

IMPORTANTE



URGENTE



**ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA**

PARECER PGE/PA Nº 052/2009

PROCESSO PGE Nº 2009.019.005611-7

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE

**ASSUNTO: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DIRETA
DE MEDICAMENTO - HIPÓTESE DO ART. 25, I, DA LEI Nº
8.666/93**

Procuradoria-Geral do Estado

Parecer PGE/PA Nº 052/2009

APROVADO

Encaminhe-se a SESA/CRE

Em 18/07/2009

Maria de Nazaré de F. Lamber
Procuradora-Geral do Estado

I - RELATÓRIO

Versam os autos acerca de solicitação expedida pelo Secretário de Estado de Saúde, por meio do Ofício/Gab/Nº 914/2009 (fl. 66), para que esta Procuradoria-Geral analise a possibilidade de contratação direta por dispensa de licitação, com base no in. V, do art. 24 da Lei nº 8.666/93, a empresa Hosp-Log Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., para a aquisição de duas caixas do medicamento SUNITINIB (SUTENT), 50mg, correspondente a três meses de tratamento, a fim de atender um paciente que se encontra em estado grave de saúde, uma vez que o tratamento quimioterápico não apresentou o resultado esperado (fls. 02 e 12), no valor de R\$ 29.786,44 (vinte e nove mil setecentos e oitenta e seis reais e quarenta e quatro centavos).

Anexos à solicitação acima referenciada constam a Justificativa do pedido de contratação direta, a indicação do medicamento em falta nas Unidades de Saúde do Estado (fls. 12/13), bem como, a quantidade necessária para atender o período do tratamento (fl.02).

Maria de



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Compulsando os autos, verifica-se que foi realizado procedimento licitatório, Pregão Presencial para Registro de Preços nº 191/2008, no qual o item 49, especificação “Malato de Sunitinibe 50mg” foi considerado prejudicado em razão dos valores cotados estarem acima do orçamento pela SESACRE (fls. 15/22 e 23/24v).

A Gerente do Departamento de Compras da Secretaria de Estado de Saúde apresenta, às fls. 06/11, a proposta comercial para a venda do medicamento, que tem como princípio ativo “malato de sunitinibe” comercializado como SUTENT, assinada pela Srª Elayne Cristina Santana da Silva Melo, representante da Empresa Hosp-Log Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., conforme Procuração Pública de fl. 50 e v., em papel timbrado com o nome de fantasia da referida Empresa. Observa-se no Mapa Comparativo de Preço (fl. 11), assinado pela Sra. Josicléia F. da Silva, do Setor de Compras, bem assim, a Declaração nº 658/08 emitida pela SINDUFARMA – Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo (fl. 14), que a Empresa supra é fornecedora exclusiva do medicamento.

Os autos vieram instruídos com os documentos indicados no Check List de fls. 67/68 (sem assinatura do servidor que o preencheu).

É o relatório. Passo a opinar.

II - FUNDAMENTAÇÃO

A SESACRE, por sua Assessoria Jurídica, às fls. 59/65 fundamenta o pedido de contratação com base no inc. V do art. 24 da Lei nº 8.666/93. Ao se verificar as peças do procedimento licitatório que foram juntadas a estes autos (fls. 15/23e v.), o “prejuízo” do certame para o item 47 (malato de sunitinibe cmp 6.000), se deu “em razão dos valores cotados estarem acima do orçamento pelo órgão”.

Conferindo o valor da medicação na proposta de fl. 10 deste pedido de contratação direta e em outras pesquisas realizadas, verifica-se que são muito díspares os valores em relação ao que consta da Planilha de fl. 23, o que enseja um estudo do caso, por parte da SESACRE, acerca de suas planilhas orçamentárias e os preços de mercado.

