



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DA UNIÃO ESPECIALIZADA VIRTUAL DE AQUISIÇÕES
COORDENAÇÃO

PARECER n. 00001/2021/COORD/E-CJU/AQUISIÇÕES/CGU/AGU

NUP: 00456.000015/2021-52

INTERESSADOS: UNIÃO - 2º BATALHÃO DE ENGENHARIA DE CONSTRUÇÃO - 2º BEC

ASSUNTOS: PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO PÚBLICA. ESTIMATIVA DE CUSTOS. ÁREA DA SAÚDE. BANCO DE PREÇOS DA SAÚDE (BPS). ANÁLISE DE EVENTUAL OBRIGATORIEDADE.

I - A identificação do preço envolve diversos fatores, de modo que a estimativa de custos nas licitações, em regra, apresenta apenas um parâmetro (preço de referência), uma baliza do valor potencialmente apresentado pelo mercado, para o órgão/ente contratante.

II - A oscilação de preços nos medicamentos, insumos e materiais, por conta da pandemia, prejudica ainda mais a manutenção do dogma burocrático que confunde o preço de referência com o preço transacional.

III - Embora a instrução Normativa nº 73/2020 não obrigue a adoção do BPS para a realização da estimativa de custos nas licitações públicas na área de saúde, a qualidade dos preços catalogados, em comparação com outros parâmetros admitidos, indica sim uma inclinação positiva para sua utilização preferencial, não por que seja normativamente obrigatório, mas por ser mais eficiente que outros parâmetros, em contratações por ele abrangidas.

IV - O BPS não possui a capacidade de servir de maneira indefectível como boa baliza para as contratações públicas, notadamente em períodos de grande oscilação, motivo pelo qual sua utilização isolada ou sua definição como preço máximo pode produzir referências destoantes dos preços praticados pelo mercado, no momento da licitação, induzindo licitações desertas ou fracassadas.

V - Eventuais riscos de desvio dos preços buscados no BPS podem ser mitigados com escolha dos filtros adequados no sistema, formação de uma cesta de preços com outras fontes, exclusão de preços inexequíveis ou excessivos, adoção de metodologia adequada e, se for o caso, indicação justificada de um preço máximo superior ao valor de referência identificado.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de solicitação, encaminhada através do Despacho nº 008/2021/CJU-PI/CGU/AGU, para que esta Coordenação da e-CJU/Aquisições se manifeste a respeito de controvérsia jurídica acerca da obrigatoriedade de utilização do Banco de Preços em Saúde (BPS) como referencial ou critério de aceitabilidade para aquisições de medicamentos, em detrimento da utilização da pesquisa de preços nos termos da IN n. 73, de 2020, pela qual, embora o BPS possa ser um dos parâmetros utilizados para a estimativa de custos, sua adoção não possui caráter obrigatório nem condiciona ou impede contratações com valores divergentes ou superiores ao nele registrados.

2. Verifica-se que o Comandante do 2º Batalhão de Engenharia de Construção – 2º BEC, Sr. Marcelo Florentino Borlina, através do Ofício nº 6-PMGU/2ºBEC, encaminhou consulta acerca da obrigatoriedade de utilização do Banco de Preços em Saúde (BPS) como parâmetro nas pesquisas de preços para certames atinentes às aquisições da área de saúde, questionando sobre a possibilidade de utilização da pesquisa de preços nos termos da IN n. 73, de 2020.

3. De acordo com o Ofício nº 6-PMGU/2ºBEC, os pareceres exarados pela CJU/PI, por ocasião da análise de termos editalícios da Organização Militar, vêm solicitando a retificação nas pesquisas de preços dos certames atinentes às aquisições da área de saúde, para que sejam realizadas utilizando como parâmetro o Banco de Preços em Saúde (BPS).

4. Contudo, de acordo com a OM:

"[...] as pesquisas de preços realizadas na atualidade utilizando o BPS vem causando transtornos com potencial de prejuízos a administração castrense e ao próprio interesse público, baliza que o administrador tem o poder-dever de alcançar, pois a guisa de exemplo, os dois pregões assaz mencionados que são de suma importância para assistência à saúde dos pacientes inclusive oncológicos, do sistema SAAMED/FUSEX, tiveram seus itens quase que na sua totalidade desertos pela defasagem do banco de preços".

