

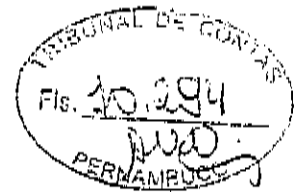


ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



RELATÓRIO DE AUDITORIA

PROCESSO N.º: 1003032-3
TIPO DE ANÁLISE: DENÚNCIA
UNIDADE GESTORA: LABORATÓRIO FARMACÊUTICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GOVERNADOR MIGUEL ARRARES S.A-LAFEPE. UG: 530300
EQUIPE DESIGNADA: ANDRÉA CLÁUDIA MONTEIRO (Técnica de Auditoria)



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL

1. INTRODUÇÃO

Por despacho de 30/06/2010, exarado pelo Conselheiro Relator, foi determinada a apuração da presente denúncia, que tem por escopo a análise do Pregão Presencial nº 003/2010, promovido pelo Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco Governado Miguel Arraes S.A. (LAFEPE), cujo objeto consiste na transferência de conhecimento/segreto industrial para obtenção dos produtos antipsicóticos, a saber: clozapina, olanzapina e fumarato de quetiapina (fl.01, verso).

2. HISTÓRICO

Cuida-se da análise jurídica do Pregão Presencial nº 03/2010, promovido pelo Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco Governador Miguel Arraes S/A (LAFEPE), cujo objeto consiste na transferência de conhecimento/segreto industrial para obtenção dos produtos antipsicóticos, a saber: clozapina, olanzapina e fumarato de quetiapina. (fls.31 a 59)

Nos termos estabelecidos pelo respectivo instrumento convocatório, a abertura das propostas foi designada para o dia 22/04/2010, às 08:30 horas.

O objeto licitado foi sistematizado em lote único, que abrangeu 03 (três) substâncias de antipsicóticos, contemplando o valor total estimado de R\$ 171.564.046,00, para o exercício de 2010.

Conforme ata lavrada em 22/04/2010, registrou-se a participação de uma única empresa, a Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda, que ofertou o percentual de desconto de 18,5% (fl. 242).

Nos termos da ata lavrada em 30/04/2010, o objeto licitado foi adjudicado à empresa Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos, em face do atendimento das condições habilitatórias e de parecer favorável do setor técnico do LAFEPE (fl. 302).



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



Mediante publicação de 01/05/2010, no Diário Oficial do Estado de Pernambuco, foi divulgado o resultado do julgamento do procedimento licitatório em tela (fl. 303).

Em 06/05/2010, o Diretor Presidente do LAFEPE, homologou o vertente procedimento licitatório (fl. 305).

Em 10/05/2010, foi celebrado o Contrato nº 040/2010, tendo como partes celebrantes o LAFEPE S/A e a empresa Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda, tendo por objetivo a transferência de conhecimento/segredo industrial para obtenção de produtos antipsicóticos. O respectivo prazo de vigência contratual foi dimensionado para 60 (sessenta) meses (fls. 85 a 91).

No dia 06/05/2010, o laboratório Eli Lilly do Brasil Ltda protocolizou recurso administrativo perante o LAFEPE, aduzindo supostas irregularidades no Pregão Presencial nº 003/2010 (fls. 9.990 a 10.004).

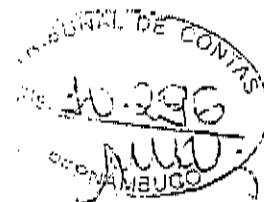
Em 21/05/2010, a pregoeira e a respectiva equipe de apoio reuniram-se para apreciar o teor do recurso interposto pela empresa Eli Lilly do Brasil Ltda. De antemão, os julgadores acentuaram que não receberam a peça na qualidade de recurso, o qual só pode ser manejado por licitante, segundo o disposto no art. 4º, inciso XVIII da Lei nº 10.520/2002 (fls. 10.245 a 10.247). Apesar da não recepção da peça como recurso, os julgadores ingressaram no mérito e teceram considerações sobre os pontos impugnados.

Por seu turno, o Diretor Presidente do LAFEPE ratificou a decisão da pregoeira e respectiva equipe de apoio no que tange ao recurso administrativo interposto pela empresa Eli Lilly do Brasil Ltda. no dia 07/06/2010 (fl. 10.248).

Em 21/05/2010, o laboratório Astrazeneca do Brasil Ltda ajuizou ação ordinária com pedido de antecipação de tutela em face do LAFEPE S/A e do laboratório Cristália Produtos Químicos e Farmacêuticos Ltda. (Processo nº 0026994-68.2010.8.17.0001), constando como pedido principal a anulação do Pregão Presencial nº 003/2010 (fls. 128 a 156).



