Parecer nº 423/2020

PARECER JURÍDICO

Ref.: Parecer jurídico sobre a possibilidade de 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 remetida pelo departamento de licitação da FIMES/UNIFIMES, por e-mail, na data de 26/05/2020, conforme documento anexo, a respeito das medidas a serem tomadas em relação à empresa DISTRIBUIDORA OLIVEIRA E ASSIS LTDA-ME nos autos do Processo Administrativo em que fora realizada Licitação, após a sequência de e-mails trocados com representante da empresa.

A licitação na modalidade Pregão Presencial, sob o sistema de registro de preços (SRP), teve por objeto 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, para fornecimento futuro e eventual de, dentre outros produtos, luva de procedimento tamanho P com 50 pares, máscara descartável tripla com 50 unidades e aparelho nebulizador.

Em síntese, 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, até o presente momento, tais produtos não foram entregues. Quanto às máscaras descartáveis, não foram solicitadas.

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.

Camila de Oliveira Resende
OAB/GO 33.143
Assessoria Jurídica
FIMES/UNIFIMES

Parecer nº 423/2020

Na data de 29 de abril deste ano, emitimos parecer jurídico (Parecer nº 353/2020) no qual constou a possibilidade de reequilíbrio econômico do preço registrado somente se a empresa comprovasse que os novos valores requeridos eram advindos dos fabricantes ou fornecedores e que estavam sendo praticados no mercado. Também constamos a orientação de que, caso não fosse possível o reequilíbrio econômico nas referidas condições, poderia ser feito o cancelamento dos itens, sem que houvesse aplicação de sanções, haja vista a Recomendação Conjunta Nº 01/2020 do TCM/GO e MPC/ TCMGO.

Ato contínuo, verifica-se no processo que foi realizado contato com a empresa para que apresentasse os comprovantes do reajuste sofrido, no entanto, a empresa juntou aos autos apenas documentos impressos do aplicativo WhatsApp, em que supostamente teria feito contato com distribuidores/revendedores que repassaram valores, além de um orçamento de itens diversos dos registrados na Ata.

A equipe do departamento de licitação também realizou pesquisa de preços junto a outras empresas, para que fosse possível identificar se o reajuste requerido pela empresa DISTRIBUIDORA OLIVEIRA E ASSIS LTDA-ME era compatível com o reequilíbrio econômico pretendido, sendo que obteve resposta da empresa Pollo Distribuidora de Produtos de Limpeza Descartáveis e Hospitalares, em que foi apresentado orçamento menor que os valores informados para o reajuste.

Diante dos fatos, fora remetido pelo departamento de licitação, via e-mail, documento para apreciação desta Assessoria Jurídica, no qual constava autorização para o cancelamento dos três itens objeto do requerimento de reequilíbrio econômico.

Entretanto, da nova análise dos autos, remetemos nova orientação, via e-mail (doc. anexos), cuja sequência segue anexa a este parecer, no sentido de que, para o cancelamento dos itens sem que houvesse aplicação de sanção administrativa, também deveria restar comprovada a alteração de preços indicada pela empresa, porquanto não havia sido juntada prova robusta do reajuste alegado, até porque não condizente com a pesquisa de preços que foi feita pela equipe de licitação. Na referida orientação, recomendamos que fosse expedida outra notificação à empresa com a informação de que deveria ser apresentada prova idônea do reajuste sofrido também para o cancelamento dos itens, sob pena de sofrer as penalidades previstas no edital e na ata de registro de preços.

Camila de Oliveira Resende
OAB/GO 33.143
Assessoria Jurídica
FIMES/UNIFIMES

Parecer nº 423/2020

Após a remessa da notificação à empresa DISTRIBUIDORA OLIVEIRA E ASSIS LTDA-ME, com a resposta remetida via e-mail (doc. anexo), vieram os autos do processo para mais uma análise desta Assessoria.

É o breve relato.

Inicialmente, convém salientar que os termos do presente parecer são complementares ao Parecer nº 353/2020, porquanto a primeira análise, basicamente, tratou da possibilidade do pedido principal de reequilíbrio econômico realizado pela empresa DISTRIBUIDORA OLIVEIRA E ASSIS LTDA-ME, motivado pela deflagração da pandemia causada pelo novo Coronavírus (COVID -19).