5. Nesse sentido, a CJU-PI exarou o diligente Despacho nº 008/2021/CJU-PI/CGU/AGU, apontando a existência de posicionamentos divergentes ou ainda lacunosos acerca da utilização obrigatória do Banco de Preços em Saúde (BPS) como referencial para aquisição de medicamentos.

6. Após a exposição de relevante pesquisa, o Ilmo. Dr. Manoel Paz, ilustre colega e Coordenador da CJU-PI, apresentou a conclusão daquela unidade no sentido de que:

"Ora, diante da possibilidade de utilização do sistema para a obtenção de critérios de aceitabilidade diferenciados e da atualização diária dos preços, bem como do compartilhamento de informações com os sistemas de coleta dos preços praticados nas licitações do Governo Federal, esta CJU-PI entende que a utilização do BPS somente poderá ser afastada em caso de demonstrada a inviabilidade de utilização do BPS após valer-se, por exemplo, do preço máximo registrado nesse Sistema, como, menciona o acórdão transcrito. E tal excepcionalidade somente se justificaria em função da prevalência do princípio de preservação da vida que prepondera sobre os demais princípios normativos".

7. Considerando a posição exarada, a existência de entendimentos aparentemente divergentes no âmbito da e-CJU, bem como a disposição do art. 2º da Portaria AGU n. 14, de 23 de janeiro de 2020, não sendo competência da CJU-PI a resolução da questão jurídica posta, o processo foi encaminhado para esta Consultoria Especializada, para manifestação sobre o tema.

8. Recebido o processo, ele foi distribuído pelo Ilmo. Coordenador da e-CJU - aquisições, para emissão de parecer uniformizador sobre o tema.

9. É o breve relatório do processo.

2. DA ANÁLISE JURÍDICA

10. O Banco de Preços da Saúde foi desenvolvido pelo Ministério da Saúde e objetiva permitir uma pesquisa comparativa dos preços de medicamentos e produtos para a saúde em âmbito nacional, reunindo informações de compras da União, estados, municípios e do Distrito Federal.

11. O BPS é um sistema que tem o objetivo de registrar e disponibilizar *online* as informações das compras públicas e privadas de medicamentos e produtos para a saúde. Sua alimentação, pelos estados, municípios e Distrito Federal

tornou-se obrigatória a partir de junho de 2017, em razão de disposição do artigo 3º da Resolução nº 18/2017 da Comissão Intergestores Tripartite (CIT): ministro da Saúde, presidente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde e presidente do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (<https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/consulta-ao-banco-de-precos-em-saude-e-obrigatoria-em-licitacao-de-medicamentos/7121/N>).

12. Trata-se de um sistema que dá transparência e permite o acompanhamento de um mercado que movimenta dezenas de bilhões de reais por ano. A alimentação desses preços permite o estabelecimento de interessantes referências que podem auxiliar milhares de gestores públicos, permitindo a economia de recursos na aquisição de medicamentos e produtos para a saúde no âmbito do SUS.

13. Inexiste dúvida sobre a possibilidade de adoção do BPS como fonte de pesquisa para estimar custos nas contratações públicas na área de saúde. A dúvida, bem suscitada pela Consultoria Jurídica da União no Estado do Piauí, parece estar relacionada à obrigatoriedade de utilização do Sistema.

14. Segundo o órgão do Exército Brasileiro, 2º Batalhão de Engenharia de Construção - 2º BEC, que manifestou-se através do Ofício n. 6-PMGU/2ºBEC, "as pesquisas de preços realizadas na atualidade utilizando o BPS vem causando transtornos com potencial de prejuízos a administração castrense e ao próprio interesse público", tendo em vista que licitações nas quais esses parâmetros foram utilizados, embora "de suma importância para assistência a saúde dos pacientes inclusive os oncológicos, do sistema SAAMED/FUSEX,tiveram seus itens quase que na sua totalidade desertos pela defasagem do banco de preços". O órgão militar ainda pondera que "não há qualquer resquício de dúvida de que com a pandemia do corona vírus houve um aumento razoável nas cifras de preços de bens e serviços e que o BPS encontra-se com preço muito aquém do mercado".

15. O tema é sensível e merece uma análise que transborde a percepção meramente dogmática, notadamente em um período como o atual, em que os preços foram afetados drasticamente pela pandemia COVID-19.