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



Em 24/05/2010, o magistrado Dr. Nilson Guerra Nery proferiu decisão interlocutória de antecipação dos efeitos da tutela a fim de sobrestar o procedimento licitatório em pauta até deliberação judicial ulterior (fls. 158 e 159). Posteriormente, na data de 10/06/2010, o magistrado proferiu o seguinte despacho (fls. 165):

Em vista dos argumentos expendidos e evidenciados às fls. 358/362, esclareço que os efeitos da liminar preferentemente exarada (fls. 245/246) englobam não só a suspensão do procedimento licitatório, como também seus efeitos, notadamente a contratação dele decorrente, motivo pelo qual determino intimar-se a parte promovida a fim de que sobreste a formalização de qualquer negociação decorrente do ato administrativo ora atacado, até ulterior deliberação deste Juízo, sob pena de multa diária que ora resta fixada no patamar de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para o caso de eventual descumprimento, sem prejuízo das apenações pelo crime de desobediência (grifos nossos).

Em 30/06/2010, o Laboratório Eli Lilly do Brasil Ltda protocolizou o vertente processo de Denúncia, cujos pontos serão expostos de forma itemizada no próximo item do presente Relatório de Auditoria (fls. 01 a 24).

Em 06/09/2010, o Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco deferiu pedido de suspensão requerido pelo LAFEPE, que teve o condão de sustar a decisão de antecipação dos efeitos da tutela. Nessa toada, vale a pena trasladar o conteúdo do pedido de suspensão:

PODER JUDICIÁRIO ESTADO DE PERNAMBUCO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Gabinete da Presidência PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 0013088-14.2010.8.17.0000 REQUERENTE : LABORATÓRIO FARMACÊUTICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GOVERNADOR MIGUEL ARRAES S.A. - LAFEPE ADVOGADO : DR. ALDEM JOHNSTON BARBOSA ARAÚJO REQUERIDA : ASTRAZENECA DO BRASIL LTDA. ADVOGADO : DR. ALEXANDRE EINSFELD Decisão Vistos etc. I. O LABORATÓRIO FARMACÊUTICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO GOVERNADOR MIGUEL ARRAES S.A. - LAFEPE, sociedade de economia mista estadual, inscrita no CNPJ-MF sob o nº 10.887.926/0001-13, com sede nesta capital, no Largo de Dois Irmãos, nº 1.117, por seus advogados, regularmente constituídos, requer a suspensão da eficácia de decisão proferida pelo Dr. Juiz da 7ª. Vara Cível da Comarca do Recife, nos autos de ação cognitiva proposta em seu desfavor por ASTRAZENECA DO BRASIL S.A. (Proc. nº 0026994-68.2010.8.17.0001). A decisão impugnada, inaudita altera parte, no pórtico da ação aviada pela ASTRAZENECA DO BRASIL S.A. (requerida), antecipando os efeitos da tutela de mérito, com fundamento objetivo na existência de vício que contaminaria o princípio da igualdade entre os competidores, suspendeu o procedimento licitatório nº 0024/2010 (Pregão Presencial nº 3/2010), promovido pelo LAFEPE S.A. (requerente) e vencido pelo

