

VOTO REVISOR

O presente processo cuida de tomada de contas especial (TCE) instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa) para apurar suposto dano ao Erário decorrente de superfaturamento na aquisição de medicamentos no âmbito do Pregão Presencial 10/2006, cujo objeto era o registro de preços de diversos medicamentos, agrupados em 4 lotes, para posterior aquisição e encaminhamento a 19 Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), bem como dos contratos dele decorrentes (Contratos 27/2006, 28/2006 e 29/2006).

2. Nesta etapa processual, são apreciados embargos de declaração opostos ao Acórdão 527/2020-Plenário (Relator: Ministro Bruno Dantas) pelos Srs. José Carlos Cativo Gedeão, Wagner de Barros Campos e Eduardo Tarcísio Brito Targino, bem como pelas empresas Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., Unicom Produtos Hospitalares Ltda. e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A.

3. O aludido **decisum** apreciou recursos de reconsideração interpostos pelos responsáveis contra o Acórdão 2.901/2016-Plenário (relator: Ministro Vital do Rêgo; revisor: Ministro Benjamin Zymler) que efetuou o exame de mérito desta TCE, julgando suas contas irregulares e os condenando ao pagamento dos débitos apurados e da multa capitulada no art. 57 da Lei 8.443/1992, bem como aplicou a sanção de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública pelo período de 8 anos, sanção esta que foi posteriormente tornada insubsistente em grau de recurso pelo Acórdão 527/2020-Plenário.

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	Especificarma 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. Como bem sintetizado pelo atual relator, o eminente Ministro Antonio Anastasia, que atua sucedendo o Ministro Raimundo Carreiro (relator sorteado após a declaração de impedimento do Ministro Bruno Dantas), as principais irregularidades apontadas no certame estão relacionadas a seguir:

a) alteração injustificada do formato da licitação e do 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) ausência 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; e

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

7. 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.

8. Os valores históricos do dano ao Erário apurado nas etapas processuais anteriores estão consolidados na tabela a seguir, dos quais deve ser abatido o montante de R\$ 1.036.798,93 no débito relativo ao Contrato 27/2006, que foi recolhido voluntariamente pela empresa Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., em 14/7/2010:

Lote	Contrato (Empresa)	Débito (R\$)
1	27/2006 (Hospfar)	3.228.841,92
2	28/2006 (Especificarma)	4.843.426,70
3		10.579.747,74
4	29/2006 (Unicom)	1.913.703,80
Total		20.565.720,16

9. Insta salientar que a metodologia de apuração do dano utilizada pela então Secretaria de Controle Externo da Saúde (SecexSaúde) se baseou no confronto entre os preços contratados dos medicamentos com parâmetros referenciais de preços de mercado obtidos mediante utilização dos maiores valores unitários identificados entre as seguintes fontes (peças 118 a 126):

a) maior valor dos preços constantes do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS);

b) valores praticados no Pregão 32/2007 (realizado pela própria Funasa, unidade central); e

c) valores praticados no Pregão 44/2006 (também conduzido pela Funasa, regional do Mato Grosso do Sul).

10. Também deve ser destacado que a pesquisa realizada pela unidade instrutiva no BPS também incorporou outros preços registrados no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais/ComprasNet (Siasg/ComprasNet), a partir do auxílio de integrantes da equipe responsável pelo aludido Banco de Preços no Ministério da Saúde, o que aumentou a quantidade de registros e conferiu maior robustez ao BPS como parâmetro para imputação de débito.

11. Quando assumiu a relatoria do feito, o Ministro Raimundo Carreiro encaminhou os autos à então Secretaria de Recursos (Serur), atual Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos), para instrução dos embargos declaratórios, com fulcro nos arts. 50 e 56 da Resolução TCU 259/2014, c/c o art. 52, inciso II, da Resolução TCU 305/2018.

12. Os vários argumentos recursais dos embargantes podem ser sintetizados pelos seguintes tópicos:

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 minha relatoria, 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 4.657/1942, com a redação dada pela Lei 13.655/2018), e do previsto nos arts. 1.022, 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) os Srs. 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) o Sr. 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 à decisão do TCU no Acórdão 1.801/2007-Plenário) e por não considerar a responsabilização de outros gestores que especifica, por participação ativa nos atos impugnados.

