



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
COORDENAÇÃO-GERAL DE ANÁLISE JURÍDICA DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS
CONGÊNERES

PARECER n. 00781/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 00737.007958/2018-54

INTERESSADOS: HEMOBRÁS

ASSUNTOS: AUXILIAR OPERACIONAL DE SERVIÇOS DIVERSOS

EMENTA: Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Orientação Normativa nº 13, de 2009. HEMOBRÁS. Lei 10.972, de 2004. Peculiaridade. Consulta sobre a possibilidade de afastamento da Orientação Normativa, considerando-se o caráter de serviço público. Necessidade de formalização de instrumento jurídico para o resarcimento previsto no art. 2º da Lei nº 10.972, de 2004.

1. Tratam os presentes autos de reunião realizada em 27/06/2008, entre a Hemobrás e o Ministério da Saúde, com o acompanhamento desta Consultoria Jurídica, na qual foi apresentada proposta de regulamentação referente ao beneficiamento do plasma brasileiro.

2. Durante a reunião, verificando-se que, na verdade, a proposta de regulamentação seria mais para a definição dos instrumentos jurídicos necessários à formalização da relação entre o Ministério da Saúde e a Hemobrás para o desempenho por esta última de suas competências, e aduzindo esta Consultoria Jurídica que a edição de portaria não seria o meio hábil de realização de tal definição, passou-se a discutir as possibilidades de contratação da Hemobrás pelo Ministério da Saúde, com base na Lei nº 8.666, de 1993, restando decidido que seria necessário o encaminhamento de consulta à Advocacia Geral da União – AGU, para verificação da possibilidade de afastamento da Orientação Normativa nº 13, de 1º de abril de 2009, com relação especificamente à situação da Hemobrás, visto que, muito embora o art. 2º da Lei nº 10.972, de 2004 afirme expressamente que essa empresa pública tem por finalidade “explorar diretamente atividade econômica”, no caso do plasma brasileiro, estaria prestando serviço público.

3. Tendo sido mencionadas na reunião a existência de ações judiciais envolvendo a Hemobrás, em especial quanto à necessidade de contratação do serviço de fracionamento do plasma, e para possibilitar uma melhor avaliação sobre a eventual existência de relação, direta ou indireta, de tais processos judiciais, com a atual situação da Hemobrás, por meio da Cota nº 7614/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, foi solicitado à Coordenação-Geral de Assuntos Judiciais a disponibilização de resumo dos processos relativos à Hemobrás que estão sendo por ela acompanhados, e, ainda, que fossem colacionados aos autos os documentos pertinentes a esses processos, para que passassem a compor a instrução.

4. Em resposta, a Coordenação de Assuntos Especiais em Contencioso Judicial e Extrajudicial encaminhou as Informações nº 194/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, contendo resumo e documentação relativos aos seguintes processos judiciais:

1. PROCESSO Nº 0812772-19.2017.4.05.8300 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MPF X UNIÃO – JUIZ FEDERAL DA 3ª VARA/PE - PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 5ª REGIÃO (NUP - 00418.016034/2017-71 E NUP: 00737.016429/2017-61);
2. PROCESSO Nº 1007601-64.2017.4.01.3400 – AÇÃO ORDINÁRIA - BAXALTA RECOMBINAT SARL E BAXALTA GMBH X UNIÃO (NUP - 00410.047867/2017-53); E,
3. PROCESSO: 0815539-30.2017.4.05.8300 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER;

5. Vez que tais documentos constam dos autos, inclusive com resumo acerca da situação de cada uma deles, exime-se esta parecerista de, no bojo desta manifestação, necessariamente fazer expressa menção a cada uma das ações judiciais, fazendo-o apenas se eventualmente for constatada relação com a consulta ora formulada.

6. Aduz-se, ainda, que esta Consultoria Jurídica já foi provocada em diversas oportunidades para se manifestar acerca do instrumento adequado para o estabelecimento de relação entre o Ministério da Saúde e a Hemobrás para a prestação de serviços relacionados ao fracionamento do plasma brasileiro, inclusive para o fornecimento dos produtos dele resultantes, ocasiões que se concluiu, em suma, que é necessário instrumento contratual para a viabilização do resarcimento previsto no art. 2º da Lei nº 10.972, de 2004, e que tal contratação não poderia ser fundamentada na inexigibilidade de licitação, tendo em vista a existência de outros potenciais prestadores do serviço no mercado.

7. É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

8. Com relação ao instrumento adequado para o estabelecimento de relação entre o Ministério da Saúde e a Hemobrás, em um primeiro momento, tendo sido constatada por esta Consultoria Jurídica a impossibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação, sugeriu-se a formalização do hoje designado Termo de Execução Descentralizada - TED, o que, contudo, não foi viabilizado, segundo informado pela Hemobrás, por ela ser uma empresa pública não-dependente.

9. Novamente instada a se manifestar sobre a possibilidade de contratação direta, houve a emissão de parecer jurídico indicando a possibilidade de celebração de convênio, entendimento, contudo, que não prevaleceu, restando pacificada a necessidade de celebração de contrato.

10. A solução, aparentemente, seria a contratação da Hemobrás por dispensa de licitação, mas quanto a isso vislumbrou-se alguns óbices, dentre os quais destaca-se: a) a Orientação Normativa nº 13, de 2009 da AGU, que afirma que empresa pública que exerce "atividade econômica não se enquadra como órgão ou entidade que integra a Administração Pública para os fins de dispensa de licitação com fundamento no inciso VIII do art 24"; b) A Hemobrás foi criada posteriormente à Lei nº 8.666, de 1993, o que também impediria a fundamentação no mencionado inciso VIII.

11. Ocorre que, posteriormente, foi editada a Lei nº 12.715, de 2012, resultante da Medida Provisória nº 582, de 2012, a qual promoveu alterações na Lei nº 8.666, de 1993, passando a prever o seguinte:

Art. 73. O art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 24.

.....
XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica.

