Parecer nº 353/2020

PARECER JURÍDICO

Ref.: Solicitação de parecer jurídico sobre a possibilidade de reequilíbrio econômico ou cancelamento de fornecimento de itens constantes em Ata de Registro de Preços firmada com a empresa Distribuidora Oliveira Assis Eireli.

Trata-se de solicitação de parecer jurídico oriunda do departamento de licitação da FIMES/UNIFIMES, a incidir em Processo Administrativo que teve por objeto Licitação na modalidade Pregão Presencial, sob o sistema de registro de preços (SRP), objetivando a aquisição de materiais hospitalares para atender as necessidades do curso de Medicina da UNIFIMES.

A finalização do procedimento licitatório ocorreu em 01/10/2019, data da assinatura da Ata de Registro de Preços com a empresa DISTRIBUIDORA OLIVEIRA E ASSIS LTDA-ME, pessoa jurídica de direito privado, devidamente cadastrada no CNPJ sob n. 21.583.470/0001-03, com sede na Rua Mineiros, Qd.11, Lt.17, n.1808, Setor Samuel Graham, Jataí-GO, representada por Marcello Oliveira de Assis, brasileiro, solteiro, empresário, inscrito no CPF sob o n. 045.409.736-06, para fornecimento futuro e eventual de, dentre outros produtos, luva de procedimento tamanho P, máscara descartável tripla com 50 unidades e aparelho nebulizador.

Ato contínuo, nas datas de 23/01/2020 e 03/02/2020, foram solicitadas todas as quantidades do aparelho nebulizador e das luvas de procedimento tamanho P, por meio das ordens de fornecimento n.128, 129 e 249, no entanto, consta no processo a informação de que tais produtos ainda não foram entregues. Quanto às máscaras descartáveis, verifica-se que não foram solicitadas.

Ocorre que, na data de 20 de abril, foi remetido e-mail em que a empresa fornecedora apresentou, respectivamente, requerimento de reequilíbrio econômico da proposta inicialmente apresentada ou o cancelamento dos referidos itens, ao argumento de que o cenário mundial da pandemia causada pelo novo coronavírus (COVID-19) tem gerado aumento nos preços, impactos na logística e demora na entrega dos pedidos por parte dos fabricantes, fatos que inviabilizam a manutenção do valor ofertado à época do Pregão, podendo lhe causar grandes prejuízos.

Destarte, questiona-se a possibilidade jurídica do referido requerimento, considerando a licitação processada no sistema de registro de preços, bem como o disposto na Ata de Registro de Preços e na Lei 8.666/93.

É o breve relato.

Cumpre esclarecer, inicialmente, que, nos termos do artigo 15, II, da Lei 8.666/93, o sistema de registro de preços deve ser utilizado, sempre que possível, para o processamento de compras, sendo que, em conformidade com o disposto no §3º, II, do mesmo artigo, será regulamentado por decreto, o qual deve observar, dentre outras condições, a estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados.

Com efeito, o Decreto 7.892/2013 regulamenta o sistema de registro de preços e estabelece no artigo 17 a possibilidade de revisão dos preços registrados em decorrência de redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, observado o disposto no artigo 65, II, alínea "d", da Lei de Licitações, ou seja, em razão de álea econômica extraordinária e extracontratual.

Além disso, consta no artigo 19 do mencionado Decreto o seguinte:

> Art. 19. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá:
> I - liberar o fornecedor do compromisso assumido, caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento, e sem aplicação da penalidade se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados; e
> II - convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.
> Parágrafo único. Não havendo êxito nas negociações, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação da ata de registro de preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa.

Percebe-se, assim, que embora houvesse determinação na Lei 8.666/93 para que o Decreto regulamentador do sistema de registro de preços estipulasse um sistema de controle e as condições de atualização dos preços registrados, isso não ocorreu, de modo que contempla apenas a hipótese de revisão de preços para reduzi-los consoante os de mercado e não a de atualização/reajuste dos preços registrados. Logo, em um primeiro momento, parece não haver previsão legal para reajuste dos preços registrados em ata.