16. Muitos questionam a existência de eventuais falhas de confiabilidade do BPS como parâmetro de mercado, por apresentar preços abaixo ou acima do que seriam os preços de mercado. Essa questão vem sendo tratada há anos pelo Tribunal de Contas da União. O tema foi tratado, por exemplo, ainda no Acórdão nº 1.146/2011-TCU-Plenário, relatado pelo Min. Aroldo Cedraz. Vale a leitura de trechos do julgado:

85. Cumpre esclarecer que o BPS não representa o valor de mercado, mas sim, o preço de uma venda ao mercado, que pode ser baixo ou alto. O preço ali inserido pode ser muito bom ou muito ruim, podendo representar uma parcela infinitamente pequena do mercado. Por esse motivo, adotar os valores inseridos no Banco de Preços em Saúde como parâmetro para as compras governamentais pode vir a se tornar um risco, na medida em que esses valores possam também representar o valor de aquisição mais elevado.

86. De acordo com Elias Antônio Jorge, ainda que todo o setor público alimentasse o BPS, não seria possível obter o preço de mercado, mas apenas o preço de compras do setor público. Além disso, há o risco de se construir parâmetros muito piores de aquisição, caso ocorra situação em que determinado preço de compras do setor público seja originariamente muito ruim (considerando que as compras realizadas pelos governos são piores em termos de preços do que as do setor privado) e se, sobre esse preço originariamente ruim aceito como referência, ainda for calculada qualquer sobretaxa, quer seja de 17% (dezessete por cento), 18% (dezoito por cento) ou de 20% (vinte por cento), dar-se-ia margem à prática de preços ainda mais antieconômicos.

87. Nesse sentido, há que se considerar com cuidado a utilização do Banco de Preços como referência, haja vista esse Banco não contemplar um grande volume de compras e não refletir a realidade das aquisições, tanto quanto os valores alimentados no âmbito da CMED. O BPS poderia até representar o universo das aquisições de governo, mas não traduz as aquisições privadas. Existem compradores não públicos que alimentam o Banco de Preços, mas de forma não representativa.

[...]

89. Ao se comparar os preços constantes nos bancos de dados da CMED com os preços de aquisição inseridos no Banco de Preços em Saúde (BPS), verifica-se que há risco de que os valores inseridos no BPS signifiquem uma péssima referência, por representar o valor de aquisição mais elevado. Como

exemplo dessa afirmação, foi mencionada situação em que os valores inseridos no BPS para determinado medicamento estivessem em torno de R\$ 0,17 (dezessete centavos) e, também, em torno de R\$ 0,90 (noventa centavos) por comprimido. Dessa forma, não há garantias de que o valor que foi inserido no BPS signifique, realmente, a melhor referência.

V. CONCLUSÃO

[...]

94. Entende-se, ainda, que nada impede que o Banco de Preços em Saúde (BPS) seja também consultado. No entanto, dadas as limitações do BPS, há o risco de que determinado critério estabelecido unicamente com base nos valores ali inseridos não seja, de fato, a melhor referência. De qualquer forma, é preciso implementar medidas no sentido de fortalecer o Banco de Preços e de conscientizar os gestores acerca da importância de sua alimentação. O Banco precisa de mais informações, caso venha a ser considerado para a fixação de um critério. (grifos nossos)

17. Naquele julgado, o TCU fez uma análise da adequação do BPS como referencial, em avaliação comparativa com a tabela CMED, compreendendo que esta seria mais adequada, porque o BPS poderia "induzir a contratações mais caras, menos vantajosas para o Estado".

18. Essa análise comparativa, por outro lado, não afastou a validade do BPS como referência válida. O TCU, em diversos Acórdãos, pontuou que o Banco de Preços em Saúde (BPS) é válido como referencial de preços de mercado. Neste sentido:

O Banco de Preços em Saúde (BPS) é válido como referencial de preços de mercado na aquisição de medicamentos, diferentemente da tabela da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (Cmed), uma vez que os preços da Cmed são referenciais máximos que a lei permite a um fabricante de medicamento vender o seu produto, o que não se confunde com os preços praticados no mercado **(Acórdão 10531/2018 Primeira Câmara - Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler)**.

É válida a utilização do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS) como referência de preços de medicamentos para fins de quantificação de sobrepreço e superfaturamento, desde que balizada por critérios adequados, que aproximem a pesquisa à contratação analisada **(Acórdão 1229/2020 Primeira Câmara - Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Bruno Dantas)**.