§ 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

§ 2º O limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a administração pública estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS." (NR)

12. Com isso, e tendo em vista a existência de contrato de transferência de tecnologia vigente para o beneficiamento do plasma, constatou-se a possibilidade de enquadramento da contratação da Hemobrás pelo Ministério da Saúde no dispositivo supra transcrito. Contudo, atualmente, a empresa contratada pela Hemobrás está enfrentando problemas relacionados ao Certificado de Boas Práticas de Fabricação, o que tem impossibilitado a realização de algumas atividades, em especial o próprio fracionamento do plasma, surgindo novamente o questionamento acerca das alternativas para a contratação da Hemobrás.

13. Sobre o assunto, aliás, importa aduzir que o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública de

obrigação de fazer com pedido de tutela provisória em desfavor da União alegando em síntese que pretende ver assegurada a contratação de indústria fracionadora de plasma, a fim de possibilitar a vazão dos estoques deste insumo acumulados na Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia HEMOBRAS (Processo nº 0812772-19.2017.4.05.8300), tendo o Ministério da Saúde sido compelido a deflagrar procedimento licitatório ordinário para a prestação de serviços de beneficiamento do plasma oriundo do excedente do uso transfusional, a despeito da expressa competência da Hemobrás para tanto.

14. Em outras palavras, embora haja a competência da Hemobrás prevista na Lei nº 10.972, de 2004 para a prestação do serviço, e em que pese se tratar de empresa pública criada para esse fim, o Ministério da Saúde, como órgão diretor nacional do Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados - SINASAN, "avocou" para si a contratação em tela, dada a sensibilidade da matéria, visto se tratar de plasma humano excedente do uso transfusional.

15. Por outro lado, logicamente, o ideal é que a Hemobrás possa efetivamente exercer as suas funções, até mesmo para que se efetive as finalidades para a qual foi criada, bem considerada ainda a especificidade do objeto.

16. Assim, visando ao melhor atendimento do interesse público, pretende este Ministério da Saúde contratar diretamente a Hemobrás para a prestação de serviços relacionados ao fracionamento do plasma (incluídos ai, dentre outros, além do fracionamento em si, a coleta, o transporte, a armazenagem, e a distribuição dos insumos). Para tanto, analisando o atual arcabouço normativo, verifica-se que a fundamentação no inciso VIII da Lei nº 8.666, de 1993, seria juridicamente viável. Todavia, esbarra-se, em tese, tão somente no entendimento consolidado na Orientação Normativa nº 13, de 2009, da Advocacia-Geral da União, vez que a Lei nº 12.715, de 2012, possibilitou a flexibilização do limite temporal ali previsto:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 13, DE 1º DE ABRIL DE 2009

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.015975/2008-95, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE EXERÇA ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO SE ENQUADRA COMO ÓRGÃO OU ENTIDADE QUE INTEGRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PARA OS FINS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO INC. VIII DO ART. 24 DA LEI No 8.666, DE 1993.

INDEXAÇÃO: EMPRESA PÚBLICA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ATIVIDADE ECONÔMICA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA.

REFERÊNCIA: art. 173, § 1º, inc. II, Constituição Federal; art. 2º e parágrafo único, art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666, de 1993; Acórdãos TCU 2203/2005-Primeira Câmara, 2063/2005-Plenário, 2399/2006-Plenário.

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

17. Diz-se em tese porque, embora a Lei nº 10.972, de 2004, que autorizou a criação da Hemobrás, tenha previsto que a sua finalidade é explorar diretamente atividade econômica, dispôs que a sua função social é garantir aos pacientes do Sistema Único de Saúde - SUS o fornecimento de medicamentos hemoderivados ou produzidos por biotecnologia, o que, a princípio, se trataria de um serviço público.

18. De fato, a atividade econômica em geral é uma atividade voltada à satisfação de necessidades, incluindo-se nesse conceito genérico a prestação de um serviço público. Conforme se extrai da obra Constituição e o Supremo, disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/portal/constitucional/artigoBd.asp?item=1693>), "A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito". Nesse sentido, Eros Grau defende em seu livro "A Ordem Econômica na Constituição de 1988" que o termo **atividade econômica é um gênero (atividade econômica *lato sensu*) dos quais serviços públicos e atividade econômica *stricto sensu* são espécie, posto que ambos conceitos se referem a atividade voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços. Desse modo, segundo o autor, o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para**

o setor privado, porém, as atividades econômicas distinguem-se dos serviços públicos pela titularidade da iniciativa privada que somente é entregue ao Estado em caráter excepcional.

19. Em outras palavras, os serviços públicos que, como visto, não se enquadram como atividade econômica *stricto sensu*, são destinados à satisfação concreta de interesses públicos e, por essa razão, regidos pelo Regime de Direito Público.

20. No presente caso, o tema central da discussão é averiguar se o fornecimento, pela HEMOBRÁS, de medicamentos hemoderivados ou produzidos por biotecnologia ao Sistema Único de Saúde seria uma atividade sujeita às normas de Direito Público - merecendo, por conseguinte, tutela especial do Estado -, ou uma atividade típica do Direito Privado - abarcada, assim, pelos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência -, podendo, nesse caso, ser exercida livremente pelos entes privados.

21. Contribuindo para a solução da discussão que ora se estabelece, verifica-se que o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 10.972, de 2004, mereceu veto do Presidente da República, ouvida a Advocacia-Geral da União, com as seguintes razões^[11]:

Embora a primeira parte do parágrafo único do art. 3º se harmonize com a previsão constitucional, a parte final do dispositivo, que admite a prestação do serviço ‘na condição de atividade empresarial’, pode suscitar dúvidas.

Como se sabe, a atividade empresarial é financiada por poupanças, por ela carregadas; deve gerar valor, tendo como objetivo primeiro a maximização da riqueza dos sócios ou acionistas. Aí reside a diferença entre a atividade exercida por empresa pública e a atividade empresarial – o objetivo do lucro.

Assim, ao se admitir que os serviços ou atividades sejam prestadas ‘na condição de atividade empresarial’, nela subentendida a idéia de lucro, a parte final do parágrafo único do art. 3º parece afastar-se da previsão constitucional contida no § 4º do art. 199 da Carta Magna, não devendo, por essa razão, ser acolhida.