13. 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; [...]"

14. Nesse sentido, a AudRecursos, em pareceres uniformes (peças 476 a 478), propôs: i) não conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Sr. Wagner de Barros Campos, por serem intempestivos; e ii) conhecer dos embargos de declaração opostos pelos Srs. José Carlos Cativo Gedeão, Eduardo Tarcísio Brito e pelas empresas Especificarma, Unicom e Hospfar, e, no mérito, rejeitá-los.

15. O Ministro Antonio Anastasia divergiu parcialmente do exame da unidade técnica, enfatizando a necessidade de 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 LINDB.

16. Em suma, o relator considera que deve incidir o art. 24 da LINDB, abaixo reproduzido, de forma a impedir a aplicação retroativa do sistema BPS como critério de aferição de sobrepreço.

“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.”

17. O Ministro Antonio Anastasia aduz 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”*.

18. Portanto, o relator propôs que os embargos fossem acolhidos, com efeitos infringentes, de modo a dar provimento aos recursos de reconsideração interpostos contra o Acórdão 2.901/2016-Plenário e modificar a deliberação proferida na referida decisão, no sentido de julgar regulares com ressalvas as contas dos responsáveis.

II

19. Feita a devida contextualização do caso, informo que solicitei vistas do presente processo na sessão Plenária do dia 17/4/2024 por divergir do encaminhamento adotado pelo relator sobre a suposta violação do disposto no art. 24 da LINDB.

20. Antes de abordar o caso concreto e o uso do BPS como referência na compra de medicamentos, gostaria de repisar algumas considerações que já externei sobre o art. 24 da LINDB nas tomadas de contas especiais. No âmbito do Acórdão 1.142/2022-Plenário, de relatoria do Ministro Jorge Oliveira, apresentei voto revisor observando que, se o ajuste foi celebrado com preço compatível ao de mercado, nos termos do art. 24 da LINDB, a evolução da jurisprudência do Tribunal não deve impactar as relações jurídicas já constituídas, salvo se comprovada a existência de sobrepreço.

21. Por outro lado, outros princípios aplicáveis à Administração Pública e o próprio princípio da segurança jurídica recomendam que haja atendimento ao critério legal previsto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993 (revogada em 30/12/2023), o que exigia que os preços praticados pelas licitantes refletissem os preços praticados no mercado.
22. Entendo que não se pode invocar o art. 24 da LINDB para isentar de responsabilidade por eventual sobrepreço ou superfaturamento tanto o agente público que pratica o ato irregular como o privado que dele se beneficia.
23. O regime jurídico-administrativo a que estão sujeitos os particulares contratantes com a Administração não lhes dá direito adquirido à manutenção de erros observados nas composições de preços unitários, precipuamente quando em razão de tais falhas estiver ocorrendo o pagamento de serviços acima dos custos necessários e realmente incorridos para a sua realização.
24. O regime de contratação administrativa possui regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas a aferição de legalidade, legitimidade e economicidade por órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública. Portanto, a responsabilização solidária do particular pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedor de pagamentos por fornecimentos superfaturados, contribui de qualquer forma para o cometimento do débito, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992. Logo, não há como afastar a responsabilidade da empresa beneficiária dos pagamentos reputados superfaturados.
25. Ressalto que a situação analisada nos autos visa a evitar o enriquecimento sem causa do particular em detrimento da Administração, nos termos dos princípios da boa-fé contratual e probidade administrativa. A condenação ao ressarcimento do dano, do ponto de vista do Direito Civil, não pode ser considerada propriamente uma sanção.
26. Concluo este tópico afirmando que o aspecto fulcral discutido nos autos não é precipuamente o uso do BPS para aferir a regularidade nos preços contratados, mas sim o sobrepreço apontado nos ajustes, o qual decorre, entre outros diversos fatores, de várias irregularidades observadas no Pregão Presencial 10/2006, que estão esmiuçadas no voto revisor que resultou no Acórdão 2.901/2016-Plenário.
27. Na verdade, além dessas irregularidades, os preços elevados apresentados pelas propostas vencedoras do certame têm como causa a própria pesquisa de preços para fixação do valor da aquisição, em função de não ter considerado os preços praticados no âmbito da administração pública (em violação ao art. 15, inciso V, da Lei 8.666/1993), mesmo após advertência expressa nesse sentido realizada pela unidade jurídica da Funasa, que, por meio do Parecer 754/PGF/PF/FUNASA/2005/adz, de 16/12/2005, alertou os gestores sobre a necessidade de se realizarem diversas alterações no Certame 4/2006, que foi revogado após a divulgação do resultado do Pregão Presencial 10/2006.
28. Mesmo cientes da inadequação da pesquisa realizada, os responsáveis optaram por ignorar as recomendações emanadas pela unidade jurídica, procedendo à abertura e à posterior revogação do Pregão 4/2006, em função de este ter sido substituído pelo Pregão 10/2006, o qual incorporou as mesmas deficiências apontadas pela procuradoria jurídica. Observo, portanto, que há fortes indícios de que os responsáveis por esta última licitação desacatarem deliberadamente parecer da área jurídica da Funasa e revogaram a licitação cuja pesquisa de preços havia sido questionada pela área jurídica e lançaram outra licitação eivada dos mesmos vícios, sem submeter o novo edital ao obrigatório exame da consultoria jurídica. Tal conduta fica patente no fato de que o Pregão 10/2006 foi promovido no mesmo processo do Pregão 4/2006, no qual estava autuado o referido parecer jurídico.