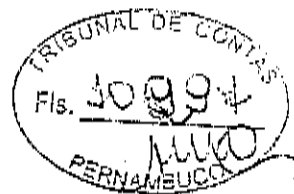


ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



licitante CRISTÁLIA, cujo objeto, nos termos do respectivo edital, consiste na "transferência de conhecimento/secreto Industrial para obtenção dos produtos antipsicóticos (I) clozapina, de 100 e 25 mg, em comprimidos; (II) olanzapina, de 10, 5 e 2,5 mg, em comprimidos revestidos; e fumarato de quetiapina, de 200, 100 e 25 mg, em comprimidos revestidos; e seu registro como medicamento genérico do LAFEPE S.A. (requerente)". É o relatório. Decido. 2. As teses suscitadas pela empresa requerida se confundem com o mérito da causa originária, razão por que devem ser apreciadas em sede própria. O pedido de suspensão de tutela antecipatória é incidente processual voltado a retirar da decisão proferida contra a Fazenda Pública a eficácia executiva, ante a presença de grave risco à ordem, saúde, segurança ou economia públicas. Qualquer discussão relativa ao mérito da causa principal refoge aos seus estreitos limites. Cumpra-me averiguar, portanto, se a decisão cuja sustação dos efeitos é pleiteada pelo laboratório requerente representam risco de grave lesão aos bens difusos tutelados pela via do incidente de suspensão. 3. O procedimento licitatório suspenso pela decisão hostilizada, para além de simples compra de medicamentos, matérias-primas ou de insumos necessários à fabricação de medicamentos, tem como objeto matriz a transferência de tecnologia para produção de antipsicóticos genéricos pelo requerente, inserida na Política Nacional de Medicamentos, instituída pela Portaria nº 3.916/1998, do Ministério da Saúde, tudo em ordem a induzir o fortalecimento da capacidade de produção do complexo industrial nacional de saúde, como medida para reduzir a dependência do conhecimento estrangeiro, gerar economia à rede pública e garantir o atendimento à população. 4. Atualmente, consoante anota o laboratório requerente, o país apresenta um déficit de cerca de US\$ 6 bilhões em sua comercial com a importação de medicamentos, equipamentos e insumos farmacêuticos. Colimando reduzir essa dependência do mercado externo, o Ministério da Saúde do Brasil lançou algumas medidas de impacto, como projetos de lei e iniciativas de políticas de estado, colocando a pesquisa e o desenvolvimento na agenda estratégica da saúde no país. Por meio da Portaria nº 978/2008, o Ministério da Saúde listou produtos estratégicos para o Sistema único de Saúde, os quais terão a produção incentivada no país, elevando, nesse viés, os investimentos em inovação na cadeia farmacêutica, ampliando as exportações e fortalecendo os laboratórios públicos e a cadeia produtiva nacional. Dentre os medicamentos listados pelo Ministério da Saúde, os antipsicóticos - que até então são adquiridos de forma descentralizada pelos Estados da federação - terão sua produção verticalizada (inteiramente nacional) e a compra centralizada por aquele Ministério. A compra centralizada desses antipsicóticos em um laboratório público, além da aquisição de outros medicamentos, tais como os empregados no tratamento e auxílio da AIDS, tuberculose, asma, hemofilia, dislipidemia e transplantes, implicará a economia de 160 milhões de reais para o Ministério da Saúde. 5. Por disposição expressa da Constituição Estadual (art. 166), o ESTADO DE PERNAMBUCO, por intermédio da gestão estadual do Sistema único de Saúde, tem obrigação de (1) promover a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias, matérias-primas insumos, imunobiológicos, através de seus laboratórios oficiais (dentre eles o LAFEPE S.A.); (2) garantir o acesso de toda população aos medicamentos básicos; e (3) definir postos de manipulação e medicamentos, dispensação e venda de medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos destinados ao uso e consumo humano como integrantes, bem como prestar assistência farmacêutica. 6. Força convir, pois, que a subsistência da decisão atacada ocasiona



ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL

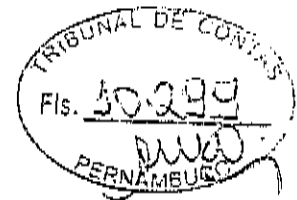
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



incomensurável prejuízo à política de assistência farmacêutica desenvolvida pelo laboratório oficial do ESTADO DE PERNAMBUCO, em consonância com as diretrizes da Constituição Estadual, dada a circunstância de que o certame licitatório sobrestado tem por finalidade precípua (fim primário) possibilitar que o ESTADO DE PERNAMBUCO, mediante o seu laboratório oficial, possa produzir medicamentos genéricos antipsicóticos listados como de interesse estratégico pela política nacional de saúde. A eficácia da decisão guerreada representa sério óbice ao regular exercício da prestação de serviço de interesse público, podendo, até mesmo, provocar a sua descontinuidade. Com efeito, "o sistema de seguridade social organizado na Constituição da República é integrado por três subsistemas: o da previdência, o da saúde e o da assistência social, conforme expressa dicação do art. 194, caput, da nossa Lei Maior. O dever de assegurar esses três direitos fundamentais foi outorgado simultaneamente ao Poder Público e à sociedade, o que implica a necessidade de envolver todas as instâncias da Administração Pública, direta e indireta, todos os entes da federação, bem como empresas, organizações sociais, sindicatos e os cidadãos de um modo geral" (Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Júnior, Direito Sanitário, São Paulo: Editora Verbatim, 2010, pág. 64). 7. O direito à saúde (donde aí se inclui o acesso a medicamentos com custos módicos) é um direito social e, portanto, depende, para sua efetivação, da atuação positiva do Estado na vida social, implementando políticas sociais e econômicas que objetivem garantir melhores condições de saúde à população e um acesso mais equânime às suas ações e serviços. Em sendo o medicamento "um insumo diferenciado e integrante da política nacional de saúde", não se pode dar a ele o mesmo tratamento que se dá a outros produtos industrializados, isso porque há nele um forte (e prevalente) componente social; de resto inexistente em vários outros bens de consumo. 8. No caso dos medicamentos produzidos pelo laboratório requerente - manufaturados e comercializados em atenção à Política Nacional de Medicamentos e à Política Nacional de Assistência Farmacêutica, afigura-se ainda mais reforçado esse caráter social. A continuidade dessa produção e comercialização possui importância não só econômica, mas fundamentalmente social. Deveras, extrai-se das diretrizes da Política Nacional de Medicamentos, elencadas na Portaria nº 3.916/1998, do Ministério da Saúde, no capítulo relativo à "promoção da produção de medicamentos", que a capacidade instalada dos laboratórios oficiais - que configura um verdadeiro patrimônio nacional - deverá ser utilizada, preferencialmente, para atender às necessidades de medicamentos essenciais, especialmente os destinados à atenção básica, e estimulada para que supra as demandas oriundas das esferas estadual e municipal do SUS. Mais: (i) O papel desses laboratórios é especialmente importante no que tange ao domínio tecnológico de processos de produção de medicamentos de interesse em saúde pública. (ii) Esses laboratórios deverão, ainda, constituir-se em uma das instâncias favorecedoras do monitoramento de preços no mercado, bem como contribuir para a capacitação dos profissionais. (iii) Com referência aos medicamentos genéricos, o Ministério da Saúde, em ação articulada com os demais ministérios e esferas de Governo, deverá estimular a fabricação desses produtos pelo parque produtor nacional, em face do interesse estratégico para a sociedade brasileira, incluindo, também, a produção das matérias-primas e dos insumos necessários para esses medicamentos. (iv) Será também incentivada a produção de medicamentos destinados ao tratamento de patologias cujos resultados tenham impacto sobre a saúde pública ou que são adquiridos em sua quase totalidade pelo setor público. 9. Tem-se, pois, que a supressão, por meio