22. Esse veto, s.m.j., afasta a idéia de exercício de atividade econômica *stricto sensu* no que diz respeito ao plasma nacional, excedente de uso transfusional, a ser processado pela Hemobrás.

23. Cumpre ressaltar que a Lei n. 10.972, de 2004, que autorizou a criação da HEMOBRÁS dispôs, em seu art. 1º, §1º, que a sua função social é garantir aos pacientes do Sistema Único de Saúde - SUS o fornecimento de medicamentos hemoderivados ou produzidos por biotecnologia.

24. O art. 2º de referida Lei, menciona, ainda, que a HEMOBRÁS terá por finalidade explorar diretamente atividade econômica, nos termos do art. 173 da Constituição Federal, consistente na produção industrial de hemoderivados prioritariamente para tratamento de pacientes do SUS a partir do fracionamento de plasma obtido no Brasil, vedada a comercialização somente dos produtos resultantes, podendo ser resarcida pelos serviços de fracionamento, de acordo com o previsto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001.

25. Ainda no art. 2º, consta a previsão de que, “Observada a prioridade a que se refere o caput deste artigo, a HEMOBRÁS poderá fracionar plasma ou produtos intermediários obtidos no exterior para atender às necessidades internas do País ou para prestação de serviços a outros países, mediante contrato”.

26. Assim, s.m.j., a previsão de que a Hemobrás terá por finalidade explorar diretamente atividade econômica se dá porque é permitido a ela fracionar o plasma ou produtos intermediários obtidos no exterior, mas, a nosso ver, no que diz respeito ao plasma excedente de uso transfusional nacional, ela estaria prestando serviço público. Tanto é assim que a lei prevê que ela será remunerada por resarcimento, enquanto naqueles outros casos menciona expressamente a necessidade de contrato.

27. Ou seja, a princípio, em uma interpretação literal da lei, a remuneração da Hemobrás dispensaria a celebração de instrumento contratual para o processamento do plasma nacional, apenas se fazendo necessário contrato para aquelas hipóteses constantes do § 2º do art. 2º da aludida lei. Ocorre que a lei, por outro lado, não previu como se daria tal resarcimento, dificultando a resolução do assunto sem a estrita observância da Lei nº 8.666/1993.

28. É amplo o feixe de atribuições e responsabilidades da HEMOBRÁS para realização de sua finalidade, como se depreende do art. 3º da mesma lei:

Art. 3º Para a realização de sua finalidade, compete à HEMOBRÁS, em conformidade com as diretrizes do Ministério da Saúde:

I - captar, armazenar e transportar plasma para fins de fracionamento;

II - avaliar a qualidade do serviço e do plasma a ser fracionado por ela;

III - fracionar o plasma ou produtos intermediários (pastas) para produzir hemoderivados;

- IV - distribuir hemoderivados;
- V - desenvolver programas de intercâmbio com órgãos ou entidades nacionais e estrangeiras;
- VI - desenvolver programas de pesquisa e desenvolvimento na área de hemoderivados e de produtos obtidos por biotecnologia, incluindo reagentes, na área de hemoterapia;
- VII - criar e manter estrutura de garantia da qualidade das matérias-primas, processos, serviços e produtos;
- VIII - fabricar produtos biológicos e reagentes obtidos por engenharia genética ou por processos biotecnológicos na área de hemoterapia;
- IX - celebrar contratos e convênios com órgãos nacionais da administração direta ou indireta, empresas privadas e com órgãos internacionais para prestação de serviços técnicos especializados;
- X - formar, treinar e aperfeiçoar pessoal necessário às suas atividades; e
- XI - exercer outras atividades inerentes às suas finalidades.

29. Consoante se extraí das normas acima transcritas, a HEMOBRÁS, pessoa jurídica vinculada ao Ministério da Saúde, atua em concerto com esta pasta ministerial para o fortalecimento do SUS, de modo que aquela empresa pública desempenha atividades insertas em suas função social e seus objetivos, claramente delineados em lei e atos normativos secundários, em harmonia com as diretrizes tracejadas por este Ministério.

30. Conforme ressume da Exposição de Motivos da lei de criação da HEMOBRÁS, a finalidade precípua da lei é garantir o fornecimento de medicamentos hemoderivados ou produzidos por biotecnologia, aos pacientes do Sistema Único de Saúde, dessa forma, minorando, ou até mesmo solucionando de forma definitiva, a questão ética do desperdício do plasma dos doadores de sangue que vinha a anos ocorrendo, possibilitando, também, avanços necessários no sentido da incorporação de novas tecnologias de alta complexidade e de auto-suficiência do país em hemoderivados.

31. É certo ser vedada a comercialização dos produtos resultantes do fracionamento do plasma obtido, além de ser princípio e diretriz da Política Nacional de Sangue e Hemoderivados a proibição da comercialização da coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, componentes e hemoderivados (art. 14, IV, da Lei n. 10.205, de 2001, o que, em absoluto, não veda o resarcimento à HEMOBRÁS pelos serviços de fracionamento efetivamente prestados.

32. Ademais, estando os produtos obtidos por meio do fracionamento de plasma nacional fora do comércio, em princípio, possível o afastamento da incidência da Orientação Normativa nº 13, de 1º de abril de 2009, uma vez que, ante a impossibilidade de comercialização dos produtos, e, por conseguinte, a realização de atividade econômica *stricto sensu* relativamente a esses produtos, a Hemobrás, no exercício de sua função social de garantir aos pacientes do Sistema Único de Saúde – SUS, se enquadraria como órgão integrante da Administração Pública, inclusive para os fins de contratação mediante Dispensa de Licitação com fundamento no inciso VIII, do artigo 24 da Lei nº 8.666, de 1993.