29. O BPS é apenas uma ferramenta de pesquisa que retrata precipuamente valores praticados em compras governamentais e, por isso, é plenamente adequado para a avaliação da economicidade de contratações públicas de medicamentos. O fato de, à época, o cadastramento de dados no sistema ocorrer em caráter voluntário não compromete a fidedignidade das informações do sistema, pois a maior parte dos medicamentos ainda conta com elevado número de registros, tornando os valores praticados representativos de mercado. A título de exemplo, reproduzo a seguir tabela constante do voto revisor do Acórdão 2.901/2016-Plenário, contendo pesquisa realizada pela minha assessoria no BPS para o antibiótico Amoxicilina 500 mg, ilustrando a existência de 50 registros de aquisições governamentais no período de 3/12/2013 a 3/6/2015. O valor médio ponderado das aquisições, mais de nove anos após a conclusão do certame em análise, foi de R\$ 0,1158 por comprimido, enquanto o Contrato 28/2006, celebrado com a empresa Especificarma, estabeleceu um preço unitário de R\$ 0,60 para cada unidade do referido medicamento, um valor mais de cinco vezes superior à média das aquisições governamentais do produto.

Dados do Item		Dados da Compra		Dados da Instituição		Preço Unitário	
Unidade de Fornecimento	Genérico	Data Compra	Modalidade da Compra	Nome Instituição	UF	Qtd. Itens Comprados	Valor Pago (R\$)
COMPRIMIDO	Não	18/02/2014	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE ITIRAPUA	SP	36000,0000	0,0680
COMPRIMIDO	Não	23/12/2013	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE	RS	40000,0000	0,0690
COMPRIMIDO	Não	11/03/2014	Pregão	MUNICIPIO DE SERRARIA	PB	50000,0000	0,0700
COMPRIMIDO	Não	24/03/2014	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE PIRAQUARA	PR	10000,0000	0,0780
COMPRIMIDO	Não	17/03/2014	Pregão	MUNICIPIO DE MARMELEIRO	PR	3000,0000	0,0800
COMPRIMIDO	Não	11/02/2014	Pregão	MUNICIPIO DE PEDERNEIRAS	SP	200000,0000	0,0810
COMPRIMIDO	Não	10/04/2014	Pregão	MUNICIPIO DE CACONDE	SP	45000,0000	0,0850
COMPRIMIDO	Não	21/03/2014	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE SERRA NEGRA DO NORTE - RN	RN	12000,0000	0,0900
COMPRIMIDO	Não	23/01/2015	Pregão	MUNICIPIO DE MINAS DO LEAO	RS	20000,0000	0,0900
COMPRIMIDO	Não	13/03/2014	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DO MUNICIPIO DE PORTALEGRE	RN	1000,0000	0,0900
COMPRIMIDO	Não	24/02/2015	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE CASCAVEL	PR	264000,0000	0,0920
COMPRIMIDO	Não	05/03/2015	Pregão	MUNICIPIO DE RENASCENCA	PR	15000,0000	0,0960
COMPRIMIDO	Não	29/07/2014	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE	PI	1200,0000	0,0960
COMPRIMIDO	Não	30/12/2014	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE	PI	1065,0000	0,0966
COMPRIMIDO	Não	11/03/2014	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE	PI	2000,0000	0,0970
COMPRIMIDO	Não	13/03/2015	Pregão	MUNICIPIO DE CAFELANDIA	SP	80000,0000	0,0980
COMPRIMIDO	Não	23/02/2015	Pregão	MUNICIPIO DE PEDERNEIRAS	SP	150000,0000	0,0990
COMPRIMIDO	Não	02/04/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ELIAS FAUSTO	SP	9240,0000	0,0990
COMPRIMIDO	Não	02/04/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ELIAS FAUSTO	SP	9240,0000	0,0990
COMPRIMIDO	Não	28/03/2014	Pregão	MUNICIPIO DE MORRO DO CHAPEU DO PIAUI	PI	15120,0000	0,1000