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



de decisão liminar, da transferência do domínio tecnológico de processos de produção de medicamentos de interesse da saúde pública tem o condão de provocar transtornos injustificáveis à ordem e à saúde públicas. Nesse ser assim, nada impede - ao contrário, o interesse público recomenda - que prossiga o procedimento licitatório suspenso, até o julgamento em definitivo da lide, de vez que o prejuízo de irremediabilidade ou de difícil reparação atual não é da empresa requerida; o verdadeiro prejuízo é suportado pela população - fim e destinatária dos objetivos estratégicos da Política Nacional de Medicamentos, definidos na Portaria nº 3.916/1998, do Ministério da Saúde. 10. Forte nisso, entendendo bem caracterizada, na espécie, a ocorrência de grave lesão à ordem e à saúde públicas, defiro o pedido e, em consequência, suspendo a eficácia da decisão antecipatória de tutela de mérito, proferida nos autos da ação cognitiva tombada sob o nº 0026994-68.2010.8.17.000, em trâmite na 7ª Vara Cível da Comarca da Capital, até o julgamento em definitivo da lide. Comunique-se ao Dr. Juiz da causa, com urgência. Publique-se. Cumpra-se. Recife, 6 de setembro de 2010. Desembargador JOSÉ FERNANDES DE LEMOS PRESIDENTE (grifos nossos).

Ante o deferimento do pedido de suspensão, viabiliza-se a execução do contrato decorrente do pregão ora analisado.

3. PONTOS DENUNCIADOS

O objeto da presente Denúncia pode ser sintetizado nos seguintes tópicos:

- a) Inadequação da modalidade pregão ao objeto licitado;
- b) Concentração indevida do objeto em lote único;
- c) Ausência de ampla publicidade do certame;
- d) Alegação de *error in procedendo* no recurso administrativo interposto pelo Laboratório Eli Lilly do Brasil;
- e) Alegação de *error in iudicando* na análise do recurso administrativo interposto pelo Laboratório Eli Lilly do Brasil;
- f) Alegação de direcionamento em face da prévia articulação do Ministério da Saúde e do LAFEPE com o Laboratório Cristália;
- g) Exigência indevida de comprovação de participação em processo de transferência de tecnologia semelhante;



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



- h) Exigência indevida de Protocolo de Registro dos medicamentos em vez do Registro Definitivo;
- i) Oferecimento de pequeno percentual de desconto;
- j) Alegada exclusividade do medicamento Olanzapina por parte do laboratório Eli Lilly do Brasil Ltda.

3.1. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO AO OBJETO LICITADO

Na peça de Denúncia, o laboratório denunciante argumenta que a modalidade pregão não guarda adequação com o objeto licitado. Nessa esteira, cumpre trasladar os argumentos do denunciante, nos seguintes moldes (fls. 01 a 24):

9. Como se verifica da mera leitura do edital da licitação 024/2010, o objeto do certame em questão envolve projeto de altíssima complexidade, especificidade e singularidade. (...)