Esta situação nos leva a concluir que o enquadramento da situação aos termos do art. 24, inc. V, da Lei nº 8.666/93 não é a melhor das hipóteses à contratação, diante da presença de interessados à licitação, que não teve bom termo em face da disparidade do preço cotado no Anexo I do Termo de Referência do Pregão Presencial para Registro de Preço nº 191/2008, sem que a Administração comprove que realmente seu orçamento está condizente com o praticado no mercado.

M. A. S. S.



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



Diante de tais premissas e considerando a documentação carreada aos autos, que consoante já delineado no relatório acima, o medicamento que se pretende comprar tem representante comercial exclusivo para a nossa região (fl. 14), a contratação pretendida configura hipótese de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25, inc. I da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de contratação, em especial:

I – para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes. (Grifo nosso)

Quanto à questão da exclusividade da comercialização, o Prof^o. Hely Lopes Meirelles¹ faz a seguinte distinção:

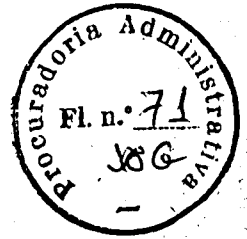
Há que distinguir, todavia, a exclusividade industrial da exclusividade comercial. Aquela é a do produtor privativo no país: esta é a dos vendedores e representantes na praça. Quando se trata de produtor não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas. Quando se trata de vendedor ou representante comercial já ocorre a possibilidade de existirem vários no país, neste caso, considera-se a exclusividade na praça de comércio que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade comercial está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor, ou do representante do produtor. (Grifo nosso)

Consoante o documento de fl. 14 dos autos – Declaração nº 658/08, do Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo – SINDUSFARMA, a Empresa Laboratórios Pfizer Ltda. é a fabricante exclusiva do medicamento SUTENT (malato de sunitinibe – 12,5 mg, 25 mg e 50 mg com 28 cápsulas), sendo a Empresa Hosp-Log Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., “autorizada a

¹ Direito Administrativo Brasileiro. 26ª edição, Editora Malheiros, p. 267.



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



comercializar exclusivamente, nos Órgãos Públicos e Privados de Todo o Território Nacional, exceto no Distrito Federal, o produto abaixo mencionado."

Considerando o orçamento da contratação (R\$ 29.786,44), vê-se que seu valor está compreendido no valor para a modalidade convite, o que levar-se-á em consideração para a exclusividade a praça de comércio que abranja a localidade da licitação, no caso, o Município de Rio Branco. Assim, considerando a exclusividade de comercialização da Empresa acima (o Território Nacional, exceto o Distrito Federal), para o medicamento, a Administração Estadual desta haverá de adquiri-lo diretamente.

Quanto ao medicamento, segundo a justificativa de fl. 12, trata-se "de medicamento não padronizado pelo Ministério da Saúde, portanto, não integra a lista de dispensação", ou seja, não é fornecido pelo Sistema Único de Saúde.

Em que pese ainda não integrar o rol de medicamentos do SUS, o remédio é apontado "como uma nova opção de tratamento de pacientes com tumor do estroma gastrointestinal (GIST), um câncer raro de estômago, e para tratamento de tumores renais avançados. É a primeira vez que o FDA² aprova um medicamento oncológico para duas indicações simultâneas." (fl. 03).

Vê-se que o Estado já abraçou a opção de fornecer o medicamento aos pacientes que vierem dele necessitar, conforme a sua indicação (item 47) na lista de medicamentos do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 191/2008 (fls. 15/24).

Corroborando a decisão acertada do Estado em fornecer o medicamento, a responsabilidade que lhe é atribuída pelo Texto Constitucional quando expressamente dispõe:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

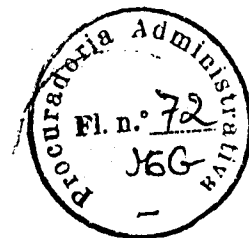
A ordem constitucional vigente tutela ainda o direito à vida (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), do qual o direito à saúde é corolário.

Sendo assim, para garantir o direito fundamental à vida das pessoas o Estado deve assegurar proteção à saúde, inclusive através do fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento dos enfermos.