33. Sendo assim, no presente caso, necessário se faz suscitar manifestação pela Advocacia Geral da União acerca da possibilidade do "afastamento" da obrigatoriedade da observância da ON nº 13, de 2004, acima transcrita, pelo Ministério da Saúde, para aquisição de hemoderivados produzidos e fornecidos pela HEMOBRÁS, por meio de contrato celebrado por Dispensa de Licitação fundada no inciso VIII do art. 24, da Lei nº 8.666, de 1993, enquanto empresa pública atuando para o fortalecimento do SUS, e, portanto, na sua função social de garantir aos pacientes do SUS o fornecimento de medicamentos hemoderivados ou produzidos por biotecnologia, prestando, nesse caso, um serviço público, recebendo, em contrapartida o resarcimento pelos serviços prestados, não objetivando desse modo auferir qualquer "lucro" decorrente de atividade econômica *strictu sensu*, ou seja, em atividade tipicamente atribuível ao setor privado.

À consideração superior.

Brasília, 12 de julho de 2018.

ALINE VELOSO DOS PASSOS
Advogada da União

Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres

CGLICI/CONJUR-MS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00737007958201854 e da chave de acesso 3213075e

Notas

1. [^]*Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.*

Documento assinado eletronicamente por ALINE VELOSO DOS PASSOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 148948782 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALINE VELOSO DOS PASSOS. Data e Hora: 12-07-2018 10:59. Número de Série: 13866293. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA SAÚDE
GABINETE DA CONSULTORIA JURÍDICA**

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO G, EDIFÍCIO SEDE, 6º ANDAR, BRASÍLIA/DF, CEP 70058-900

DESPACHO n. 03251/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU

NUP: 00737.007958/2018-54

INTERESSADOS: Ministério da Saúde e Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (Hemobrás)

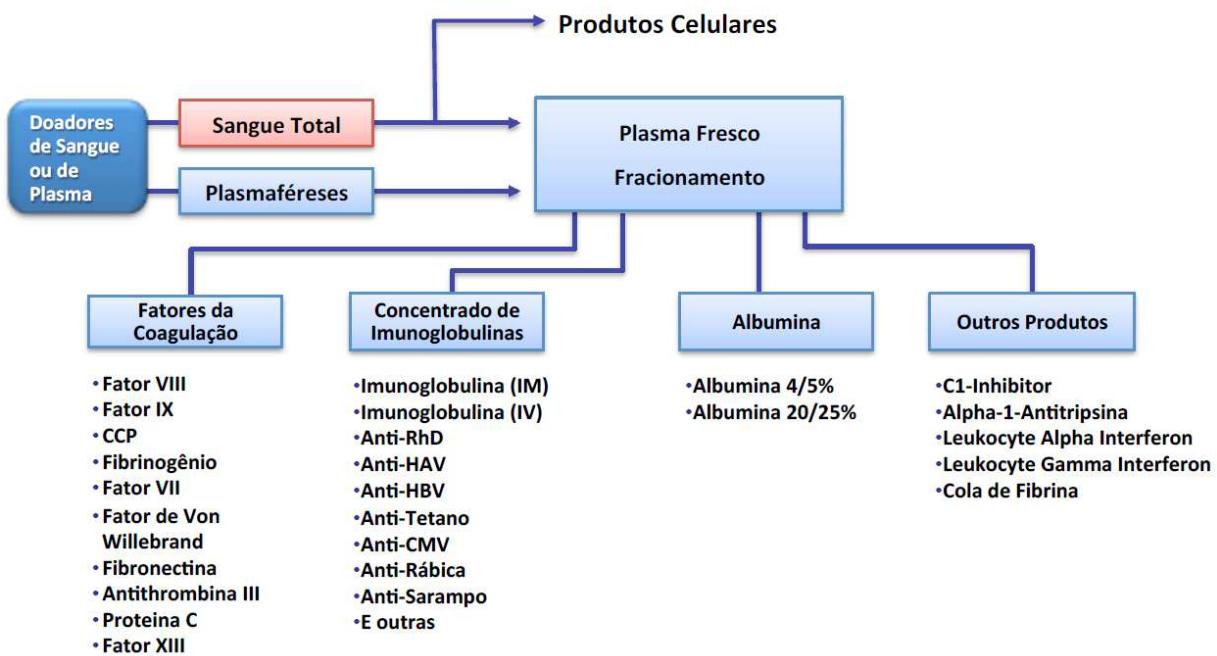
ASSUNTO: Consulta sobre a possibilidade de afastamento da Orientação Normativa AGU nº 13/2009, visando à formalização de instrumento jurídico, entre a Hemobrás e o Ministério da Saúde, para o resarcimento previsto no art. 2º da Lei nº 10.972/2004, considerando-se o caráter de serviço público prestado por essa empresa pública.

1. Aprovo o PARECER n. 00781/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, de 12/07/2018, da lavra da Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, Advogada da União Aline Veloso dos Passos, adotando seus fundamentos e conclusões, com os acréscimos que se seguem.

2. A Constituição Federal de 1988 (*art. 196 e seguintes*) reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado. Nossa Carta Magna considera que o serviço de saúde é de relevância pública.

3. Até por isso, a legislação do País, constitucional e infraconstitucional, regula com bastante densidade o microssistema que envolve a coleta, o processamento e a transfusão de sangue e seus derivados, elo da mais alta relevância na corrente do serviço público de saúde voltado à disponibilidade, aos pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS), de hemoderivados, que são os produtos obtidos do fracionamento do plasma humano:

Hemoderivados



Fonte: Dimas Tadeu Covas. *Hemoderivados no Brasil*, pág. 5, disponível em https://www.al.sp.gov.br/spl/2017/06/Acessorio/1000046555_1000075668_Acessorio.pdf

4. Dessa baliza normativa nacional, destaca-se a diretriz, da qual se extrai que o plasma humano, a matéria-prima imprescindível à produção de hemoderivados, é um produto fora do mercado, *in litteris*:

Constituição Federal de 1988

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

(...)

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Lei nº 10.205/2001 - regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados, vedada a compra, venda ou qualquer outro tipo de comercialização do sangue, componentes e hemoderivados, em todo o território nacional, seja por pessoas físicas ou jurídicas, em caráter eventual ou permanente, que estejam em desacordo com o ordenamento institucional estabelecido nesta Lei.

(...)