COMPRIMIDO	Não	12/09/2014	Pregão	MUNICIPIO DE JAMBEIRO	SP	15000,0000	0,1070
COMPRIMIDO	Não	28/04/2015	Pregão	SECRETARIA DE ESTADO DA SAUDE	ES	3800,0000	0,1100
COMPRIMIDO	Não	09/02/2015	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE	GO	16000,0000	0,1162
COMPRIMIDO	Não	12/11/2014	Dispensa de Licitação	MUNICIPIO DE ESPIRITO SANTO DO PINHAL	SP	14000,0000	0,1190
COMPRIMIDO	Não	23/02/2015	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE SERRA NEGRA DO NORTE - RN	RN	13440,0000	0,1200
COMPRIMIDO	Não	08/07/2014	Pregão	MUNICIPIO DE RONDONOPOLIS	MT	400,0000	0,1300
COMPRIMIDO	Não	08/07/2014	Pregão	MUNICIPIO DE RONDONOPOLIS	MT	25000,0000	0,1400
COMPRIMIDO	Não	12/12/2013	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE	RJ	200000,0000	0,1600

COMPRIMIDO	Não	30/04/2014	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE AURILANDIA	GO	3000,0000	0,1700
COMPRIMIDO	Não	03/02/2014	Pregão	MUNICIPIO DE SAO FRANCISCO DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE	PI	12000,0000	0,1700
COMPRIMIDO	Não	10/03/2014	Pregão	PREFEITURA MUNICIPAL DE MANGARATIBA	RJ	10000,0000	0,1800
COMPRIMIDO	Não	05/03/2015	Pregão	MUNICIPIO DE SAO JOSE DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE	PI	5800,0000	0,1900
COMPRIMIDO	Não	13/05/2015	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE	RN	1500,0000	0,1970
COMPRIMIDO	Não	11/02/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	2000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	26/12/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	2000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	12/08/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	2000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	19/03/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	910,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	11/04/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	2000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	07/02/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	1000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	13/06/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	1000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	11/02/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	2000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	19/05/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	1000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	11/09/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	1000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	10/10/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	1000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	07/02/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	1000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	19/05/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	1000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	08/12/2014	Pregão	MUNICIPIO DE ALAGOINHA DO PIAUI - SECRETARIA DE SAUDE E SANEAMENTO	PI	1000,0000	0,2200
COMPRIMIDO	Não	27/02/2015	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE PATOS DO PIAUI	PI	13500,0000	0,2333
COMPRIMIDO	Não	30/04/2015	Pregão	FUNDO MUNICIPAL DE SAUDE DE CORTES	PE	2000,0000	0,3000
COMPRIMIDO	Não	30/09/2014	Pregão	FUNDO DE SAUDE DO MUNICIPIO DE IGUATU	PR	2000,0000	0,3500
MÉDIA PONDERADA							0,1158
VALOR MÁXIMO							0,3500
VALOR MÍNIMO							0,0680