² FDA – Food and Drug Administration (fl. 14 dos autos – Justificativa Técnica)



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



Verifica-se que o bem em ponderação tem valor imensurável, o direito à vida, pois as doenças de que são portadores os pacientes de carcinoma metastático de células renais (CMCR) e de tumor estromal gastrointestinal (GIST) são graves, contra as quais os médicos precisam contar com todos os medicamentos existentes, independentemente de constarem em listas oficiais, preparadas e alteradas após longo lapso de tempo, em virtude da burocracia estatal, tempo esse que os enfermos não podem aguardar, sob pena de perderem a vida.

Considerando que, embora a União, os Estados e os Municípios sejam solidariamente responsáveis pelo funcionamento do Sistema Único de Saúde (artigo 196 da CF e artigo 9º da Lei nº 8.080/90), na hipótese de aquisição de medicamento de dispensação excepcional, como no presente caso, em que se pretende o fornecimento de medicação para tratamento de câncer, a responsabilidade incumbe exclusivamente à União e ao Estado, a teor do que dispõe o artigo 27, § 1º, da Portaria 204/GM/07³, vejamos:

Art. 27. O Componente Medicamentos de Dispensação Excepcional – CMDE destina-se ao financiamento de Medicamentos de Dispensação Excepcional, para aquisição e distribuição do grupo de medicamentos, conforme critérios estabelecidos em portaria específica.

§ 1º O financiamento para aquisição dos medicamentos do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional é de responsabilidade do Ministério da Saúde e dos Estados, conforme pactuação na Comissão Intergestores Tripartite - CIT.

A jurisprudência corrobora esse entendimento:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE.

1. É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e

³ Disponível em <http://www.portal.saude.gov.br>. Acesso em: 07 julho 2009.



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda.

2. É firme o entendimento nesta Corte de que é possível a fixação pelo juízo, de ofício ou a requerimento da parte, de multa contra a Fazenda Pública pelo inadimplemento de obrigação de fazer.

3. A proibição da antecipação de tutela contra o Poder Público deve ser abrandada, diante da supremacia do direito à vida, à igualdade e à justiça assegurados pela Constituição Federal.

(TRF da 4ª Região - 3ª Turma - AG nº 2006.04.00.026262-8 - Relatora Juíza Convocada Vânia Hack de Almeida - decisão unânime - DJU 22/11/2006, p. 487).

Portanto, o Estado está acobertado pela legalidade para o fornecimento do medicamento de dispensação excepcional conforme Portaria supra, como o é o caso do “Malato de Sunitinibe”, comercialmente denominado SUTENT - tanto é verdade que o tratamento aos pacientes portadores de carcinoma metastático de células renais (CMCR) e de tumor estromal gastrointestinal (GIST) é disponibilizado pela rede pública estadual, especificamente nas dependências do Hospital do Câncer do Acre - UNACON, conforme se depreende à fl. 04 dos autos.

Nesse prisma, o dever do Estado de garantir a saúde é uma das balizas constitucionais do Estado moderno. A atenção à saúde deve pautar a conduta da Administração Pública, fazendo com que esta envide esforços para a melhoria dos serviços ofertados à população.

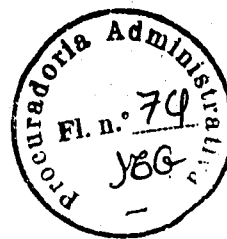
Diante da relevância, em respeito aos direitos fundamentais à vida e à saúde, garantidos constitucionalmente, posto que essencial à manutenção da saúde e à preservação da vida dos pacientes, entendo que não poderia a SESACRE adotar outra providência que não a contratação da única empresa que detém o fornecimento do medicamento “Malato de Sunitinibe”, comercialmente denominado SUTENT, uma vez que restou demonstrado nos documentos de fls. 12/14, que, até o presente momento, não existe no mercado outra(s) empresa(s) que se qualifique(m) como fornecedor ou fabricante de produto similar, corroborando, ainda mais, a exclusividade do fornecimento em Território Nacional, e por conseguinte, da comercialização.