Art. 14. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

I - universalização do atendimento à população;

II - utilização exclusiva da doação voluntária, não remunerada, do sangue, cabendo ao poder público estimulá-la como ato relevante de solidariedade humana e compromisso social;

III - proibição de remuneração ao doador pela doação de sangue;

IV - proibição da comercialização da coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, componentes e hemoderivados;

V - permissão de remuneração dos custos dos insumos, reagentes, materiais descartáveis e da mão-de-obra especializada, inclusive honorários médicos, na forma do regulamento desta Lei e das Normas Técnicas do Ministério da Saúde;

VI - proteção da saúde do doador e do receptor mediante informação ao candidato à doação sobre os procedimentos a que será submetido, os cuidados que deverá tomar e as possíveis reações adversas decorrentes da doação, bem como qualquer anomalia importante identificada quando dos testes laboratoriais, garantindo-lhe o sigilo dos resultados;

(...)

§ 1º É vedada a doação ou exportação de sangue, componentes e hemoderivados, exceto em casos de solidariedade internacional ou quando houver excedentes nas necessidades nacionais em produtos acabados, ou por indicação médica com finalidade de elucidação diagnóstica, ou ainda nos acordos autorizados pelo órgão gestor do SINASAN para processamento ou obtenção de derivados por meio de alta tecnologia, não acessível ou disponível no País.

(...)

§ 3º Caso haja excedente de matéria-prima que supere a capacidade de absorção dos centros governamentais, este poderá ser encaminhado a outros centros, resguardado o caráter da não-comercialização.

Decreto nº 3.990/2001 – regulamenta Lei nº 10.205/2001

Art. 2º A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:

(...)

IV - proibição da comercialização de coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, componentes e hemoderivados;

5. Considerando essas amarras legais, o desenvolvimento de um sistema industrial privado para explorar o mercado de produção de hemoderivados, baseado no plasma humano obtido no País, fica praticamente inviabilizado. Consequência disso, o Sistema Público de Saúde tornou-se altamente dependente da indústria estrangeira para garantir o fornecimento de medicamentos hemoderivados aos pacientes do SUS, para tanto aplicando recursos federais que ultrapassam cifra bilionária todos os anos.

6. De outro lado, o art. 200, inciso I, da Constituição Federal e o art. 8º da Lei nº 10.205/2001 induz o SUS a assumir protagonismo a esse respeito:

Constituição Federal de 1988

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

Lei nº 10.205/2001 -

Art. 8º A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados terá por finalidade garantir a auto-suficiência do País nesse setor e harmonizar as ações do poder público em todos os níveis de governo, e será implementada, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados - SINASAN, composto por:

7. Nessa linha é que foi planejada pelo Ministério da Saúde a instituição da Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (Hemobrás), cuja criação foi autorizada por meio da Lei nº 10.972, de 02/12/2004, com a função social de "garantir aos pacientes do Sistema Único de Saúde - SUS o fornecimento de medicamentos hemoderivados ou produzidos por biotecnologia", nos termos do art. 1º, § 1º, dessa Lei. O Estatuto dessa empresa pública foi estabelecido pelo Decreto nº 5.402, de 28/03/2005.

8. Segundo se extrai da EM Interministerial nº 085/2003/MS/MP, de 15/10/2003, por intermédio da qual os Ministros de Estado da Saúde e do Planejamento, Orçamento e Gestão submeteram ao Exmo. Sr. Presidente da República o projeto de lei que originou a Lei nº 10.972/2004, a criação da Hemobrás teria por objetivo:

- **a)** garantir a absorção de tecnologia de alta complexidade na produção de hemoderivados;
- **b)** solucionar a questão ética do desperdício de plasma dos doadores de sangue;
- **c)** viabilizar a autonomia quanto ao abastecimento em hemoderivados para o SUS;
- **d)** economizar recursos públicos para aquisição de medicamentos hemoderivados; e,
- **e)** incluir o Brasil no mercado estratégico de produção de hemoderivados.

9. Ainda se expôs na referida EM que o plasma humano constitui-se numa matéria-prima nobre, obtida mediante doação gratuita e voluntária pela população brasileira. Gratuita em relação ao doador, mas de altíssimo custo para o Estado, face à complexidade do processo de coleta, de purificação e inativação de patógenos, logística de armazenamento e de transporte, além da tecnologia de fracionamento.

10. Assim, pode-se dizer que a União, por intermédio do Ministério da Saúde (*no exercício de sua competência de representação do Órgão Federal no SUS*), embora até pudesse executar as atividades inerentes à complexa cadeia de produção de hemoderivados, optou em descentralizar a execução desse serviço, mediante a criação de uma empresa pública, que, ao fim e ao cabo, integra o próprio SUS (*art. 200, inciso I, da Constituição Federal*).

11. Para alcançar seu escopo, atribuiu-se à Hemobrás o seguinte plexo de atividades:

Art. 3º Para a realização de sua finalidade, compete à HEMOBRÁS, em conformidade com as diretrizes do Ministério da Saúde:

- I - captar, armazenar e transportar plasma para fins de fracionamento;
- II - avaliar a qualidade do serviço e do plasma a ser fracionado por ela;
- III - fracionar o plasma ou produtos intermediários (pastas) para produzir hemoderivados;
- IV - distribuir hemoderivados;
- V - desenvolver programas de intercâmbio com órgãos ou entidades nacionais e estrangeiras;
- VI - desenvolver programas de pesquisa e desenvolvimento na área de hemoderivados e de produtos obtidos por biotecnologia, incluindo reagentes, na área de hemoterapia;
- VII - criar e manter estrutura de garantia da qualidade das matérias-primas, processos, serviços e produtos;
- VIII - fabricar produtos biológicos e reagentes obtidos por engenharia genética ou por processos biotecnológicos na área de hemoterapia;
- IX - celebrar contratos e convênios com órgãos nacionais da administração direta ou indireta, empresas privadas e com órgãos internacionais para prestação de serviços técnicos especializados;
- X - formar, treinar e aperfeiçoar pessoal necessário às suas atividades; e
- XI - exercer outras atividades inerentes às suas finalidades.