Registramos, ainda, que a análise solicitada se limita apenas às questões jurídicas, fugindo da competência da Assessoria Jurídica as questões técnicas, administrativas ou discricionárias, que dependam de juízo de conveniência e oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opiniões ou recomendações.

Por oportuno, cumpre observar que, ao nosso ver, o reequilíbrio econômico já se mostrou inviável, pois, além de inexistente prova cabal do reajuste pleiteado pela empresa, os preços sustentados por ela não são os preços praticados no mercado, conforme o orçamento que compôs a pesquisa de preços feita pelo departamento de licitação.

De acordo com a jurisprudência firmada no Tribunal de Contas da União, considera-se prova idônea, robusta ou cabal do reajuste sofrido, a existência do efetivo pagamento por parte da empresa, especialmente pela apresentação de notas fiscais de aquisição dos produtos junto ao fabricante ou fornecedor. Isso significa que valores de referência extraídos de pesquisas, índices oficiais ou de meras variações cambiais são insuficientes para a demonstração objetiva da necessidade da revisão dos preços registrados em ata.

Neste sentido, são os posicionamentos expostos no Acórdão 1085/2015- Plenário, Te 019.710/2004-2, Relator Ministro Benjamin Zymler, 6.5.2015; Acórdão 1568/2015 - Plenário, TC- 003.146/2015-4, Relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.6.2015; e Acórdão 1100/2015 – Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo, 06/05/2015, do qual extraímos e destacamos o seguinte trecho:

Camila de Oliveira Resende
OAB/GO 33.143
Assessoria Jurídica
FIMES/UNIFIMES

Parecer nº 423/2020

Sumário: REPRESENTAÇÃO. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DO PIAUÍ. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO PARA REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS. INDÍCIOS DE SUPERFATURAMENTO NA EXECUÇÃO CONTRATUAL, EM DECORRÊNCIA DO REALINHAMENTO INDEVIDO DE PREÇOS REGISTRADOS NA ATA. AUDIÊNCIA DE AGENTES PÚBLICOS ESTADUAIS E DE EMPRESAS CONTRATADAS. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA INSUFICIENTES PARA ELIDIR A SUSPEITA DE PAGAMENTOS INDEVIDOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CONVERSÃO DOS AUTOS EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. AUTORIZAÇÃO PARA CITAÇÃO.

(...)

IV.3. Análise

14. Quanto às irregularidades apontadas nos atos que seriam de responsabilidade do defendente e que acabaram por acarretar o realinhamento de preços, arroladas nas alíneas do item II da audiência, observa-se que, no seu conjunto, são indicativos de sua precariedade ou mesmo de sua inexistência real.

14.1 Assim, a ausência de notas fiscais (item II, alínea 'a') e de planilha demonstrando a variação cambial (item II, alínea 'b') não são, de fato, por si sós, exigíveis expressamente pela lei 8.666/93, mas são elementos que usualmente são utilizados para comprovar a alteração das condições de fato e de direito que alteraram a equação econômico-financeira do contrato.

14.2 Poder-se-ia instruir o processo prescindindo-se deles? Sim, mas elementos insofismáveis haveriam de ser coligidos de modo a provar cabalmente a necessidade de alteração dos preços nos percentuais adotados. Note-se que o responsável é ouvido pelas deficiências no processo de instrução, ou seja, pela concessão do reajuste sem demonstração de seu cabimento; a ausência de notas fiscais e outros elementos são apenas evidências da falha maior.

(grifo nosso)

Em sentido análogo, vejamos o disposto na Instrução Normativa 010/2015, do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás:

Art. 4º. Além da documentação obrigatória tratada no artigo anterior, deverão ser apresentadas ainda, na formalização dos processos de licitações e contratos, as peças complementares que atendam às peculiaridades de cada situação a seguir:

(...)