30. O sistema também contempla compras privadas, conforme informado no endereço eletrônico do Ministério da Saúde. Como exemplo de aquisições privadas cadastradas no BPS, é possível citar as compras de medicamentos realizadas pelas Santas Casas, embora a ampla maioria dos dados cadastrados no BPS se refira a compras do setor público. Porém, tal fato não compromete o uso do BPS como sistema referencial de preços para medicamentos. Ao contrário, torna os dados cadastrados no sistema uma fonte referencial de preços mais conservadora e favorável aos responsáveis, pois há um viés, denominado “efeito Administração Pública”, que faz os preços das compras efetuadas por órgãos públicos em geral serem mais elevados do que os praticados pela iniciativa privada. Tal efeito é explicado pelos maiores custos de transação com o setor público, consubstanciados nos gastos dos licitantes para participarem de certames licitatórios. Também é de se ressaltar que a Administração Pública exige maiores requisitos técnicos e econômico-financeiros dos seus fornecedores em relação ao exigido pelo setor privado, bem como realiza pagamentos posteriormente ao fornecimento dos bens e serviços, o que acaba elevando os preços pagos.

31. Além disso, a própria Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 15, inciso V, exige que as referências utilizadas para aquisições públicas sejam baseadas em outras aquisições do setor público:

“Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.”

32. Dito de outra forma, o BPS é tão somente uma ferramenta que concretiza o comando acima para a aquisição de medicamentos. Não é por outro motivo que a robustez do aludido sistema como referência acabou sendo reconhecida pelo legislador ao editar a nova Lei de Licitações e Contratos, que trouxe o seguinte dispositivo em seu art. 23 (grifo acrescido):

“Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);[...]”

33. Portanto, não há que se falar em aplicação retroativa de novos entendimentos do TCU ou de suposta violação ao disposto no art. 24 da LINDB, pois esta Corte de Contas, em essência, apenas analisou a economicidade da contratação, seguindo procedimento expressamente previsto no art. 15, inciso V, da Lei 8.666/1993. Além disso, pode-se afirmar com total convicção que absolutamente todos os registros constantes do BPS para o exame do caso em apreciação são relacionados a aquisições governamentais, conforme pode ser observado do exame dos registros detalhados dos dados consultados no BPS (e complementados por consultas ao Siasg), que estão insertos às peças 121, 122 e 123.

34. Registro um ponto fulcral para melhor entendimento do BPS: tal sistema pode ser utilizado como uma interface auxiliar para a pesquisa de preços nos sistemas da Administração Pública Federal, tais como o Siasg/ComprasNet. Assim, os preços coletados pela unidade instrutiva eram, na verdade, provenientes dos sistemas de compras governamentais, critério eleito como prioritário para pesquisa de preços pela própria Lei 8.666/1993, em seu art. 15, inciso V.

35. Na verdade, o BPS é um consolidador de informações, servindo como instrumento aos gestores na obtenção de referência de preços de medicamentos e equipamentos de saúde. Com a utilização de tal banco, é possível eliminar grande parte do trabalho dos gestores, 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. Assim, ao consolidar as informações de aquisições na administração pública, o BPS possibilita ao gestor ter uma referência de preços, com a facilidade de selecionar os registros que mais se aproximem da realidade de sua contratação, mediante a consideração de região de fornecimento, quantitativos, fabricante, fornecedor, tipo de entidade contratante etc.

III

36. Apenas por argumentar, se acolhida a tese do relator de que o uso do BPS como referência teria sido contrária às orientações gerais da época, ainda seria verificada a existência de superfaturamento

na aquisição de medicamentos mediante comparação com outras compras realizadas pela Administração Pública. E esse superfaturamento seria seguramente superior ao quantificado nos autos, agravando a situação dos recorrentes.

37. Tal conclusão decorre do critério utilizado para seleção do preço referencial, que sempre foi obtido a partir do maior parâmetro observado nas seguintes referências: pesquisa no BPS, qualificada com preços registrados no Siasg/ComprasNet, e outras duas licitações posteriores da Funasa (Pregões 44/2006 e 32/2007), o que aumentou a quantidade de registros, conferindo assim maior confiabilidade ao superfaturamento constatado. Os critérios de cálculo do suposto débito podem ser verificados às peças 118 a 126 dos autos.

38. Tal fato, a meu ver, traz excessivo conservadorismo para os preços referenciais obtidos, pois o parâmetro referencial deveria ser a média ou a mediana dos preços pesquisados, e não o preço máximo observado.