12. Percebe-se que foi atribuído a Hemobrás o relevantíssimo *munus (no interesse dos pacientes do SUS que dependam de hemoderivados)* de atuar em toda a cadeia, que vai desde habilitação dos pontos de doação, captação, armazenamento, transporte, fracionamento, desenvolvimento e fabricação dos produtos hemoderivados, além da própria logística de distribuição no âmbito das unidades do SUS, cujas atribuições, obviamente, não podem ser desenvolvidas, **em sua totalidade**, por uma empresa privada, com puro interesse econômico de obtenção de lucro.

13. A própria Hemobrás, nos termos do art. 2º da Lei nº 10.972/2004, no desempenho da atividade "*consistente na produção industrial de hemoderivados prioritariamente para tratamento de pacientes do SUS a partir do fracionamento de plasma obtido no Brasil*", não poderá auferir lucro, podendo ser apenas resarcida pelos serviços de fracionamento, bem como inerentes à logística e produção de hemoderivados.

14. Se a função social da Hemobrás se restringisse a isso, a Lei de criação poderia ter indicado a vocação da empresa como "*prestashop de serviço público*", e não como "*exploradora direta de atividade econômica*". Fosse isso, certamente o presente processo sequer teria sido instaurado, pois não haveria dúvida sobre a inaplicabilidade ao caso da diretriz contida na Orientação Normativa AGU nº 13, de 01/04/2009.

15. Todavia, é fato, a Hemobrás também pode explorar diretamente atividade econômica, conforme se extrai dos seguintes dispositivos da Lei nº 10.972/2004:

Art. 2º A HEMOBRÁS terá por finalidade explorar diretamente atividade econômica, nos termos do [art. 173 da Constituição Federal](#), consistente na produção industrial de hemoderivados prioritariamente para tratamento de pacientes do SUS a partir do fracionamento de plasma obtido no Brasil, vedada a comercialização somente dos produtos resultantes, podendo ser resarcida pelos serviços de fracionamento, de acordo com o previsto no parágrafo único do [art. 2º da Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001](#).

§ 1º Observada a prioridade a que se refere o caput deste artigo, a HEMOBRÁS poderá fracionar plasma ou produtos intermediários obtidos no exterior para atender às necessidades internas do País ou para prestação de serviços a outros países, mediante contrato.

(...)

Art. 3º Para a realização de sua finalidade, compete à HEMOBRÁS, em conformidade com as diretrizes do Ministério da Saúde:

(...)

V - desenvolver programas de intercâmbio com órgãos ou entidades nacionais e estrangeiras;

VI - desenvolver programas de pesquisa e desenvolvimento na área de hemoderivados e de produtos obtidos por biotecnologia, incluindo reagentes, na área de hemoterapia;

VII - criar e manter estrutura de garantia da qualidade das matérias-primas, processos, serviços e produtos;

VIII - fabricar produtos biológicos e reagentes obtidos por engenharia genética ou por processos biotecnológicos na área de hemoterapia;

IX - celebrar contratos e convênios com órgãos nacionais da administração direta ou indireta, empresas privadas e com órgãos internacionais para prestação de serviços técnicos especializados;

(...)

Art. 6º Constituem recursos da HEMOBRÁS:

I - receitas decorrentes de:

a) serviço de fracionamento de plasma para a produção de hemoderivados e demais serviços compatíveis com as suas finalidades;

b) serviços de controle de qualidade;

c) repasse de tecnologias desenvolvidas; e

16. Ou seja, a Hemobrás detém uma natureza jurídica *sui generis*:

- a) é empresa pública prestadora de serviço público, no exercício de seu espectro de competência vocacionado a garantir aos pacientes SUS o fornecimento de medicamentos hemoderivados ou produzidos por biotecnologia, especialmente no que concerne ao beneficiamento do plasma obtido no País, fazendo jus, para tanto, ao mero resarcimento dos custos relacionados;
- b) é empresa pública exploradora de atividade econômica, quando fraciona plasma ou produtos intermediários obtidos no exterior para atender às necessidades internas do País ou para prestação de serviços a outros países, mediante contrato, ou quando celebra contratos e convênios com órgãos nacionais da administração direta ou indireta, empresas privadas e com órgãos internacionais para prestação de serviços técnicos especializado, ou, ainda, exerce as demais atividades, descritas no art. 3º, não diretamente relacionadas à produção de hemoderivados.

17. Observe-se: nos pontos em que descreve o exercício de atividades de exploração econômica típicas, o Legislador expressamente obrigou a Hemobrás a celebrar contratos, o que não se verifica ao dispor sobre o exercício das competências, visando ao atendimento das demandas do SUS afetas aos hemoderivados, que lhe garantem apenas resarcimento pelas despesas efetivadas.

18. Logo, numa interpretação lógica da Lei nº 10.972/2004, até seria possível sustentar que a Hemobrás, já incumbida por Lei do munus de garantir aos pacientes do SUS o fornecimento de medicamentos hemoderivados ou produzidos por biotecnologia, desde que atuando em estrita conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo Ministério da Saúde (art. 3º, caput), poderia simplesmente planejar/programar as despesas para consecução de suas atividades, fazendo-se incluir na Lei Orçamentária Anual dotações orçamentárias para esse fim. Há fundamento no art. 6º, inciso II, da Lei nº 10.972/2004 que sustenta essa ideia:

Art. 6º Constituem recursos da HEMOBRÁS:

(...)

II - dotações orçamentárias e créditos que lhe forem destinados;

19. Obviamente que, não sendo estabelecido esse mecanismo entre os Ministérios da Saúde, do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e a própria Hemobrás, à míngua de outra alternativa legal que respalde juridicamente a relação entre essa empresa e o Ministério, resta apenas a celebração de contrato para materializar as obrigações pactuadas entre a Pasta e a empresa.

20. Lembre-se que, conforme apontado no PARECER n. 00781/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU, o uso do Termo de Execução Descentralizada (TED) e do convênio restou superado como alternativas para estabelecer o relacionamento entre o Ministério da Saúde e a empresa.