14. Para não restarem dúvidas acerca de impropriedade da escolha da modalidade pregão para a contratação realizada pelo LAFEPE, cumpre lembrar, ainda, que os bens e serviços comuns, na área de saúde, foram definidos pelo artigo 12 da Lei 10.520/2002, que acrescentou o artigo 2-A à Lei 10.191/2001, com a seguinte redação:

“Art. 2-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar, nas licitações de registro de preços de preços destinadas à aquisição de bens e serviços comuns para a área da saúde, a modalidade pregão, inclusive por meio eletrônico, observando-se o seguinte: (Incluído pela Lei nº 10.520, de 2002).

I- São considerados bens e serviços comuns da área da saúde, aqueles necessários ao atendimento dos órgãos que integram o Sistema Único de Saúde cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais do mercado. (Incluído pela Lei nº 10.520, de 2002)”

15. Nos termos do dispositivo supra, além das exigências gerais para a classificação dos bens e serviços objeto de contratação via pregão como “comuns”, quais sejam, padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos por meio de especificações usuais do mercado, em se tratando de bens e serviços da área de saúde, são considerados comuns, para o efeito da lei em pauta, apenas “aqueles necessários ao atendimento dos órgãos que integram o Sistema Único de Saúde”.

16. Diante disso, basta uma simples pergunta para se demonstrar de uma vez por todas o total descabimento desse pregão: a transferência de conhecimento ou segredo industrial é necessária ao atendimento dos órgãos do Sistema Único de Saúde-SUS? Evidentemente que não.

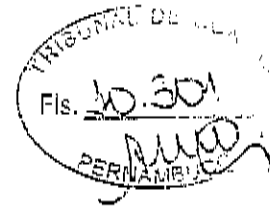


ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



17.A transferência de segredo industrial está longe de ser um objeto comum, sendo, ao contrário, tarefa de altíssima complexidade e especialização, que só pode ser devidamente cumprida pelo detentor do "segredo" em causa, além de não ser o tipo de bem ou serviço que se fornece aos órgãos do SUS, que apenas adquirem produtos e serviços acabados para pronta utilização dos pacientes, e não o *know-how* para a produção dos mesmos, tendo em vista que esses órgãos têm por missão institucional o atendimento médico/hospitalar dos pacientes, e não a fabricação dos produtos a serem administrados aos mesmos.

Como é de elementar sabença, a modalidade licitatória pregão é aplicável para os bens e serviços comuns, cuja definição encontra-se encartada no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, segundo o qual são considerados bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Em perecuciente argumentação, Margal Justen Filho chega à ilação de que os bens e serviços comuns remetem à idéia de objetos passíveis de padronização. Nesses termos, cumpre trasladar as conclusões do eminente administrativista, nos seguintes moldes:

Já se reputava, desde há algum tempo, conveniente distinguir entre bens "padronizados" e produzidos "sob encomenda", para assegurar tratamento jurídico diverso às contratações administrativas. A idéia do pregão destina-se a solucionar as necessidades administrativas relacionadas a "bens padronizados".

O ponto nuclear relaciona-se com a idéia de que a licitação para contratação de objeto "padronizado" não necessita sujeitar-se a trâmites tão minuciosos como os necessários para fornecimentos de objetos singulares e específicos. Ou seja, há casos em que a necessidade da Administração pode ser satisfeita por meio de bens que estão disponíveis no mercado e que apresentam configurações em termos mais ou menos variáveis. São hipóteses em que é público o domínio das técnicas para produção do objeto e seu fornecimento ao adquirente (inclusive à Administração), de tal modo que não existe dificuldade em localizar um universo de fornecedores em condições de favorecer plenamente o interesse público (grifou-se). (...).

Dai a proposta de fazer com que a diferença das hipóteses se traduzisse em dois regimes jurídicos distintos de contratação, especialmente para tornar mais ágil a contratação dos objetos padronizados. O procedimento para sua aquisição pode ser mais sumário do que o necessário à obtenção de um objeto específico, produzido sob encomenda.

Essa foi a origem da sistemática do pregão, que incorpora a proposta de tornar o procedimento de aquisição de produtos padronizados mais simples e menos



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



burocratizado. A partir de tais pressupostos, pode buscar-se uma definição para a figura do bem ou serviço comum¹.

No caso concreto, o objeto licitado apresenta alto grau de complexidade, tendo em vista configurar a transferência de conhecimento/segreto industrial. A conclusão do procedimento de transferência de segredo industrial foi estipulada para cinco anos.

O segredo industrial é definido como o *know-how* técnico, que abrange todas as tecnologias desenvolvidas pela empresa, tais como fórmulas, metodologias de produção, *softwares* e ferramentas. O segredo industrial propicia que as empresas obtenham acesso, manutenção ou vantagem no seu próprio mercado. O segredo industrial integra a categoria dos bens intangíveis da empresa, ao lado das marcas, patentes e desenhos industriais.