19. Da mesma forma ocorreu no Acórdão 527/2020, do Plenário do TCU, bem indicado pelo DESPACHO N. 008/2021/CJU-PI/CGU/AGU.

É válida a utilização do Banco de Preços em Saúde do Ministério da Saúde (BPS) como referência de preços para aquisição de medicamentos e, conseqüentemente, para fins de quantificação de superfaturamento e sobrepreço, desde que balizada por critérios adequados, que aproximem a pesquisa à contratação analisada **(Acórdão 527/2020 Plenário - Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Bruno Dantas)**.

20. No referido julgado, o Ministro Relator ressaltou 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". Em razão dessa questão, avaliou que boa parte das fragilidades existentes no BPS, notadamente em julgados mais antigos, foram ou poderiam ser superadas com a adequada utilização da ferramenta, em sua configuração atual. Vale a transcrição de trecho de seu voto:

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.

(...)

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.

21. Correta a conclusão do Ministro, no sentido de que o BPS pode ser uma referência de preços para a aquisição de medicamentos. Concordamos integralmente com essa conclusão. Desde outrora já fora assentado pelo TCU que “se empregado da forma adequada, a utilização do BPS como referência de preços é plenamente válida e desejável, seja pelo gestor público, para balizar o preço de suas contratações, seja pelo TCU ou por outros órgãos de controle, para avaliar a economicidade dos contratos” (**voto do Ministro Redator Benjamin Zymler, no Acórdão 2.901/2016-TCU-Plenário**).

22. Contudo, a questão peculiar do presente processo envolve a definição de uma obrigatoriedade na adoção dos preços catalogados no BPS, como parâmetros para as licitações públicas realizadas e como referência máxima autorizadora dessa contratação. Em relação a essas premissas, temos ponderações a acrescentar.

23. Na verdade, pesquisa de preços ou estimativa de custos é um tema deveras tormentoso na prática das contratações públicas brasileiras. Possivelmente porque, ao estimar custos, o agente público que representa a Administração é induzido a adotar métodos pouco flexíveis e muito burocráticos, através de metodologia comparativa simplista, buscando identificar algo extremamente dinâmico e flexível, que é o preço.

24. Há de se perguntar: o que determina os preços? Segundo a teoria geral dos preços e da microestrutura de mercado, os preços são estabelecidos pela intersecção entre as curvas de oferta e demanda para um determinado bem. Mas como se determinam essas curvas? Elas são estáveis? Aqui é onde residem os maiores desafios. De forma surpreendente, a teoria econômica apresenta poucas respostas a essa questão que é ponto inicial de investigação da teoria da microestrutura de mercado (NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Pesquisa de preços nas contratações públicas, em tempos de pandemia. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/pesquisa-de-precos-nas-contratacoes-publicas-em-tempos-de-pandemia/> Acesso em: 10/03/2021, às 17:45).