No entanto, a situação em exame já foi objeto de análise no Parecer nº14 do Departamento de Consultoria da Câmara Permanente de Licitações e Contratos da Advocacia Geral da União[1], no qual esboçou-se o entendimento de que "no nosso ordenamento jurídico, a regra geral continua a ser a da garantia do equilíbrio econômico financeiro da contratação (art. 37, XXI, da CF/88)". (p.4)

Neste sentido, vale destacar o disposto no aludido Parecer:

> (...) seria um contrassenso entendermos pela impossibilidade de previsão de cláusula de reajustamento em contratos decorrentes de licitações processadas por SRP, pois o art. 15, §3º, II, da Lei nº 8.666/93 estipulou que o decreto regulamentador do SRP deveria prever o sistema de atualização dos preços registrados. In casu, diante da omissão do decreto quanto à regulação específica do tema, deve o intérprete buscar, nos comandos da Lei nº 8.666/93, o tratamento jurídico pertinente. (p.6)

Em síntese, conclui-se do Parecer mencionado que, de acordo com a interpretação conjunta do Decreto 7.892/2013 e das disposições contidas na Lei 8.666/2013, não existe impedimento jurídico para que haja reajuste em contrato amparado por licitação sob o sistema de registro de preços, desde que respeitados os pressupostos legais para tanto.

Quanto aos pressupostos legais, não foram abordados no Parecer ora comentado, mas, pela previsão do artigo 12, § 3º do Decreto 7.892/2013, infere-se que, para o caso em análise, são os contidos no artigo 65, II, alínea "d", da Lei 8.666/2013, a saber:

> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
> (...)
> II - por acordo das partes:
> (...)
> d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, **objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso**

[1]Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/26071438

fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (grifo nosso)

Vê-se, assim, que para que haja a alteração do contrato firmado com a Administração Pública, por acordo das partes, devem estar presentes os seguintes requisitos: a ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

Em relação ao primeiro, considera-se equilíbrio econômico-financeiro a situação em que todos os encargos impostos à parte são contrapostos à remuneração percebida. Significa dizer, nas palavras de JUSTEN FILHO (2014)[2], que "*a garantia constitucional se reporta à relação original entre encargos e vantagens do contrato. O equilíbrio exigido envolve a contraposição entre encargos e vantagens, tal como fixada por ocasião da contratação*".

Neste sentido, a proteção constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro destina-se ao benefício da própria Administração Pública, pois, é mais vantajoso contratar pelo menor preço possível e, se verificado evento posterior e oneroso, acrescer o pagamento dos encargos, do que contratar pelo preço correspondente aos efeitos meramente potenciais de eventos possíveis.

Assim, o rompimento do equilíbrio-econômico depende da ocorrência de um evento posterior identificado como causa da situação gravosa ao contratado, com exceção dos eventos ocorridos por conduta culposa dele.

No que se refere aos fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, caracterizam-se pela ocorrência das seguintes situações:

- imprevisibilidade do evento (o que compreende a inviabilidade de estimativa dos efeitos de evento previsível);
- inimputabilidade do evento às partes;
- grave modificação das condições do contrato;
- ausência de impedimento absoluto; (JUSTEN FILHO,2014)[3]

No presente caso, ao considerarmos que a empresa possuía o prazo de 30 (trinta) dias para a entrega dos produtos, contados do recebimento da ordem de fornecimento, e que tal recebimento ocorreu em 20/02/2020, conforme e-mail que consta no processo, é possível

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.p.1012.

[3] _____. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.p.1013.

verificar que a data da entrega coincidiu com a situação de pandemia deflagrada no Brasil, situação esta que era imprevisível à época da assinatura da ata registro dos preços. Assim, quanto à ocorrência de fatos imprevisíveis como requisito legal para o reajuste dos preços, entendemos que resta demonstrada nos autos.

Com efeito, no Brasil, o primeiro caso de contaminação pelo novo coronavírus (COVID-19) foi confirmado pelo Ministério da Saúde na data de 26/02/2020, logo após o recebimento das ordens de fornecimento pela empresa. Com isso, os impactos econômicos no território nacional, causados, sobretudo, pelas medidas de isolamento social que passaram a ser impostas em diferentes regiões da federação, começaram a ocorrer logo nas primeiras semanas do mês de março, época em que, inclusive, o estado de pandemia foi reconhecido pela Organização Mundial de Saúde.

Diante disso, sob o aspecto da imprevisibilidade dos fatos, frise-se, a análise da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial da avença se mostra viável, posto que coincidente com a situação de pandemia deflagrada no mundo.

No entanto, quanto aos alegados reflexos econômicos que se relacionam ao cenário de incertezas, tanto em âmbito nacional, quanto internacional, que supostamente impossibilitam a empresa de manter o equilíbrio-econômico ajustado inicialmente, com o registro dos preços, não estão comprovados no processo, porquanto a empresa fornecedora dos produtos não juntou as notas fiscais em que constam o reajuste de preços praticados pelos fabricantes, incluindo eventuais importações.

