, de fragilidades e limitações do BPS, que somente foram superadas em momento posterior: “ (...) 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 (...)”.

33. Em segundo, a despeito de concordar que a diretriz maior no âmbito da Administração Pública seja a de contratar por preços compatíveis com os praticados no mercado (princípio da economicidade e da busca pela contratação mais vantajosa para a Administração), penso que não há como dissociar totalmente tal diretiva do estabelecimento de um critério, em caso de objetos específicos como o de medicamentos, que consista no referencial de preços mais adequado para balizar as aquisições públicas.

34. A exemplo do Sicro e do Sinapi, adotados por esta Corte como referência de preços em obras de infraestrutura, o caminho encontrado por este Tribunal em suas ações de controle de contratações de aquisições de medicamentos foi a adoção de algum dos modelos de referência existentes à época.

35. Ainda sobre o assunto, resgato ponderação registrada no Voto Revisor do Ministro Benjamin Zymler (peça 186) por ocasião da prolação do Acórdão 2901/2016-Plenário, que sinalizam não somente a imprescindibilidade do estabelecimento de um paradigma de mercado, viabilizado em sistema referencial, mas também o cenário crítico vivenciado na regulação de preços de medicamentos à época:

39. Dessa forma, para que este Tribunal desempenhe adequadamente o controle dos gastos governamentais com medicamentos, é fundamental que disponha de paradigmas de mercado abalizados e confiáveis, bem como que tenha a devida compreensão das características e das eventuais limitações de tais sistemas referenciais.

(...) 64. A debilidade na regulação dos preços de medicamentos e nos correspondentes procedimentos de aquisição também foi um dos temas de destaque do FiscSaúde, apreciado pelo Acórdão 693/2014-TCU-Plenário.

36. Havendo clara sinalização de que houve em momento anterior, contemporâneo às contratações objeto desta tce, orientação geral do TCU pela adoção da tabela CMED como referência de preços de medicamentos, entendo que restou configurada a aplicação de nova orientação geral a partir da prolação do Acórdão 2901/2016-Plenário.

37. Como terceira observação, em relação ao argumento de conservadorismo do cálculo do débito, rememoro que a metodologia de apuração do dano utilizada na instrução de mérito original da então 4ª Secex (peça 45, pp. 8-53; peça 46, pp. 1-29 e 35-37) foi reformulada, por orientação do então Relator, Ministro José Jorge (peça 113), após diversas críticas apresentadas pelo MPTCU (peça 47, p. 30-39). Na oportunidade, o Parquet havia se posicionado pela insubsistência do débito atribuído, ante a inadequação do uso do BPS, tendo elencado, *“ainda que se considerasse o BPS como referencial válido de preços, (...) em atenção ao princípio da eventualidade”*, uma série de limitações na sistemática adotada.

38. Sobre o cálculo retificado, apresentado em nova instrução de mérito da então 4ª Secex (peça 128), valendo-se do maior preço registrado no BPS e outros critérios já mencionados no excerto acima, verifico, em consonância com as percepções registradas pelo MPTCU (peça 133) e pelo então Relator Ministro José Jorge (peça 188), vencido na ocasião, que a *“aferição de débito [seguiu] 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 Compraset/Siasg”*, de modo que *“o referencial adotado, isto é, o parâmetro para se concluir pela existência do sobrepreço, continua sendo, em essência, o BPS”*, banco de dados considerado falho pra fins de imputação de dano.

39. Endossando as mencionadas percepções, considero que, a despeito do esforço e preocupação na busca de maior confiabilidade ao cálculo do débito, os novos parâmetros utilizados para cálculo do superfaturamento não podem ser considerados suficientes para mitigar ou neutralizar as fragilidades existentes à época no BPS, ao contrário do defendido na decisão embargada.

40. Com base nas ponderações apresentadas expostas acima, entendo, portanto, que assiste razão à embargante quanto à aplicabilidade, ao caso concreto, do disposto no art. 24 da LINDB, face à alteração de orientação geral no que diz respeito à validade de utilização do BPS como referência de preços de medicamentos para avaliar a economicidade de contratos, a partir da prolação do Acórdão 2901/2016-Plenário.