§ 4º Nos casos de termo aditivo a contratos ou convênios nas situações abaixo, além do exigido no Parágrafo anterior, devem ser enviados:

I - termo aditivo de realinhamento de preço em contrato de fornecimento:

Camila de Oliveira Resende
OAB/GO 33.143
Assessoria Jurídica
FIMES/UNIFIMES

> **a) notas fiscais anteriores e posteriores, do mesmo distribuidor dos produtos para a empresa contratada, demonstrando a alteração de custo;**
> b) informação e demonstrativo das quantidades restantes a fornecer, vez que o realinhamento se aplica apenas nos saldos dos produtos a fornecer;
> c) cálculo demonstrativo do realinhamento efetuado;
> d) cópia da portaria da Petrobrás, autorizando o aumento de preços pela Distribuidora, caso se trate de combustíveis. (grifo nosso)

A empresa DISTRIBUIDORA OLIVEIRA E ASSIS LTDA-ME assumiu a obrigação de entregar os itens registrados, dentro do prazo de validade da ata, logo, a comprovação da impossibilidade de entregar os referidos itens pelo preço ajustado é ônus da empresa interessada.

A empresa não pode simplesmente alegar desequilíbrio e dificuldade na aquisição de produtos que já deveria ter em estoque. Ademais, sequer foi arrolada no processo planilha de custos que expresse a composição do pedido de reequilíbrio econômico.

Vale salientar que o sistema de registro de preços (SRP) se caracteriza pela inexistência de garantia de contratação dos quantitativos estimados no edital. A ata de registro de preços é documento que traduz apenas expectativa de contratação, por meio do qual o particular assume a obrigação de celebrar contratações futuras, que devem observar os preços e as demais condições preexistentes na ata, devendo estar preparado para o fornecimento dos itens assumidos.

Julgamos necessárias tais considerações porque também se relacionam à possibilidade jurídica de cancelamento dos itens mencionados no requerimento da empresa, sem a aplicação de sanções administrativas.

Em que pese termos manifestado no Parecer nº 353/2020 pela possibilidade de cancelamento dos itens, sem aplicação de sanções administrativas, haja vista o disposto no item 2.7, alínea "e" da Recomendação Conjunta Nº01/2020 do TCM/GO e MPC/TCMGO, entendemos que a interpretação mais acertada da referida Recomendação se dá em conjunto com o disposto, sobretudo, no artigo 19 do Decreto 7.892/2013, vejamos:

> 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**

de Oliveira Resende
OAB/GO 33.143
Assessora Jurídica
UNIFIMES

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.

Pelo que se extrai do citado artigo, na licitação processada pelo sistema de registro de preços, a liberação ou o cancelamento de itens registrados, em razão do aumento de preços no mercado, só pode ocorrer se estiverem presentes os seguintes requisitos: I) a comunicação deve ser feita antes do pedido de fornecimento dos itens (limitação temporal ao pedido); II) verificada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados. Entretanto, para a liberação do compromisso assumido, sem ônus, não vislumbramos a presença dos requisitos legais no presente caso.

Muito embora reconheçamos a notoriedade do fato imprevisível (pandemia) que ocasionou o pedido, as ordens de fornecimento dos itens aparelho nebulizador e luvas de procedimento tamanho P foram expedidas no final do mês de janeiro e início de fevereiro deste ano de 2020, em 23/01/2020 e 03/02/2020, respectivamente, ou seja, em período anterior à deflagração das infecções causadas pelo COVID-19 no Brasil. Apesar de tal deflagração ter coincidido com o período de entrega dos itens, que seria de 30 (dias) a contar do recebimento dos pedidos, em 20/02/2020, a empresa não logrou êxito em comprovar suas alegações de que o aparelho nebulizador está em falta no mercado e que as luvas de procedimento tamanho P tiveram o aumento sustentado, até porque, como dito, já deveria estar preparada para o fornecimento dos itens assumidos.

No que se refere às máscaras descartáveis, apesar de ainda não ter sido expedida ordem de fornecimento, segundo as informações do processo, da mesma forma não existe demonstração idônea de que há necessidade de aumento de cerca de 6000% no preço registrado.