39. Outro critério que trouxe elevada segurança de que o débito apurado pela então SecexSaúde seja favorável aos responsáveis foi a metodologia de cálculo determinada pelo Ministro José Jorge, que foi o relator durante etapa preliminar desta TCE, conforme despacho à peça 113:

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

- a) caso a marca do medicamento indicada na proposta da licitante, no âmbito do Pregão 10/2006 da Funasa, possua correspondente no BPS, adotar como parâmetro de mercado o maior valor disponível (registrado) para a referida marca;*
- b) caso a marca do medicamento indicada na proposta da licitante não possua correspondente no BPS, adotar como parâmetro de mercado o maior valor disponível para o mesmo princípio ativo, independentemente da marca do medicamento eventualmente registrado;*
- c) para cada item de medicamento licitado, considerar a existência de, pelo menos, 4 (quatro) registros no BPS para fim de cômputo do débito, excluindo-se registros relacionados a contratações diretas, isto é, sem prévia licitação;*
- d) em caso de dúvida se o preço registrado no BPS corresponde ao preço unitário do medicamento ou ao valor global da caixa, efetuar diligência;*
- e) os registros tomados como parâmetro não poderão abarcar quantitativos de medicamentos superiores àqueles envolvidos no Pregão 10/2006 da Funasa, condição essa favorável aos responsáveis no que concerne ao cômputo do débito, haja vista que aquisições de pequena monta, tendentes a valores maiores, não se beneficiam do ganho de escala;*
- f) utilizar os preços do BPS como parâmetro para imputação de débito se, e somente se, os valores extraídos do banco de preços forem superiores aos praticados pela própria Funasa nos contratos decorrentes dos dois pregões contemporâneos mencionados nos autos;*
- g) levando-se em conta que os distribuidores trabalham com margem média de lucro em torno de 15% sobre o preço de fábrica, conclusão extraída do voto condutor do Acórdão nº 95/2007-Plenário, os preços registrados no BPS praticados por fabricante/laboratório (e não por distribuidor) deverão ser acrescidos do referido percentual.”*

40. Friso também que o edital do certame previu a entrega dos medicamentos em Brasília, cuja condição de região central reduz eventuais custos de fretes incorridos pelos contratados e afasta as alegações de impropriedade de utilização do BPS ou dos dados de outras aquisições governamentais por conta do fator geográfico.

41. Por fim, convém mencionar que a Funasa comprou alguns medicamentos com valores superiores em até 3.200% aos praticados no âmbito da Administração Pública, considerando-se os maiores valores registrados no Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS). No volume total das compras efetuadas pela Funasa nas três empresas, ocorreu superfaturamento nos três contratos da ordem de até 200% dos preços de mercado. Portanto, as discrepâncias observadas são extremamente significativas e deveriam ter sido detectadas pelos gestores responsabilizados.

42. Concluo este tópico enfatizando que, caso não fosse utilizado absolutamente nenhum parâmetro do BPS na análise do sobrepreço, os valores percentuais dos danos seriam seguramente ainda mais expressivos. Com base em contratações similares realizadas logo em seguida pela Funasa, seriam observados os seguintes percentuais de sobrepreço:

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

43. Tanto no caso apreciado pelo Acórdão 136/2022-Plenário, mencionado pelo Ministro Antonio Anastasia, no qual foi afastada a incidência retroativa da Súmula 253/2010 para balizar a taxa de BDI diferenciada nos fornecimentos havidos em contrato assinado em 2004, como no caso ora em apreciação, entendo que o princípio da segurança jurídica, insculpido no art. 24 da LINDB, está sendo invocado de forma equivocada.

44. Não existe mudança de “orientação geral” de nossa jurisprudência. Ao contrário, as disposições de toda a legislação posta e de vários julgados desta Corte de Contas são no sentido de que os contratos administrativos devem guardar aderência aos parâmetros de mercado e ao princípio constitucional da economicidade.

45. A apreciação dos casos concretos pelo TCU necessariamente precisa estabelecer um conceito daquilo que seja o paradigma de mercado para a contratação examinada, sob pena de se tornarem absolutamente inaplicáveis os dispositivos de diversas leis que tratam da economicidade das contratações públicas, tais como as Leis 8.666/1993, 8.429/1992 e 4.717/1995.