25. O que torna ainda mais complicado este quadro é a constatação de que há certa incompreensão dos órgãos de normatização e de controle, justamente, sobre o caráter dinâmico que é característico ao preço. Tal falha é demonstrada pela voluntariosa pretensão de que o formato burocrático de estimativa de preços seja uma fonte plenamente fidedigna a definir o preço de contratação, notadamente em períodos de extraordinária oscilação; o que é uma presunção equivocada. Mesmo para os melhores juristas, como advertiu Mackaay e Rosseau, a relação entre o preço de um bem, seu valor e seu custo representa um problema, sendo um equívoco imaginar que o valor de um bem, definido em uma troca, possa ser mensurado “senão à luz de um acordo livremente aceito pelas partes, cada um levando em consideração as outras opções possíveis”.(MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.p. 117/119).
26. Fatores como escassez e abundância são muito mais importantes para sua definição do que valores nobres, morais ou mesmo a importância vital do objeto, podendo não ser eficientemente identificados pela forma burocrática de estimar custos, através de metodologia comparativa.
27. Isso tudo contribuiu para que a “pesquisa de preços” tenha se tornado um gargalo na condução dos certames, merecendo detida reflexão e construção de propostas para aperfeiçoamento das rotinas até então estabelecidas. Em períodos de pandemia, a preocupação com o formato tradicional de estimar os custos ainda se exaspera, tendo em vista fragilidades inerentes ao período excepcional vivenciado.
28. O fundamento lógico-econômico para a obrigatoriedade das pesquisas de preços, nas licitações, é reduzir a assimetria de informação entre o agente (servidor responsável pela contratação) e o principal (ente público). Assim, com uma pesquisa de preços bem feita, é possível - em regra - registrar, através de uma amostra, a situação aproximada do mercado. Outrossim, como o processo de contratação passará pelo escrutínio de órgãos de controle, a pesquisa também serve de sinalização sobre o bom comportamento do agente público responsável e seu respeito ao preço de mercado (NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Pesquisa de preços nas contratações públicas, em tempos de pandemia*. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/pesquisa-de-precos-nas-contratacoes-publicas-em-tempos-de-pandemia/> Acesso em: 10/03/2021, às 17:45).
29. De qualquer forma, é fato que, nas contratações públicas brasileiras, a realização da estimativa de custos tem se tornado um gargalo burocrático; seja pelo custo de sua realização, seja pela imprecisão do resultado alcançado.
30. Importante frisar que ao realizar uma pesquisa de preços ou estimativa de custos, a Administração não conseguirá o preço transacional. Ela deve buscar reduzir a assimetria de informação e alcançar uma baliza para sua contratação, definindo um parâmetro ou limite de sua valoração inicial, o que não se confunde com o preço da troca, o qual poderá sofrer influências de fatores objetivos e subjetivos impactantes no momento do certame ou da contratação.
31. Com a pandemia COVID-19, a incidência desses fatores objetivos e subjetivos se ampliaram, notadamente em relação a alguns medicamentos, aparelhos e insumos da saúde. Uma das grandes dificuldades enfrentadas pelo gestor público, nas contratações em tempos de pandemia, é “justificar os preços estimados para a contratação emergencial, mediante a dispensa de licitação ou por meio de pregão, nos termos da Lei nº 13.979/2020”, tendo em vista que “determinados objetos tiveram variações abruptas de preços, durante o período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN” (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses; JACOBY FERNANDES, Murilo; TEIXEIRA, Paulo; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito provisório e a emergência do coronavírus*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 84).
32. A oscilação de preços nos medicamentos, insumos e materiais, por conta da pandemia, prejudica ainda mais a manutenção do dogma burocrático que confunde o preço de referência com o preço transacional. Túlio Barbosa indica ser fundamental perceber que o preço de referência se diferencia do preço de mercado e do efetivo preço transacional, já que é neste último que certos elementos reais são agregados para sua definição:

Entender a diferença entre preço de mercado, preço transacional e preço de referência é muito importante para definir objetivos. O preço de mercado de um bem ou serviço tende sempre para o seu preço de equilíbrio, onde as intenções de compra igualam as intenções de venda, podendo ter tendência de alta ou baixa em função da oferta e da demanda.

O preço transacional, soma ao conceito do preço de mercado a carga da negociação e fatos reais para se concretizar a compra. Já definição de preço de referência, não carrega em si conceito do preço de mercado, a carga da negociação ou mesmo fatos reais para concretização a compra, contudo, se utiliza de técnicas estatísticas, além de outras disciplinas que possam ser necessárias, fundamentadas no objetivo único de servir de parâmetro à tomada de decisão, ou seja, o preço referencial é uma unidade estimada a partir de premissas. (BARBOSA, Túlio. Preços para licitações públicas. IN TORRES, Ronny Charles L. de. Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. P. 149-164.)

33. Em outras palavras, a identificação do preço envolve diversos fatores, de modo que a estimativa de custos nas licitações, em regra, apresenta apenas um parâmetro (preço de referência), uma baliza do valor potencialmente apresentado pelo mercado, para o órgão/ente contratante. O momento vivenciado no mercado específico, o câmbio, a situação subjetiva do fornecedor (que influencia seu interesse na contratação), situação subjetiva do órgão/ente contratante perante o mercado (como tradicional “pagamento tardio” feito pela Administração ou até a incerteza sobre o adimplemento), além do nível de competitividade do certame e diversos outros fatores afetam o custo da contratação e não são precisamente apurados na estimativa de custos (TORRES. Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 10ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 657/658).

34. Via de regra, a pesquisa de preços nas licitações públicas pretende identificar o preço de referência, para determinada contratação. É ilusório imaginar que ela, no mais das vezes, encontrará exatamente o preço transacional ou mesmo o propalado preço justo da contratação. A função dessa pesquisa é apresentar um parâmetro, uma referência necessária à valoração pelo poder público, elemento importante para a definição do preço contratado. Assim, a precificação envolve diversos fatores e a estimativa de custos nas contratações públicas, em regra, indica um parâmetro (preço de referência), uma baliza do valor potencialmente apresentado pelo mercado, que deve ser definida com inteligência e cuidado técnico, sem a fantasiosa presunção de que um preço catalogado de outra contratação necessariamente irá se repetir numa outra.