Percebe-se, assim, que apesar de, juridicamente, ser possível a liberação do fornecedor que registrou preços em ata, sem aplicação de penalidades, na hipótese de majoração dos preços de mercado, tal liberação só se torna cabível se demonstrados os requisitos legais mencionados. Logo, nossa análise do disposto no item 2.7, alínea "e", da Recomendação Conjunta Nº 01/2020 do TCM/GO e MPC/TCMGO, se faz mais criteriosa principalmente porque deve-se levar em conta a boa-fé e o interesse público que permeia o caso, uma vez que fora expedida ordem de fornecimento de dois itens registrados em ata.

Camila de Oliveira Resende
OAB/GO 33.143
Assessoria Jurídica
FIMES/UNIFIMES

Vejamos o que estabelece o item 2.7, alínea "e" da Recomendação citada:

> 2.7. Recomenda-se, com relação aos contratos administrativos em vigor, notadamente os que envolvem prestação de serviços, que:
> (...)
> e) abstenham-se de aplicar sanções contratuais em razão da inexecução contratual ou prática de condutas que possam ser fundadas unicamente no evento de força maior caracterizado pela pandemia;

A simples alegação da empresa de dificuldade de aquisição dos itens e de aumento nos preços é insuficiente para que a Administração da FIMES desonere-a da obrigação assumida. Nosso entendimento toma como base a necessidade da FIMES em adquirir os itens, já que expediu as ordens de fornecimento. Agora, não pode simplesmente desobrigar o fornecedor de entregar os itens assumidos, sem que haja a devida comprovação das alegações, sob pena de infringir princípios da administração pública, tais como a legalidade, a moralidade e a eficiência.

Além disso, as alegações sem prova da empresa DISTRIBUIDORA OLIVEIRA E ASSIS LTDA-ME atentam contra a boa-fé contratual, pois, da forma como foram feitas soam como casuísmo, oportunidade de descumprimento da obrigação assumida, tendo apenas como pano de fundo o cenário da pandemia.

É fato que, caso a empresa tivesse apresentado documentos comprobatórios suficientes para a revisão de preços pleiteada, tal como exposto neste parecer, a Administração da FIMES não estaria obrigada a acolher o pedido de reequilíbrio-econômico, porquanto talvez o realinhamento dos preços não fosse vantajoso para a Administração, por conta da verificação dos preços praticados no mercado, como se vê no processo. Contudo, se esta fosse a hipótese é que a Administração poderia liberar a empresa vencedora do certame quanto aos itens registrados, sem que houvesse a aplicação de penalidades.

Como isso inocorreu, entendemos que a interpretação jurídica mais acertada dos fatos ocorridos nos autos do processo objeto desta análise, inclusive, do teor da Recomendação a que nos referimos anteriormente, é no sentido de que, tanto para a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro, quanto para a possibilidade de cancelamento dos itens em que se instaurou a controvérsia, no que tange ao fornecimento, deveriam haver provas contundentes dos argumentos lançados pela empresa, aptas a demonstrar o efetivo pagamento por parte dela junto aos distribuidores ou revendedores, nos termos já expostos nos julgados do TCU.

Camila de Oliveira Resende
OAB/GO 33.143
Assessoria Jurídica
FIMES/UNIFIMES

Parecer nº 423/2020

Ante o exposto, o parecer é no sentido de que o cancelamento da entrega dos itens registrados em ata poderá ser feito, no entanto, com a aplicação das penalidades devidas, em processo administrativo próprio, a ser instaurado pela Autoridade Superior da FIMES, após tomar conhecimento dos fatos.

Manifestamos, ainda, pela convocação dos demais fornecedores que registraram propostas e lances para os itens mencionados neste Parecer, se houver, para assegurar igual oportunidade de negociação pelos preços praticados no mercado, com fundamento no artigo 19, II, do Decreto nº 7.892/2013, ou, caso infrutíferas as negociações, que se proceda às medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

É o nosso Parecer, à consideração superior.

S.M.J.

Mineiros/GO, 05 de junho de 2020.

Camila de Oliveira Resende
Assessora Jurídica da FIMES/UNIFIMES