No segredo industrial, há um conjunto de informações úteis, que não são de domínio geral, e que se pretende não chegue ao conhecimento da concorrência.

Conforme elucidado na lição de Marçal Justen Filho, o pregão abrange objetos em que é público o domínio das respectivas técnicas de produção, e por conseguinte, não existe dificuldade em localizar um universo de fornecedores em condições de favorecer plenamente o interesse público. No caso concreto, a técnica de produção do objeto é bastante restrita, e de outro lado, há um reduzido número de fornecedores.

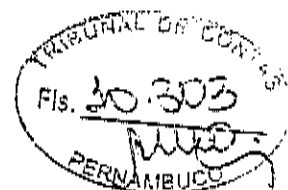
Por conseguinte, resta configurado que o objeto licitado não reveste a natureza de "serviço comum".

A adoção da modalidade pregão em vez da modalidade concorrência acarreta violação aos princípios regedores da Administração Pública, bem como aos princípios setoriais aplicáveis à licitação.

Acresca do desvirtuamento da adoção do pregão, leciona Marçal Justen Filho:

Outro aspecto que dá identidade ao pregão reside na sua destinação para licitações que versem sobre objeto comum.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão-Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 3ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Dialética, 2003, p. 22.



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL

O pregão apresenta um procedimento extremamente simples e superficial, o que o torna adequado para contratações que não envolvam complexidades. Isso se aplica tanto ao aspecto subjetivo do licitante quanto ao ângulo objetivo da proposta. Por isso, o pregão é adequado para licitações que versem sobre o objeto dito "comum".(...)

Cabe em insistir que o pregão não pode ser utilizado para objetos que não se caracterizam como comuns. A infração a essa orientação representa não apenas uma violação à Lei, mas também propicia riscos incompatíveis com os interesses atribuídos à tutela da Administração Pública².

Na mesma linha de intelecção, o Tribunal de Contas da União debruçou-se sobre os parâmetros para exclusão de enquadramento de determinado bem ou serviço na modalidade pregão. Nesse sentido, passa-se a trasladar trechos do relatório do Ministro Augusto Sherman:

46. Este Tribunal, como revela o exame de excerto do voto condutor do Acórdão 2.392/2006- Plenário, de lavra do eminente Ministro Benjamin Zymler, apreciou a possibilidade de emprego do pregão para a aquisição de sala-cofre, *in verbis*:

"14. Acerca da viabilidade de realização de licitação na modalidade pregão para aquisição de sala-cofre, cabem alguns esclarecimentos em face do uso indiscriminado deste instituto.

15.O pregão, instituído pela Lei nº 10.520/2002, é modalidade licitatória adequada à aquisição de bens e serviços comuns, definidos como 'aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado'. Verifica-se que a definição legal atribuída aos 'bens e serviços comuns' é imprecisa, provocando em muitos casos, dúvidas quanto à utilização do citado instrumento licitatório.

16. Para precisar o conceito de serviço comum colimado pela Lei nº 10.520/02, deve-se analisar a estrutura e finalidade do pregão vis-à-vis aos preceitos da licitação na forma definida pela Lei nº 8.666/93.

17. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, nos termos do art. 3º do Estatuto das Licitações e Contratos.

18. A proposta vantajosa agrega (a) preços economicamente satisfatórios e exequíveis, (b) o cumprimento pelo licitante vencedor das obrigações contratuais assumidas e (c) a aquisição de bens e serviços em tempo hábil ao atendimento do interesse público.

19. A competição e a conseqüente busca dos melhores preços à Administração são fundamentos de qualquer modalidade licitatória. A Lei de Licitações e Contratos visa, além da competição, garantir que a contratada possua condições de honrar as obrigações assumidas perante o Poder Público. Esta é a razão da

² JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão-Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 5ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Dialética, 2009, p. 11.

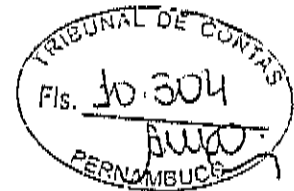


ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



existência da fase de habilitação, cuja função é avaliar a capacidade do licitante para suprir os encargos inerentes ao objeto licitado. Em complemento, o art. 48, II, da referida lei exige a desclassificação de propostas com preços inexequíveis. Destarte, a Lei nº 8.666/93 preza a competição e a segurança na contratação.

20. Por outro lado, o pregão, procedimento simplificado, foi criado para imprimir celeridade ao processo de aquisição e ampliar a competição entre os interessados no contrato, gerando forte estímulo à redução de preços sem, entretanto, constituir instrumentos para que sejam descartadas propostas inexequíveis. O que diferencia o pregão é a estruturação procedimental- a inversão das fases de habilitação e julgamento, bem como a possibilidade de renovação dos lances pelos licitantes- a forma de elaboração das propostas- por escrito, verbal ou por via eletrônica- e o universo de possíveis participantes- os quais não precisam estar inscritos em cadastro.