Portanto, entendo que a contratação da empresa Hosp-Log Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., por inexigibilidade de licitação, é a providência que mais se amolda ao interesse público, razão pela qual opino pela sua possibilidade.

Consoante se observa à fl. 57, as despesas com a contratação em comento serão suportadas com recursos do Programa de Trabalho: Manutenção e



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



Conservação das Unidades de Saúde 721.607.21750000; Elemento de Despesa 33.90.30.00; recursos próprios; no valor de R\$ 29.786,44 (vinte e nove mil setecentos e oitenta e seis reais e quarenta e quatro centavos).

Quanto à habilitação da futura contratada, da análise dos documentos trazidos aos autos, temos as seguintes considerações:

a) Quanto aos requisitos do art. 26:

1. justificativa da inexigibilidade: presente, conforme manifestação de fls. 12/13;

2. razão da escolha do fornecedor: presente, consoante fls. 12/13 e Declaração de Exclusividade fornecida pelo SINDUSFARMA acostada à fl. 14, comprovando que a Hosp-Log Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., é a única autorizada pela Empresa LABORATÓRIOS PFIZER LTDA., para distribuir aos Órgãos Públicos e Privados de todo o Território Nacional o produto SUTENT.

3. justificativa do preço: ausente. Quanto a este, orienta-se à SESACRE que verifique os preços praticados pela futura contratada com outros órgãos públicos, para aferir se a empresa está ofertando preço compatível com o que vem praticando no mercado.

b) Quanto à habilitação jurídica:

1. ato constitutivo: presente em cópia autenticada (fls. 25/33).

c) Quanto à qualificação técnica:

1. comprovação de aptidão fora efetuada mediante declaração de fl. 48, atestando que a empresa já efetivou serviços para outros órgãos públicos.

d) Quanto à qualificação econômico-financeira:

1. balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social: considera-se ausente, posto que fora apresentado o do exercício de 2007;

2. certidão negativa de falência, concordata e recuperação judicial expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica: presente - vencida em 30/04/2009 (fl. 47).

Assinado



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

e) Quanto à regularidade fiscal:

1. prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ): presente (fl. 34): presente;

2. prova de regularidade para com a Fazenda Federal: presente Certidão Conjunta Negativa (fl. 39);

3. prova de regularidade para com a Fazenda Estadual: O documento de fl. 35 precisa ser atualizado, uma vez que a consulta à Secretaria de Fazenda do Distrito Federal foi realizada em 14.01.2009. Presente a Certidão Negativa da Dívida Ativa (fl. 36), porém vencida em 05/07/2009;

4. prova de regularidade relativa à Seguridade Social: presente (fl. 37) – vencida em 11/05/2009;

6. prova de regularidade junto ao FGTS: presente (fl. 38) – vencida em 05/05/2009 (fl. 38).

f) Quanto ao cumprimento do disposto no inc. XXXIII do art. 7º, CF: presente (fl. 49).

Ainda em relação à documentação apresentada pela empresa, advirta-se que todo documento indicado como ausente, com prazo de validade expirado ou prestes a expirar, bem como em cópia não autenticada deverá ser providenciado ou renovado por ocasião da celebração do contrato.

Considerando que se trata de compra com entrega imediata, o contrato poderá ser substituído pela Nota de Empenho, que conterà os elementos identificadores da relação jurídica, bem como a previsão de aplicação das penalidades à Contratada, inclusive disciplinando a aplicação de multa, para atraso na execução, nos termos do art. 62, § 4º da Lei nº 8.666/93.

