

**TC 000.713/2017-1**

**Natureza:** Representação (com pedido de medida cautelar).

**Unidade Jurisdicionada:** Ministério da Saúde.

**Representante:** Quantum Comércio de Medicamentos Ltda. (CNPJ 21.164.155/0001-33).

**Assunto:** Representação. Indícios de irregularidades em procedimento destinado à aquisição de medicamentos, mediante dispensa de licitação. Alegação de que a empresa escolhida está com situação fiscal irregular no País de origem e de que a representante não foi chamada para apresentar proposta, apesar de ter capacidade de fornecer o medicamento a ser adquirido. Existência do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, porém aliados à possibilidade da ocorrência do **periculum in mora inverso**. Não conveniência da concessão da medida cautelar **inaudita altera parte**. Autorização de diligência preliminar. Realização de oitivas. Deferimento. Ciência à representante.

DESPACHO

Preliminarmente, conheço da Representação formulada pela empresa Quantum Comércio de Medicamentos Ltda. (CNPJ 21.164.155/0001-33), porquanto presentes os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o artigo 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

II

2. A representante aponta as seguintes supostas irregularidades verificadas no processo de Dispensa de Licitação 62/2017 (peça 1, fl. 21), mediante o qual o Ministério da Saúde objetiva adquirir o medicamento “*Asparaginase 10.000 UP*” da empresa estrangeira Xetley S.A, no valor global de R\$ 3.841.851,30:

i) a empresa escolhida para fornecer o medicamento estaria em situação fiscal irregular no País de origem (Uruguai), conforme consulta ao sítio eletrônico da *Dirección General Impositiva (DGI)*, que seria o órgão equivalente à Receita Federal do Brasil naquele País (peça 1, fls. 5 e 20), o que a impediria de ser contratada, nos termos de jurisprudência desta Corte e de parecer da Advocacia-Geral da União (peça 1, fl. 11); e

ii) a empresa representante demonstrou capacidade para fornecer o medicamento, porém foi ignorada pelo contratante.

III

3. A unidade técnica observou a presença do **fumus boni iuris** para a concessão da medida cautelar pleiteada, tendo em vista que potencial licitante foi impedida de ofertar proposta mais vantajosa para a Administração Pública, contrariando o disposto no art. 3º da Lei 8.666/1993; assim como pela possível contratação de empresa com irregularidade fiscal, em ofensa à Lei 8.666/1993, art. 29 c/c 32, §4º, e à jurisprudência desta Corte, a exemplo do Acórdão 1.405/2011-TCU-Plenário (parágrafos 13-20 e 21-28 da instrução de peça 22).

4. Ademais, constatou **periculum in mora**, caso ocorra a contratação de empresa com possível situação fiscal irregular, desconsiderando eventual fornecedor com oferta de proposta mais vantajosa à administração. Além disso, uma decisão cautelar deste Tribunal mitigaria os efeitos do

possível contrato irregular, por interromper as entregas dos fármacos que, segundo a peça 17, fl. 2, ocorreriam em quatro parcelas.

5. Todavia, a unidade instrutiva alerta que a adoção de medida cautelar poderá causar dano inverso à população, vez que o medicamento a ser adquirido servirá ao tratamento de linfoma linfoblástico e de leucemia linfoblástica aguda (peça 17, fl. 2). Assim, o desabastecimento desse medicamento pode comprometer o tratamento dos pacientes que sofrem dessas enfermidades.

6. Em conclusão, propõe a Secretaria de Controle Externo da Saúde, previamente ao exame conclusivo da cautela requerida, a realização de oitiva do Ministério da Saúde e da empresa Xetley S.A, acerca das supostas irregularidades apontadas na presente representação.

#### IV

7. De fato, os elementos constantes dos autos demonstram a presença do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** na representação em tela. Afinal, há plausibilidade jurídica de que a representante, aparentemente, tem capacidade para ofertar o medicamento citado em melhores condições ao Ministério da Saúde. Eis o trecho da instrução da unidade técnica que demonstra essa possibilidade (peça 22):

*“16. De início, observa-se que a documentação apresentada pela empresa Quantum evidencia os fatos por ela narrados. Nesse sentido, verifica-se que, em 10/11/2016, a empresa Quantum protocolou, junto ao MS, documento no qual informa representar, com exclusividade no Brasil, laboratório chinês produtor do fármaco objeto da aquisição pretendida pelo mencionado ministério (peça 3). Ademais, a peça 4 confirma que, em 14/12/2016, indicou-se ao Ministério da Saúde o preço pelo qual a representante estava disposta a fornecer o medicamento.*

*17. Consoante os parágrafos 6.1-6.4 desta instrução, constata-se a existência de farta documentação do MS no sentido de que somente o fármaco ofertado pela empresa Bagó atenderia a aquisição pretendida. Ocorre que, em razão de motivo não esclarecido nestes autos, o Ministério da Saúde optou por contratar a empresa Xetley S.A, consoante o Extrato de Dispensa de Licitação 62/2017 (peça 1, p. 21).*

*18. Sem entrar no mérito da validade jurídica da motivação para adquirir somente o fármaco fornecido pela empresa Bagó, conclui-se que, a partir do momento em que o MS decide comprar de outro fornecedor, a justificativa de exclusividade perde o objeto. Dessa forma, caberia ao órgão avaliar todos os possíveis fornecedores, de modo a buscar a aquisição mais vantajosa para a administração pública. Todavia, a documentação apresentada em resposta à diligência realizada por esta Unidade Técnica sequer menciona a representante.*