21. No pregão são mitigados os requisitos de participação, fato justificável em razão da aptidão desse instrumento licitatório para aquisição, unicamente, de bens e serviços comuns. Dessa forma, a lei resguardou a aplicação do pregão nos bens e serviços comuns, pois o risco de inadimplemento do contrato é reduzido (grifou-se).

22. A aplicação do pregão nos bens e serviços incomuns representa risco à segurança contratual, pela possibilidade de conduzir a Administração à celebração de contrato com pessoa sem qualificação para cumpri-lo ou pela aceitação de proposta inexequível (grifou-se).

23. Por essa razão, em situações que sejam necessárias medidas mais cautelosas para segurança do contrato, em razão dos riscos decorrentes de inadimplência, da contratada ou da incerteza sobre a caracterização do objeto, deve o gestor preferir o pregão em favor de outras modalidades licitatórias cercadas de maior rigor formal (grifou-se).

24. O gestor, ao classificar bens e serviços como comuns, deve se certificar que a descrição do objeto é suficientemente clara a ponto de não suscitar dúvidas, no afã do procedimento concorrencial do pregão, acerca das especificações do objeto ofertado pelos licitantes. Ademais deverá se certificar que a complexidade das especificações não encetar a insegurança ao adimplemento contratual pelos potenciais contratados em face da inexistência de habilitação prévia.

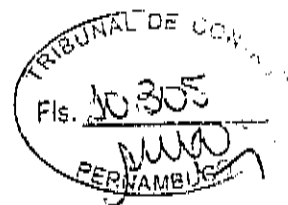
25. No caso sub examine, o objeto licitado perfaz uma sala de segurança para a proteção de dados, objeto incomum, tecnologicamente sofisticado, e que deve manter preservados os dados mesmo quando o ambiente externo esteja sujeito às rígidas condições ambientais. Não parece razoável aferir que as especificações desse objeto não suscitarão dúvidas durante procedimento concorrencial e, principalmente, que esse produto justifique a inversão das fases de habilitação e julgamento, como ocorre no pregão, sem gerar risco excessivo de inadimplemento contratual pelos potenciais contratados. Diante dessas considerações, julgo inviável a licitação para aquisição de sala-cofre por intermédio da modalidade pregão".

47. Coadunando-me ao entendimento esposado pelo fragmento transcrito, julgo inadequada a escolha da modalidade pregão para a aquisição de sala-cofre, objeto que não se enquadra, em meu entender, na definição de bem comum insculpida no transcrito parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/2002".

(Acórdão nº 555/2008, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).



ESTADO DE PERNAMBUCO
TRIBUNAL DE CONTAS
DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL
DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



Em vista do exposto, chega-se à ilação de que a modalidade licitatória adequada ao caso vertente consiste na concorrência (art. 22, I da Lei nº 8.666/93), que possibilita uma análise mais aprofundada acerca dos requisitos de habilitação, bem como possui prazo de publicidade mais ampliado e, por conseguinte, propicia maior competitividade. Tendo em vista o valor estimado da contratação, a deflagração do procedimento licitatório requer a designação de prévia audiência pública, a teor do art. 39 da Lei nº 8.666/93.

Em face de todo o exposto, considera-se **procedente** o presente ponto da Denúncia.

3.2. CONCENTRAÇÃO INDEVIDA DO OBJETO EM LOTE ÚNICO

Em sua Denúncia, o laboratório Eli Lilly do Brasil Ltda. reportou a existência de concentração indevida do objeto em lote único. Nessa esteira, cumpre transcrever os argumentos do demandante, nos seguintes moldes (fls. 01 a 24):

54. De fato, os termos do edital, ao exigirem, repise-se, que a licitante tenha condições de fabricar e transferir concomitantemente a tecnologia de 3 diferentes ingredientes-ativos, acaba por proibir a participação de diversas empresas com condições técnicas iguais-ou até mesmo superiores-de disputar o certame (caso da Representante), impedindo que tais empresas apresentem lances mais competitivos e, assim, ofereçam uma condição ao Estado melhor do que a que o 2º Representante se dispôs a oferecer, pois que participante solitário do pregão.

55. Sabe-se que, ao invés de uma, oito (!) empresas diferentes poderiam ter participado do pregão para o fornecimento das substâncias olanzapina, clozapina e quetiapina e, com isso, aumentado a concorrência não só sob o aspecto das condições técnicas de cada participante (os oito demais laboratórios já possuem o registro sanitário para os princípios ativos, ao contrário do CRISTÁLIA), mas principalmente, no que se refere ao valor das propostas a serem analisadas pelo LAPEPE.