46. Ainda que não exista alguma orientação geral ou ato normativo determinando a metodologia para obter o preço de mercado de algum produto, se não for adotado algum critério, significa vedar o emprego de várias leis em vigor, pois estaríamos negando aplicação a regra legal que impõe a limitação dos preços contratados à referência do mercado.

47. As disposições das Leis 8.666/1993, 8.429/1992 e 4.717/1995 que vedam contratações com preços acima dos de mercado podem ser consideradas normas em branco, que precisam ser complementadas com algum conceito sobre o que seja o preço de mercado.

48. Entendo que o art. 24 da LINDB seria mais bem interpretado em uma situação se antes houvesse vários precedentes do TCU estabelecendo determinados critérios para a obtenção do valor justo de uma contratação e, posteriormente, a orientação de sua jurisprudência fosse alterada de forma a não considerar tais parâmetros adequados, estabelecendo outros critérios para o exame da economicidade da contratação.

49. Dito de outra forma, a orientação geral do ordenamento jurídico brasileiro sempre foi considerar ilegal o ajuste com sobrepreço e de responsabilizar o terceiro que se beneficia dele (art. 16,

§ 2º, da nossa Lei Orgânica). O uso de tabelas referenciais como o BPS é apenas um parâmetro de análise, não representando propriamente uma nova “orientação geral”.

50. Ademais, ainda que o art. 24 da LINDB confira ao particular o direito a não ter o contrato que celebrou com a Administração Pública afetado por mudança posterior de entendimento no âmbito das esferas administrativa, controladora ou judicial, para que esse direito possa ser exercido é preciso que o preço ofertado esteja de acordo com os parâmetros de mercado. Não há como conceber que o particular possa ser beneficiário desse direito subjetivo, tendo oferecido preços em desacordo com o critério da economicidade, bem como participado de uma relação contratual eivada de vícios. Entender de forma contrária é admitir, de maneira implícita, a existência de um direito adquirido ao superfaturamento, o que, sem maiores digressões, soa despropositado.

51. Portanto, não há que se cogitar mudança na orientação geral para avaliação de preços de mercado de medicamentos, pois existem julgados diversos utilizando o BPS como referência de preços, tal como o Acórdão 2.106/2005-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, ou tantos outros, como os excertos apresentados no voto do Ministro Antonio Anastasia. O que me parece é que a jurisprudência do TCU não estava pacificada sobre o tema.

52. Nesse aspecto, ao concluir pelo não cabimento de modulação dos efeitos do Acórdão 7.417/2016-1ª Câmara, a AudRecursos 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; e iv) o entendimento utilizado pelo TCU nos Acórdãos 2.901/2016-Plenário e 7.417/2016-1ª Câmara constituiu marco uniformizador quanto à validade do BPS como referência de preços, e não propriamente uma mutação jurisprudencial sobre o tema.

53. Estou de pleno acordo com tais ponderações da unidade técnica, de forma que acompanho integralmente o exame realizado pela AudRecursos, adotando-o como razões de decidir. Assim, não conheço dos embargos de declaração opostos pelo Sr. Wagner de Barros Campos, por serem intempestivos, bem como conheço e rejeito os demais embargos de declaração, opostos pelos Srs. José Carlos Cativo Gedeão, Eduardo Tarcísio Brito Targino e pelas empresas Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., Unicom Produtos Hospitalares Ltda. e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares S.A.

Feitas essas considerações, voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado:

“9.1. não conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Sr. Wagner de Barros Campos;

9.2. conhecer dos embargos de declaração opostos pelos Srs. José Carlos Cativo Gedeão e Eduardo Tarcísio Brito Targino e pelas empresas Especificarma Comércio de Medicamentos e Produtos Hospitalares Ltda., Unicom Produtos Hospitalares Ltda. e Hospfar Indústria e Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., e, no mérito, rejeitá-los, mantendo inalterado o Acórdão 527/2020-Plenário;

9.3. dar conhecimento deste acórdão aos embargantes, à Fundação Nacional de Saúde, à Procuradoria da República no Distrito Federal e aos demais interessados, informando que a presente deliberação, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, poderá ser obtida no endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos.”

TCU, Sala das Sessões, em 14 de agosto de 2024.



BENJAMIN ZYMLER
Revisor