21. Definida a necessidade do contrato, imprescindível apontar que o fracionamento do plasma **não** resume toda a questão afeta à produção de hemoderivados, pois, antes e depois dessa etapa, uma série de atividades devem ser desempenhadas, como dito alhures, que tem início na especificação técnica, qualificação de pessoal e captação do plasma humano e encerra com a entrega do produto final na rede do SUS em todo o País. Ou seja, o fracionamento é apenas uma fase do processo, embora de bastante relevância.

22. Portanto, não faria muito sentido acometer à Hemobrás o desempenho de todas as atividades antecedentes e posteriores ao fracionamento propriamente dito, resarcindo-a apenas por isso, e ao mesmo tempo alijar a empresa pública da etapa mais nobre da produção de hemoderivados, que é o fracionamento e a manipulação da matéria-prima resultante desse processo, visando à produção dos medicamentos a serem disponibilizados aos pacientes do SUS.

23. À evidência, caso adotada essa exegese, haveria um efeito deletério à sustentabilidade da empresa, pois estar-se-ia admitindo menoscabo em relação às atividades a ela confiadas por Lei, subvertendo sua efetiva função social.

24. Exsurge, então, o objeto da consulta a que se refere estes autos, pois, numa interpretação literal da regra contida na Orientação Normativa AGU nº 13/2009 — *empresa pública ou sociedade de economia mista que exerce atividade econômica não se enquadra como órgão ou entidade que integra a administração pública, para os fins de dispensa de licitação com fundamento no inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993* —, pode-se chegar à conclusão de que a Hemobrás, por também lhe ter sido autorizada, pela Lei que a instituiu, explorar atividade econômica, obrigatoriamente não poderia ser contratada por dispensa de licitação, com fundamento no inciso VIII, c/c o § 2º do art. 24 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

(...)

§ 2º O limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a administração pública estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS.

25. Como se disse, a exegese simplista dessa Orientação Normativa pode levar ao esvaziamento de nobres funções atribuídas por Lei à Hemobrás, que estaria submetida a frequentes riscos de sair derrotada em processos licitatórios (*certamente de estatura internacional*) destinados à contratação de empresa para cuidar do fracionamento do plasma humano obtido no País^[1], ficando, com isso, relegada a assumir apenas as funções adjacentes a esse processo.

26. O que se propõe, para excepcionalizar a situação particular da Hemobrás à diretriz contida na Orientação Normativa AGU nº 13/2009, é a realização de um olhar diferenciado sobre as atividades da empresa, de forma que:

- a) em relação ao seu espectro de atribuições caracterizadas como de prestação de serviço público voltado à garantia de fornecimento de hemoderivados aos pacientes do SUS, em relação às quais sequer pode obter lucro, esta pode ser contratada por dispensa de licitação, com fundamento no inciso VIII, c/c o § 2º do art. 24 da Lei nº 8.666/1993;
- b) em relação ao seu espectro de atribuições que a caracterizam como exploradora de atividade econômica, deve-se submeter a processo licitatório regularmente.

27. Com efeito, parte-se da premissa de que deve haver efetiva diferenciação de tratamento entre as empresas estatais que prestam serviços públicos e aquelas que exploram atividade econômica, conforme sustenta Thiago Emmanuel Chaves de Lima (*Aproximação do regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público ao das pessoas jurídicas de direito público*, disponível em <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/3667154>).

28. Segundo esse articulista, "criadas como braços do Estado para a prestação de serviços públicos e exploração de atividades econômicas de interesse público, as Empresas estatais apresentam peculiaridades, que nem sempre correspondem a privilégios, em seu regime jurídico, comparadas com as demais pessoas jurídicas de Direito Privado". Continua:

Entre essas peculiaridades, presentes tanto nas empresas estatais prestadoras de serviço público quanto nas exploradoras de atividade econômica, podemos apontar, de acordo com a Constituição Federal: a exigência constitucional da necessidade de autorização legislativa para sua criação (art. 37, XIX e XX); maioria ou totalidade do capital pertencente ao Estado, conforme se trate de sociedade de economia mista ou empresa pública; necessidade de concurso público, de provas ou de provas e títulos, para a admissão de empregados (art. 37, II); submissão do salário de seus empregados ao teto remuneratório do serviço público para aqueles que receberem recursos do ente político instituidor para pagamento de pessoal e custeio em geral (art. 37, XI e § 9º); proibição de acúmulo de cargos públicos (art. 37, XVI e XVII), salvo as exceções constitucionalmente previstas; submissão à fiscalização e controle do Congresso Nacional (art. 49, X); submissão de suas operações de crédito externo e interno aos limites e condições fixados pelo Senado Federal (art. 52, VII); submissão ao julgamento do Tribunal de Contas das contas de seus administradores, bem como o exame, por parte do Tribunal, quanto à legalidade, para fins de registro, dos atos de admissão de pessoal a qualquer título, concessões de aposentadoria, reforma e pensão (art. 71, II, III e IV); inclusão nos orçamentos fiscal e de investimentos da União (art. 165, § 5º); necessidade de prévia dotação orçamentária para concessão de qualquer vantagem, alteração de estrutura de carreiras, bem como admissão de pessoal a qualquer título (art. 169, §1º). (p. 5).

(...)

Conforme apontado por Jansen Amadeu do Carmo Madeira e José Maria Pinheiro Madeira surgiram cinco correntes a respeito da aplicabilidade do §1º do art. 173 às empresas estatais prestadoras de serviço público. (p. 6).

(...)