As meras alegações da empresa, de que as oscilações econômicas nacionais e internacionais ocasionadas pelo COVID-19 a impedem de manter o preço registrado em ata, são insuficientes para que haja a ampliação quantitativa dos encargos e a modificação da situação inicial disposta na ata de registros de preços.

Ademais, os novos preços apontados pela empresa necessitam de absoluta comprovação. Inclusive, ainda que haja tal comprovação, nos termos da Recomendação Conjunta Nº01/2020 do TCM/GO e MPC/TCMGO, é recomendável que o departamento responsável proceda à conferência dos preços que estão sendo praticados no mercado para confirmar o reajuste solicitado, visto que os itens "máscaras descartável tripla", por exemplo, estão sofrendo um reajuste em torno de 6000%, o que implica em prática vedada pelos órgãos de controle.

Neste sentido, vale citar o que estabelecem os itens 2.7, alínea "d", e 2.8, alínea "c", da referida Recomendação:

> 2.7. Recomenda-se, com relação aos contratos administrativos em vigor, notadamente os que envolvem prestação de serviços, que: (...)
> d) busquem o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por meio de ações preferencialmente consensuais, **a fim de ajustar as prestações respectivas às possibilidades reais de adimplemento**, em articulação com as partes contratuais e com a participação das entidades representativas das categorias envolvidas, se possível, **com a cautela de agregar ao processo administrativo todas as justificativas e documentos necessários**;
>
> 2.8. Nas contratações emergenciais para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública, com fundamento na Lei Federal nº 13.979/2020, deve-se atentar para os seguintes deveres: (...)
> c) **justificar os valores contratados, especialmente se superiores aos praticados no mercado em decorrência de oscilações ocasionadas pela variação de preços, sob pena de caracterização de sobrepreço/superfaturamento**;

Resta claro, portanto, que é possível a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro junto à Administração Pública, em contratos firmados por licitação operada sob o sistema de registro de preços, uma vez presentes os pressupostos constantes na alínea "d", inciso II, do artigo 65 da Lei de Licitações, **DESDE QUE devidamente comprovado que os novos valores são advindos de repasses dos fabricantes e que estão sendo praticados no mercado.**

Importante observar, neste sentido, que embora não haja impedimento jurídico ao reajuste do preço contratado, em casos como este a Instituição Pública não está vinculada. Pelo contrário, a entrega dos produtos licitados pelo preço reajustado somente ocorrerá se estiver presente a necessidade e o interesse da Administração em realizar a contratação, bem ainda previsão orçamentária para custear tais gastos.

Por fim, cumpre observar que, caso não seja possível a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro, se a empresa não apresentar documentos comprobatórios suficientes para demonstrar o reajuste solicitado, e caso se verifique que os preços são impraticáveis no mercado, poderá ser acolhido o pedido de cancelamento da entrega dos itens, sem que haja aplicação de sanções, haja vista o disposto no item 2.7, alínea "e" da mesma Recomendação Conjunta Nº01/2020 do TCM/GO e MPC/TCMGO.

Parecer nº 353/2020

Consequentemente à hipótese de cancelamento da entrega dos itens, a administração poderá realizar contratação emergencial com fundamento no item 2.8 da mesma Recomendação e também no artigo 5º, I, do Decreto Municipal n.234, de 22 de abril de 2020.

Destarte, o parecer é no sentido de ser possível o reajuste do preço registrado em ata e contratado pela empresa DISTRIBUIDORA OLIVEIRA E ASSIS LTDA-ME, no período de vigência do documento, **somente se observadas as recomendações descritas**, mantidas as cláusulas originalmente pactuadas, nos termos do 12, §3º do Decreto 7.892/2013 e do artigo 65, II, alínea "d", da Lei 8.666/93, isso se conveniente à Administração Superior da FIMES.

Na impossibilidade de serem cumpridas as recomendações mencionadas, manifestamos pelo cancelamento da entrega dos itens que constam na solicitação da empresa, da forma exposta nos parágrafos antecedentes a este.

É o nosso Parecer, à consideração superior.

S.M.J.

Mineiros/GO, 29 de abril de 2020.

Camila de Oliveira Resende

Assessora Jurídica da FIMES/UNIFIMES