41. Nesse caso, caberia aplicar a orientação geral da época, qual seja a utilização dos parâmetros definidos pela CMED para aferição da razoabilidade dos preços de aquisição de medicamentos, nos termos dos Acórdãos 1437/2007 e 1.146/2011-Plenário, o que não foi feito nesta tce. Apreciando caso similar, o Tribunal, mediante o Acórdão 384/2014-2ª Câmara (Rel. Min. Aroldo Cedraz), decidiu pelo arquivamento de tomada de contas especial, sem julgamento de mérito, por ausência de pressupostos de constituição do processo.

42. Portanto, na linha dos Pareceres do MPTCU (peça 47, p. 30-39; peça 133), à época representado pela Subprocuradora-Geral, Dra. Cristina Machado da Costa e Silva (atual Procuradora-Geral do MPTCU), acolhidos no Voto vencido do Ministro-Relator Vital do Rêgo (peças 187 e 188), penso ser insuperável a inadequação da utilização do BPS como referencial válido para a imputação de débito aos responsáveis nestes autos, que tratam de ocorrências originadas no ano de 2006, à luz do disposto na LINDB.

43. A propósito, enfrentando situação análoga, o Tribunal já decidiu por afastar a aplicação de novo entendimento quanto a parâmetro de economicidade de contrato, em situação constituída em momento anterior (edição de súmula, consolidando jurisprudência), conforme o Acórdão 136/2022-Plenário (Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti), cujo Voto condutor foi vazado nos seguintes termos, no essencial:

41. Quanto ao débito, releva destacar que o levantamento dos valores se deu em razão de duas premissas consideradas no exame inicial do BDI: a primeira, de que deveria haver BDI diferenciado para os fornecimentos havidos no âmbito da execução contratual, nos termos da Súmula TCU 253; a segunda, de que mesmo o BDI aplicado ao contrato, indistintamente para os serviços e os fornecimentos, extrapolaria aqueles percentuais definidos na jurisprudência deste Tribunal para obras ferroviárias.

42. No que tange à primeira premissa, a principal alegação das defesas consiste no fato de que a edição da referida Súmula não deveria balizar o BDI contratado, haja vista que editada em 2010, consolidando jurisprudência que vinha sendo adotada desde 2007, conforme precedentes do Tribunal, ao passo que o contrato em questão foi celebrado em 2004. Assim, não estaria esta Corte observando princípios basilares como o da segurança jurídica bem como ato jurídico perfeito, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, além das diretrizes estabelecidas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (arts. 6º e 24), com destaque para o regramento mais atual, segundo o qual: (...)

43. Sobre esse ponto, a SeinfraUrbana destaca que o encaminhamento havido no processo, em etapa anterior, no sentido da separação dos BDIs aplicados ao contrato, baseou-se no Acórdão 1.923/2016-TCU-Plenário (Relator Ministro Bruno Dantas), no sentido de que não haveria óbice em aplicar novo entendimento do TCU quanto aos parâmetros de BDI em situação constituída em momento anterior (contrato assinado em 2004), e, no mesmo sentido, o Acórdão 2.440/2014-TCU-Plenário (Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa).

44. Todavia, considera que assiste razão às defesas, porquanto tanto o Acórdão 2.440/2014-Plenário quanto o próprio Acórdão 1.923/2016-Plenário, que fundamentaram a retroatividade de entendimento desta Corte, são anteriores à Lei 13.655/2018, que introduziu significativas modificações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), as quais têm sido observadas por este Tribunal em deliberações mais recentes.

45. De fato, assiste razão às defesas produzidas e nenhum reparo tenho a fazer a essas colocações. Excluindo-se, portanto, a adoção de BDI diferenciado, o resultado apurado pela secretaria seria equivalente a um superfaturamento da ordem de R\$ 1.785.062,38, em vez de R\$ 3.670.507,47.