No caso concreto, o objeto licitado consiste na transferência de conhecimento/secreto industrial para obtenção dos produtos antipsicóticos, a saber: clozapina de 100 e 25 mg comprimidos; olanzapina de 10, 5 e 2,5 mg, comprimidos revestidos; fumarato de quetiapina de 200, 100 e 25 mg, comprimidos revestidos.

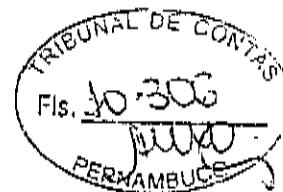


ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



Em resposta ao Ofício DCE/DIGE nº 031/2010, o Diretor Presidente do LAFEPE S/A, mediante o Ofício nº 568/2010-DPRES, apresentou esclarecimentos acerca da concentração do objeto em lote único, vazados nos seguintes termos (fls. 10.266 a 10.268):

(Ponto 5) A licitação por lote único atende à demanda do Ministério da Saúde, que realiza seus convênios com os Laboratórios Públicos por meio de Programas de Saúde (AIDS, Tuberculose, Hanseníase), contemplando em um só convênio todos os medicamentos componentes do protocolo de tratamento para cada uma das enfermidades. Consideramos que os medicamentos Olanzapina, Quetiapina e Clozapina são os únicos antipsicóticos componentes da lista inserida na Portaria 978, de 16 de maio de 2008, do Ministério da Saúde, lista esta que trata de produtos estratégicos, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Importante destacar que a definição da escolha de uma só instituição para o desenvolvimento do conjunto dos antipsicóticos acarreta uma economia de escala, imprescindível para a referida transferência de tecnologia, já que os preços que o LAFEPE ofertará ao Ministério da Saúde serão sempre inferiores aos preços praticados atualmente pelos fabricantes da rede privada. Destacamos, ainda, que não existe, atualmente, patente para estes medicamentos, o que possibilita a produção dos mesmos com preços abaixo dos atualmente praticados, tendo uma redução gradual e possibilitando aos usuários do Sistema Único de Saúde, amplo acesso a estes medicamentos. Ressaltamos que esses preços inferiores são possíveis desde que haja uma otimização da linha de produção desses medicamentos. Além disto, o lote permitirá, ainda, a garantia do controle do fluxo de informação para o processo de tecnologia e segredo industrial, além da padronização para todos os produtos desenvolvidos, garantindo, assim, o cumprimento do cronograma, da transferência de tecnologia e a qualidade dos produtos obtidos. Importante destacar, também, que a delimitação por lote único considerou que os 03 (três) medicamentos integram a MESMA MODALIDADE TERAPÊUTICA- ANTIPSICÓTICOS, através de 01 (um) convênio único com o Ministério da Saúde.

Analisando-se o teor das considerações do gestor, verificou-se que a idéia central reside na otimização da linha de produção, o que acarretará a padronização dos medicamentos e viabilizará um eficiente controle de qualidade. Além do mais, a unicidade na linha de produção conduz à economia de escala, materializada na redução de custos administrativos e gerenciais. Como argumento de reforço, os medicamentos integram uma mesma modalidade terapêutica, consistente nos antipsicóticos, que propiciará a celebração de um convênio único com o Ministério da Saúde.

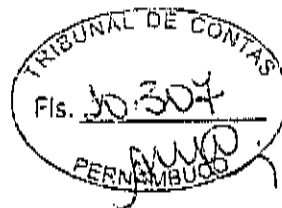


ESTADO DE PERNAMBUCO

TRIBUNAL DE CONTAS

DEPARTAMENTO DE CONTROLE ESTADUAL

DIVISÃO DE ACOMPANHAMENTO DA GESTÃO ESTADUAL



Com base nos esclarecimentos prestados, chega-se à ilação de que o gestor público apresentou considerações de ordem técnica e econômica, que consagram a aplicação dos princípios da eficiência e economicidade.

A questão da divisão do objeto em itens ou lotes, para propiciar ampla competitividade e vantajosidade técnica e econômica, encontra-se disciplinada no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: (...)

§ 1º- As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

No presente caso, vislumbra-se a viabilidade técnica e econômica de reunião do objeto em lote único. Nesse particular, cumpre trazer à baila o magistério de Marçal Justen Filho:

A obrigatoriedade do fracionamento respeita limites de ordem técnica e econômica. Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável ou, mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. (...)

Já o impedimento de ordem econômica se relaciona com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução dos preços. Por isso, não teria cabimento a Administração fracionar as contratações se isso acarretar aumento de seus custos.

Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como objeto de redução de despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um