35. Por outro lado, na área da saúde, entre os preços a serem comparados ou utilizados para a definição do valor de referência, sem dúvida, os catalogados pelo BPS apresentar menor risco de desvirtuamento do que outros parâmetros, como a cotação de preços direta a fornecedores, mais suscetível a desvios oportunistas (*moral hazard*).

36. Enfrentando esse desafio de identificar o preço de referência, realizando a estimativa de custos da contratação, o Poder Executivo Federal tem admitido a utilização de diversos parâmetros, nas normatizações sobre o tema. A mais recente delas, a Instrução Normativa nº 73/2020, aprovada pela a a Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, admitiu que a definição do preço de referência adotasse os seguintes parâmetros:

- consulta ao Painel de preços;
- aquisições e contratações similares de outros entes públicos;
- dados de pesquisa;
- pesquisa direta com fornecedores.

37. O normativo define que a consulta ao Painel de preços e as aquisições e contratações similares de outros entes públicos deverão ser os parâmetros adotados prioritariamente. Vale a transcrição do dispositivo:

Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:

I – Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico gov.br/paineldeprecos, desde que as cotações refiram-se a aquisições ou contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

II – aquisições e contratações similares de outros entes públicos, firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

III – dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6

(seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso; ou

IV – pesquisa direta com fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que os orçamentos considerados estejam compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório.

§1º Deverão ser priorizados os parâmetros estabelecidos nos incisos I e II.

38. O BPS pode ser considerado como enquadrado nos incisos II ou III, tendendo a ser melhor classificado neste último inciso. Pela leitura do normativo, não há obrigatoriedade de adoção do BPS para a realização da estimativa de custos nas licitações públicas.

39. Porém, a importância e a qualidade dos preços catalogados pelo BPS, em comparação com outros parâmetros admitidos, indica sim uma inclinação positiva a sua utilização; não por que seja normativamente obrigatório, mas por ser mais eficiente que outros parâmetros, em contratações por ele abrangidas.

40. Importa observar, contudo, que, mesmo elogiando-se o BPS como parâmetro, é uma ilusão imaginar que ele isoladamente pode servir de maneira infalível como boa baliza para as contratações públicas, notadamente em períodos de grande oscilação, algo vivenciado de maneira evidente no período de enfrentamento à pandemia do coronavírus. A utilização isolada do BPS pode produzir preços destoantes dos praticados pelo mercado, no momento da licitação, induzindo licitações desertas ou fracassadas.

41. Como bem adverte a própria Instrução Normativa nº 73/2020, é importante lembrar que os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados. Ademais, uma forma de evitar que eventual fragilidade de uma fonte prejudique a estimativa de custos, é a formação de uma "cesta de preços", conforme desde outrora adverte o TCU:

As estimativas de preços prévias às licitações devem estar baseadas em cesta de preços aceitáveis, tais como os oriundos de pesquisas diretas com fornecedores ou em seus catálogos, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos, sistemas de compras (Comprasnet), valores registrados em atas de SRP, avaliação de contratos recentes ou vigentes, compras e contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes. *Acórdão 2637/2015-Plenário, TC 013.754/2015-7, relator Ministro Bruno Dantas, 21.10.2015.*

42. A ideia da cesta de preços é que a busca pelo preço referencial seja realizada com amplitude suficiente, proporcional ao risco da compra, a fim de que o balizamento seja fundamentado nos preços praticados pela Administração Pública (BRASIL, Franklin. Preço de referência em compras públicas. Disponível em encurtador.com.br/mpEFS. Acesso em 10/03/2021, às 21:45).

43. Uma maior amplitude, com fontes diversificadas, mitiga os riscos de desvio na fonte de pesquisa. Por isso, inclusive, a IN 73/2020 define a possibilidade de adoção, como métodos de obtenção do preço estimado, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desconsiderados os valores inexequíveis, inconsistentes e os excessivamente elevados, o que denota a necessidade de que os preços coletados sejam analisados de forma crítica.