Orienta-se a SESACRE para a realização dos procedimentos abaixo, a partir do retorno destes autos à Secretaria:

1. comunicação à autoridade superior (conforme art. 26, caput);

2. ratificação da inexigibilidade (conforme art. 26, caput);

3. publicação da decisão ratificadora (conforme art. 26, caput);



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



4. assinatura do termo do contrato ou instrumento equivalente (conforme art. 38, inc. X);

5. execução do contrato, com rigoroso acompanhamento do respectivo executor do contrato (conforme art. 67 e parágrafos);

6. recebimento do objeto, com observância das formalidades previstas no art. 73;

7. pagamento das faturas com observância do que prescreve o art. 5º, entre outros documentos.

Ressalta-se ainda, não obstante a orientação exposta acima, para a contratação com base no inc. I do art. 25 da Lei nº 8.666/93, há ainda, a possibilidade de consubstanciar no presente caso, a hipótese de dispensa de licitação. A justificativa se apresenta pela emergência caracterizada ao reclamar solução imediata em atendimento aos requisitos constantes do art. 24, inc. IV, da Lei de Licitações.

Assim, ao analisar a situação posta no presente caso, constatou-se a existência dos requisitos legais específicos, quais sejam: a) a **demonstração concreta e efetiva da potencialidade de dano**; b) **demonstração de que a contratação é via adequada e efetiva para eliminar o risco**.

Ora, sendo situação real de emergência, não há como deixar de ser levada em conta a situação da paciente que aguarda a medicação para dar continuidade ao tratamento, pois a demora em realizar a prestação produziria o risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

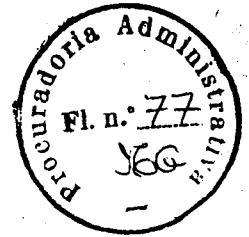
Assim, de uma forma ou de outra é possível a contratação direta da Empresa Hósp-Log Comércio de Produtos Hospitalares Ltda. para a aquisição do medicamento.

Apesar de encontrarem-se presentes os requisitos para a contratação direta, consoante acima delineados, recomendamos à SESACRE, um melhor controle de seu estoque de medicamentos e de sua utilização pela rede hospitalar, de modo a definir com maior eficiência a quantidade a ser utilizada em determinado período, a fim de que a Administração possa efetuar um maior controle e manter seu estoque de medicamentos regular.

Face ao exposto, considerando as informações fornecidas nestes autos, temos como resposta à consulta formulada pela SESACRE, o que segue:



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



a) esta Procuradoria Especializada manifesta-se pela possibilidade de contratação direta da empresa Hosp-Log Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., para a aquisição de duas caixas do medicamento "Malato de Sunitinibe" (SUTENT) 50mg que corresponde a três meses de tratamento, no valor de R\$ 29.786,44 (vinte e nove mil setecentos e oitenta e seis reais e quarenta e quatro centavos), a fim de atender um paciente que se encontra em estado grave de saúde no Hospital de Câncer do Acre, por **inexigibilidade de licitação**, com fundamento no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93, ante a exclusividade da Empresa na comercialização do medicamento (sendo que o caso também amolda-se à hipótese de dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso IV da Lei nº 8.666/93).

b) para qualquer procedimento adotado, a possibilidade se efetiva, desde que juntada aos autos à pertinente justificativa do preço, bem como cópias autenticadas de toda a documentação não autenticada, ausente ou com prazo de validade vencido até a data da contratação;

c) por se tratar de compra com entrega imediata o instrumento contratual poderá ser substituído por outro instrumento nos termos do § 4º do art. 62 da Lei nº 8.666/93;

d) por fim, recomenda-se à SESACRE que adote um controle mais rigoroso dos estoques de medicamentos, a fim de evitar falhas de gerenciamento, bem como prejuízo aos tratamentos dos pacientes, e bem assim, qualquer outra eventualidade que possa ensejar contratações diretas, resultantes da desídia administrativa.

S. M. J. É o Parecer.

Rio Branco/AC, 09 de julho de 2009.

Françoisa Rosileide de O. Araújo
Chefe da Procuradoria Administrativa
PGE/AC