

VOTO COMPLEMENTAR

De início, cumprimento o nobre Revisor, Ministro Benjamin Zymler, pelas contribuições apresentadas. Nada obstante, opto por manter minha posição, em observância aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, considerando a necessidade de avaliação da realidade fática enfrentada pelo gestor à época dos fatos, conforme preconiza a LINDB.

2. Em leitura atenta das ponderações trazidas no Voto Revisor, verifico que Sua Excelência buscou, no essencial, demonstrar que o *“aspecto fulcral discutido nos autos não [seria] precipuamente o uso do BPS para aferir a regularidade nos preços contratados, mas sim o sobrepreço apontado nos ajustes”*.

3. Defendeu o Revisor que a orientação geral do ordenamento jurídico brasileiro sempre foi considerar ilegal o ajuste com sobrepreço e de responsabilizar o terceiro que se beneficia dele, de modo que o uso de tabelas referenciais como o BPS seria apenas um parâmetro de análise, não representando propriamente uma nova orientação geral, não cabendo, no caso, a invocação do art. 24 da LINDB.

4. Ponderou Sua Excelência, ademais, que, na hipótese de afastamento da utilização do BPS como referência, o superfaturamento na aquisição de medicamentos, no caso concreto, mediante comparação com outras aquisições realizadas pela Administração Pública (Pregões 44/2006 e 32/2007) seguramente seria superior ao quantificado nos autos, agravando a situação dos recorrentes.

5. Com as vênias de praxe, dissinto de tais conclusões.

6. Primeiramente, resgatando os principais eventos processuais havidos nestes autos, verifico que a questão central debatida na presente tce foi a metodologia utilizada para o cálculo do suposto dano ao erário verificado nas contratações decorrentes do Pregão 10/2006 da Funasa.

7. Na apreciação original de mérito da tce, a matéria foi objeto de profundas discussões e de divergências de entendimento entre a unidade técnica, Ministério Público de Contas e Ministros desta Corte, ante a existência de precedentes jurisprudenciais em linhas opostas quanto à confiabilidade e adequabilidade do BPS ou da tabela de preços da CMED como referencial de preços. Ao final, prevaleceu o entendimento do Revisor, Ministro Benjamin Zymler, mediante o Acórdão 2901/2016-Plenário, que veio a ser tornar a decisão paradigma no sentido da validade de utilização do BPS como referencial de preços de medicamentos para fins de cálculo de dano ao erário, 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.

8. É notório que, desde então, as fragilidades apontadas pelo Tribunal em julgados mais antigos foram corrigidas, transformando o BPS, atualmente, em importante e robusto instrumento para obtenção de referência de preços de medicamentos e equipamentos de saúde, reconhecido expressamente na nova Lei de Licitações e Contratos, como bem observou o Revisor.

9. Por outro lado, repito que o cenário que antecedeu a prolação da decisão paradigma era de linhas jurisprudenciais divergentes quanto ao estabelecimento do referencial de preços mais adequado entre aqueles existentes (BPS ou CMED). Conforme destaquei no meu Voto, a partir de um exame mais apurado dos precedentes estudados à época pelas unidades instrutoras, é possível observar que:

a) as deliberações que estimulavam o uso do BPS buscavam muito mais fomentar a alimentação de informações no sistema do que orientar sua utilização como referência de preços para aquisições;

b) as decisões favoráveis à utilização das referências de preços adotadas pela CMED (por exemplo: Acórdão 1437/2007-Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo; Acórdão 1146/2011-Plenário, Rel.

Min. Aroldo Cedraz), possuíam expresso caráter cogente, aplicável à Administração Pública e às unidades técnicas do TCU, com recomendação de orientação aos gestores do SUS para fixação de preços máximos nas aquisições de medicamentos, inclusive para apuração de dano ao erário, ostentando características típicas de orientação geral.

10. Nesse ponto, resgato a seguinte ponderação do Voto Revisor ora apresentado: “*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*”.

11. Salvo melhor juízo, a situação concreta ora examinada se amolda à hipótese mencionada pelo Revisor. Havendo clara sinalização de que houve em momento anterior, mais 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.

12. Sobre as ponderações do Revisor quanto ao conservadorismo do cálculo do suposto débito, que considerou as condições mais favoráveis aos responsáveis, alinho-me à percuciente manifestação da Procuradora-Geral do MPTCU, Dra. Cristina Machado da Costa e Silva, nos autos, que esclareceu que “*a aferição do débito seguiu tendo como parâmetro os preços do BPS, ainda que, no caso, tenham sido acrescidos valores registrados no ComprasNet, de modo que o referencial adotado continua sendo, em essência, o BPS*”, banco de dados considerado falho para fins de imputação de dano à época das contratações.

13. Em relação à comparação com os valores obtidos em outros pregões realizados pela Funasa (Pregões 44/2006 e 32/2007), novamente anuindo ao posicionamento do Parquet, entendo que tais certames não se prestam para caracterizar o sobrepreço em si, visto que constituem elementos futuros, aos quais os administradores que conduziram o Pregão 10/2006 não tinham acesso por ocasião da licitação.

14. Ainda sobre o tema, o MP de Contas bem ressaltou que o pregão em tela foi regularmente precedido de pesquisa de preços junto a sete empresas atuantes no mercado de medicamentos, de modo que os preços obtidos, inferiores ao montante orçado, estavam abaixo daqueles constantes de revista técnicas especializadas contemporâneas ao certame, como a ABCFarma e Brasíndice. Além disso, merece destaque que, embora o registro de preços em exame tivesse potencial de aquisição de volumes grandes de medicamentos, as regras da licitação não obrigavam a Funasa adquirir qualquer quantidade dos medicamentos registrados, não havendo, portanto, qualquer garantia do ganho de escala. Outro fator a ser considerado é que os vencedores deveriam manter o preço por todo o período de validade da ata de registro de preços, com potencial de influenciar as propostas, visto que o mercado de fármacos sofre impactos diretos das variações cambiais.

15. 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 e pelo Revisor.

16. 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.

17. 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.

18. Portanto, na linha dos Pareceres do MPTCU, acolhidos no Voto vencido do Ministro-Relator Vital do Rêgo, 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.

19. Assim, com as mais respeitosas vênias, não identifico nas ponderações trazidas pelo Ministro Benjamin Zymler razões para modificar minha posição nos presentes embargos.

É o complemento que tenho a apresentar, Senhor Presidente.

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

ANTONIO ANASTASIA
Relator