44. Além disso, percebendo a flexibilidade dos preços, notadamente pela experiência vivenciada no ano de 2020, a IN 73/2020, além de definir diversos parâmetros e metodologias aptas ao delineamento do preço de referência, admitiu expressamente, e esta foi uma grande evolução normativa, que, para mitigar os riscos de que o preço de referência não representasse adequadamente o preço de mercado, pudesse ser fixado um preço máximo diferente do estimado.

Art. 10. O preço máximo a ser praticado na contratação poderá assumir valor distinto do preço estimado na pesquisa de preços feita na forma desta Instrução Normativa.

§ 1º É vedado qualquer critério estatístico ou matemático que incida a maior sobre os preços máximos.

§ 2º O preço máximo poderá ser definido a partir do preço estimado na pesquisa de preço, acrescido ou subtraído de determinado percentual, de forma justificada.

§ 3º O percentual de que trata o § 2º deve ser definido de forma a aliar a atratividade do mercado e a mitigação de risco de sobrepreço.

45. Assim, além do preço de referência identificado pela estimativa de custos, é possível a definição de um preço máximo, que representará o limite que a administração se dispõe a pagar por determinado objeto, levando-se em consideração o preço estimado, os aspectos mercadológicos próprios à negociação com o setor público e os recursos orçamentários disponíveis.

46. Vale lembrar que, para vários medicamentos e insumos, a Tabela CMED pode servir como referencial válido para a contratação, definindo o preço teto, embora a existência não afaste a necessidade de realização de estimativa de custos para buscar um valor referencial adequado, conforme sedimentado pelo PARECER n. 00019/2019/DECOR/CGU/AGU.

47. Assim, importante salientar que eventuais riscos de desvio dos preços buscados no BPS podem ser mitigados com escolha dos filtros adequados no sistema, formação de uma cesta de preços com outras fontes e, se for o caso, adoção justificada de um preço máximo superior ao valor de referência identificado.

48. Nessa feita, embora não seja normativamente obrigatória a adoção sempre do BPS para a estimativa de custos nas contratações de saúde, é recomendável sua utilização, tendo em vista a qualidade dos dados catalogados. Sua adoção não afasta a formação de uma cesta de preços, com adoção de outras fontes, nem mesmo a definição justificada de um preço máximo superior ao identificado no Sistema.

3. CONCLUSÃO

49. Diante do exposto, apresentamos em conclusão as seguintes premissas, as quais submetemos ao crivo desta Coordenação, para fins de uniformização de entendimentos

50. A identificação do preço envolve diversos fatores, de modo que a estimativa de custos nas licitações, em regra, apresenta apenas um parâmetro (preço de referência), uma baliza do valor potencialmente apresentado pelo mercado, para o órgão/ente contratante.

51. A oscilação de preços nos medicamentos, insumos e materiais, por conta da pandemia, prejudica ainda mais a manutenção do dogma burocrático que confunde o preço de referência com o preço transacional.

52. Embora a instrução Normativa nº 73/2020 não obrigue a adoção do BPS para a realização da estimativa de custos nas licitações públicas na área de saúde, a qualidade dos preços catalogados, em comparação com outros parâmetros admitidos, indica sim uma inclinação positiva para sua utilização, não por que seja normativamente obrigatório, mas por ser mais eficiente que outros parâmetros, em contratações por ele abrangidas.

53. O BPS não possui a capacidade de servir de maneira indefectível como boa baliza para as contratações públicas, notadamente em períodos de grande oscilação, motivo pelo qual sua utilização isolada ou sua definição como preço máximo pode produzir referências destoantes dos preços praticados pelo mercado, no momento da licitação, induzindo licitações desertas ou fracassadas.

54. Eventuais riscos de desvio dos preços buscados no BPS podem ser mitigados com escolha dos filtros adequados no sistema, formação de uma cesta de preços com outras fontes, exclusão de preços inexequíveis ou excessivos, adoção de metodologia adequada e, se for o caso, indicação justificada de um preço máximo superior ao valor de referência identificado.

À consideração superior.

João Pessoa, 11 de março de 2021.

RONNY CHARLES LOPES DE TORRES
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00456000015202152 e da chave de acesso 5ebfdafc

Documento assinado eletronicamente por RONNY CHARLES LOPES DE TORRES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 589233868 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RONNY CHARLES LOPES DE TORRES. Data e Hora: 11-03-2021 09:02. Número de Série: 58639075122848610471040938922. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