44. Como consideração adicional, observo que a AudRecursos apresentou proposta alternativa (peça 476, p. 27), para a hipótese de se concluir pela inadequação do uso do BPS como parâmetro de cálculo de sobrepreço no caso concreto (destaques inseridos):

7.21. A despeito dessas conclusões, cabe esclarecer que, na eventualidade em se admitir a obrigatoriedade em se modular os efeitos do Acórdão 7417/2016-TCU-1ª Câmara, consoante requerido pela recorrente, o que não se espera, em face dos argumentos alhures delineados, o valor do débito a ela imputado seria reduzido somente em 21% (vinte e um por cento), uma vez que esse é o percentual do superfaturamento calculado com base nos preços constantes do BPS, sendo que os outros 79% (setenta e nove por cento) foram calculados com base nos preços do sistema SIASG/ComprasNet, conforme informação inserta no item 13 do recurso de reconsideração interposto pela recorrente (peça 121), bem como no item 189 do Relatório de Auditoria da então Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro – Secex/RJ (TC 011.620/2015-3, apenso, peça 238) e nos itens 21 e 23 do Voto condutor do acórdão embargado.

45. Sobre tal afirmação, cumpre esclarecer que o apontamento relacionado ao *“percentual [21%] do superfaturamento calculado com base nos preços constantes do BPS”*, que constaria de informação inserta no *“recurso de reconsideração interposto”*, em *“Relatório de Auditoria”* e no *“Voto do acórdão embargado”*, não guarda qualquer relação com o presente processo, e deve ser integralmente afastado. Tais registros referem-se ao TC 006.370/2016-0, que trata de matéria semelhante à do presente processo, em tce instaurada em razão de irregularidades na aplicação de recursos repassados pelo FNS ao município de Itaguaí/RJ, com condenação em débito por superfaturamento de contratos, também apurado com base em valores do BPS. Atualmente, o processo aguarda apreciação, sob relatoria do Ministro Jorge de Oliveira, de embargos de declaração opostos pela empresa Especificarma contra o Acórdão 1229/2020-1ª Câmara.

46. Registrada minha posição pela insubsistência da condenação dos responsáveis ao ressarcimento de dano ao erário, entendendo que ficam prejudicados os exames dos demais argumentos relacionados ao débito, apresentados nas demais peças recursais.

47. Relativamente à responsabilização dos gestores, conjugado do entendimento consignado no Voto complementar do Ministro Vital do Rêgo (peça 187), apresentado por ocasião da apreciação de mérito da tce, nos seguintes termos:

53. No que tange à responsabilização dos envolvidos, justamente por entender que não há elementos nos autos que permitam demonstrar a ocorrência de prejuízo ao erário, aliado ao fato de que os procedimentos referentes à definição dos preços do orçamento base do pregão ora tratado não podem ser considerados manifestamente contrários à lei, nem afastados dos referenciais de preços existentes à época da licitação, considero que os responsáveis não devem ter suas contas julgadas irregulares.

54. 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 si, condutas ilícitas.

56. Conforme examinado detalhadamente no voto que apresentei ao Plenário, 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.

57. Assim, dando seguimento ao trabalho iniciado pelo Ministro José Jorge e em consonância com o encaminhamento alvitrado pelo MPTCU, considero que não existem elementos suficientes nos autos que permitam quantificar a existência de dano ou mesmo concluir pela ocorrência de superfaturamento. Como já deixei assente no meu voto, e ora endosso neste voto complementar, reconheço que houve falhas na conduta de agentes públicos da Funasa. Não vislumbro, todavia, razão suficiente para o desfecho proposto pelo revisor.

48. Dessa forma, em observância ao princípio da segurança jurídica e sopesando a realidade fática enfrentada pelos gestores à época dos fatos, cumpre reconhecer que o Acórdão 507/2020-Plenário deixou de considerar os efeitos do art. 24 da LINDB, devendo os presentes embargos serem acolhidos, com efeitos infringentes, de modo a dar provimento aos recursos de reconsideração interpostos em face do Acórdão 2901/2016-Plenário e modificar a deliberação proferida na referida decisão, no sentido de julgar regulares com ressalvas as contas dos responsáveis.

49. Do exposto, VOTO por que seja adotado o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 21 de fevereiro de 2024.

ANTONIO ANASTASIA  
Relator