Quanto a quinta corrente, esta defende que o art. 173 não se aplicaria às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, remetendo o seu disciplinamento jurídico ao art. 175, que trata das concessões e permissões de serviço público. Assim, para essa corrente, as empresas estatais subordinam-se a regimes jurídicos diversos conforme forem exploradas de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos, isto porque, de acordo Di Pietro:

Como o artigo 173 cuida especificamente da atividade de natureza privada, exercida excepcionalmente pelo Estado por razões de segurança nacional ou interesse coletivo relevante, há que se concluir que as normas dos §§ 1º e 2º só incidem nessa hipótese. Se a atividade for econômica (comercial ou industrial) mas assumida pelo Estado como serviço público, tais normas não têm aplicação, incidindo, então, o art. 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello, também defende que o art. 173 se aplicaria apenas às Empresas Estatais prestadoras de serviços Públicos:

Note-se e ressalte-se: o estatuto legal de que fala o art. 173, diz respeito unicamente às exploradoras de atividade econômica. Deveras, não apenas o parágrafo está referido à exploração de atividade econômica, mas a própria cabeça do artigo – e que obviamente comanda a inteligência de seus parágrafos – reposta-se à “exploração direta de atividade econômica pelo Estado”. É tão claro ser disto que se trata que ali também se diz que a sobredita exploração “só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme declarados em lei”. Evidentemente, então, está a cogitar de coisa antitética aos serviços públicos e diversas deles, que estes são atividade normal do Estado, ao invés de excepcional, caso do exercício direto de atividade econômica, esfera reservada aos particulares (art. 170, IV, e notadamente parágrafo único do mesmo artigo).

Jansen Amadeu do Carmo Madeira e José Maria Pinheiro Madeira defendem que o art. 173 não se aplicaria às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, e que o art. 175, ao estabelecer que a Administração prestará “diretamente ou sob o regime de concessão ou de permissão” serviços públicos, o termo diretamente incluiria a prestação pelas empresas estatais, como integrantes da Administração, ainda que denominada de Administração Indireta. Bem por isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem caminhado no sentido de, excluindo as empresas estatais prestadoras de serviços públicos dos preceitos insculpidos no artigo 173, aproximar seu regime jurídico, cada vez mais, ao das pessoas jurídicas de direito público. (pp. 7/8).

29. Essa diferenciação entre as empresas públicas é admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai no portal eletrônico dessa Corte, no campo "A Constituição e o Supremo" ([link http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1677](http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1677)),

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

Controle concentrado de constitucionalidade

Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. (...) As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição

do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (...) O § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.

[ADI 1.642](#), rel. min. Eros Grau, j. 3-4-2008, P, *DJE* de 19-9-2008.

[ARE 689.588 AgR](#), rel. min. Luiz Fux, j. 27-11-2012, 1ª T, *DJE* de 13-2-2012.

30. Do exposto, esta Consultoria Jurídica entende que:

- a) **no espectro de atribuições da Hemobrás caracterizadas como de prestação de serviço público, voltado à garantia de fornecimento de hemoderivados aos pacientes do SUS, em relação às quais sequer pode essa empresa obter lucro, não se aplica a Orientação Normativa AGU nº 13/2009**, viabilizando-se a formalização de instrumento jurídico, entre essa empresa pública e o Ministério da Saúde, para o resarcimento previsto no art. 2º da Lei nº 10.972/2004, com fundamento na dispensa de licitação prevista no inciso VIII c/c o § 2º do art. 24 da Lei nº 8.666/1993;
- b) em relação ao espectro de atribuições da Hemobrás caracterizadas como de exploração de atividade econômica, conforme item 16, letra "b", deste despacho, deve-se aplicar a Orientação Normativa AGU nº 13/2009.

31. **No entanto, como a Orientação Normativa AGU nº 13/2009 contém diretriz de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos da AGU enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73/1993 (entre os quais se inclui esta Consultoria Jurídica, conforme art. 2º, inciso II, alínea "b"), torna-se imprescindível formalizar consulta à AGU, a fim de que se possa avaliar o entendimento defendido por esta Órgão Consultivo.**

32. Ao Apoio Administrativo desta Consultoria Jurídica, para que:

- a) complemente a instrução do Processo SEI nº 00737.007958/2018-54, junte as presentes manifestações aos autos naquele sistema e encaminhe os autos virtuais ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Saúde, para conhecimento e, acolhendo as razões de fato e de direito expostas por esta Consultoria Jurídica, por intermédio do PARECER n. 00781/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU e do presente despacho:
 - i) envie aviso à Exma. Sra. Advogada-Geral da União, consultando-a sobre a possibilidade de autorizar a aplicação do entendimento defendido por este Órgão Consultivo, no que concerne ao afastamento da Orientação Normativa AGU nº 13/2009, visando à formalização de instrumento jurídico, entre a Hemobrás e o Ministério da Saúde, para o resarcimento previsto no art. 2º da Lei nº 10.972/2004, considerando-se o caráter de serviço público prestado por essa empresa pública, com fundamento no inciso VIII, c/c o § 2º do art. 24 da Lei nº 8.666/1993; e,
 - ii) retorne os autos a esta Consultoria Jurídica, visando à sua tramitação no sistema SAPIENS à AGU;
- b) encaminhe os autos virtuais ao Gabinete da Secretaria Executiva, para ciência;
- c) abra link de acesso externo ao Processo SEI nº 00737.007958/2018-54, enviando-o ao e-mail do Procurador Jurídico da Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia, Dr. Patrick Kaiser Brosselin (patrick.brosselin@hemobras.gov.br), para acompanhamento do trâmite do feito administrativo;
- d) acolhida pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Saúde a sugestão contida na letra "a", subitem "i", e expedido o consequente aviso, com o retorno dos autos a esta Consultoria Jurídica, complemente a instrução do presente processo no sistema SAPIENS e abra tarefa, via SAPIENS, ao Gabinete da Exma. Sra. Advogada-Geral da União;
- e) arquive o processo em epígrafe no sistema SAPIENS.

Brasília, 20 de agosto de 2018.

JOÃO BOSCO TEIXEIRA
Advogado da União
Consultor Jurídico junto ao Ministério da Saúde

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00737007958201854 e da chave de acesso 3213075e

Notas

1. ^ Vale esclarecer que a Hemobrás vinha sendo contratada pelo Ministério da Saúde para realizar o fracionamento do plasma humano obtido no País, com base no art. 24, inciso XXXII, da Lei nº 8.666/1993, que trata de transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS. Todavia, em razão de recentes dificuldades do parceiro privado na transferência de tecnologia, resta impossibilitada, neste momento, a contratação com base nesse dispositivo.

Documento assinado eletronicamente por JOAO BOSCO TEIXEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 158513957 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JOAO BOSCO TEIXEIRA. Data e Hora: 20-08-2018 12:47. Número de Série: 102718. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v4.