*19. Considerando que o MS tomou ciência do ofício de diligência em 9/12/2016 e que enviou a resposta conclusiva em 21/12/2016, conclui-se que já tinha conhecimento da existência da empresa Quantum. Ademais, a documentação encaminhada, a exemplo do Anexo II: justificativa/motivação (peça 19), com data de 23/11/2016, evidenciam que a documentação protocolada pela representante junto ao Ministério da Saúde ocorreu durante a realização dos procedimentos preliminares à dispensa de licitação.*

*20. Por tudo isso, resta evidente o indício de que o MS pode ter, de forma irregular, excluído possível fornecedor do processo de aquisição de medicamento, em afronta aos princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, ambos citados na Lei 8.666/1993, art. 3º. Para que se possa examinar a questão de forma conclusiva, caberá solicitar esclarecimentos ao Ministério da Saúde acerca dos motivos pelos quais optou por contratar a empresa Xetley, assim como deixou de avaliar o produto ofertado pela empresa Quantum e de solicitar proposta a essa empresa. Ademais caberá solicitar cópia integral do processo do qual decorreu a Dispensa de Licitação 62/2017.”*

8. Demais disso, há perigo de demora de decisão desta Corte quanto à eventual e iminente contratação da empresa Xetley S.A, a qual, supostamente, não está em situação de regularidade fiscal, conforme exigido pela jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 5.820/2011-Segunda Câmara e 1.405/2011-Plenário).

9. Entretanto, labora em absoluta razoabilidade a unidade técnica quando afirma não ser prudente a adoção de medida cautelar, imediatamente. É que os medicamentos a serem adquiridos são de vital importância para o tratamento de linfoma linfoblástico e de leucemia linfoblástica aguda (peça 17, fl. 2).

10. Aliado a isso, informações obtidas do Ministério da Saúde anteriormente (peça 12), em situação diversa, mas que servem à análise parcial da presente representação, demonstram a aparência da urgência da contratação em tela, pela natureza das doenças a serem tratadas, assim como pela precariedade do estoque de medicamentos existentes (peças 17 a 21).

11. Portanto, ante a existência de **periculum in mora inverso**, não é conveniente a concessão de medida cautelar **inaudita altera parte**. Nesse sentido, incorporando às minhas razões de decidir os fundamentos constantes da instrução da unidade técnica (peça 22), decido:

i) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993;

ii) determinar, nos termos do art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, a oitiva do Ministério da Saúde para, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da ciência desta decisão, manifestar-se sobre os fatos apontados na presente representação formulada pela empresa Quantum Comércio de Medicamentos Ltda., especialmente quanto aos itens abaixo, alertando-o quanto à possibilidade de o Tribunal vir a suspender o procedimento administrativo referente à compra do medicamento “*Asparaginase 10.000 UP*”, do qual trata o Extrato de Dispensa de Licitação do Ministério da Saúde 62/2017:

a) considerando que vários pareceres do próprio Ministério da Saúde eram no sentido de presença dos requisitos de aquisição excepcional (ausência de registro na Anvisa), bem como de que apenas o medicamento fornecido pela empresa Laboratórios Bagó do Brasil S.A preencheria os critérios da aquisição pretendida; apresentar os motivos que levaram o Ministério da Saúde a optar pelo medicamento da empresa Xetley S.A (parágrafo 20 da instrução anexa);

b) considerando que se optou por comprar o medicamento de empresa diversa da denominada Laboratórios Bagó do Brasil S.A; justificar a exclusão da empresa Quantum Comércio de Medicamentos Ltda. do procedimento de aquisição (parágrafo 20 da instrução anexa);

c) situação fiscal da empresa Xetley S.A no seu país de origem (parágrafo 29 da instrução anexa);

d) estoque atual do medicamento em questão e a previsão de prazo estimado de tratamento que essa reserva possibilitará aos pacientes (parágrafo 35.1 da instrução anexa).

iii) determinar, com fundamento no art. 276, §2º, do Regimento Interno/TCU, a oitiva da empresa Xetley S.A., para, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da ciência desta decisão, querendo, manifestar-se sobre os fatos apontados na presente representação formulada pela empresa Quantum Comércio de Medicamentos Ltda., alertando-a quanto à possibilidade de o Tribunal vir a suspender o procedimento administrativo referente à compra do medicamento “*Asparaginase 10.000 UP*”, do qual trata o Extrato de Dispensa de Licitação do Ministério da Saúde 62/2017 (parágrafo 29 e 36 da instrução anexa);

iv) autorizar a realização de diligência, com fundamento no art. 157 do RI/TCU, ao Ministério da Saúde, para que, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da ciência desta decisão, seja encaminhada a cópia integral do(s) processo(s) administrativo(s) do qual trata o Extrato de Dispensa de Licitação do Ministério da Saúde 62/2017 (parágrafos 20 e 29 da instrução anexa); e

v) encaminhar cópia das peças 1 e 22 ao Ministério da Saúde e à empresa Xetley S.A.,



visando a subsidiar as manifestações a serem requeridas;

À Secex-Saúde, para as devidas providências.

Brasília, 30 de janeiro de 2017.

(Assinado Eletronicamente)  
Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES  
Relator