

PARECER JURÍDICO

Parecer jurídico sobre pedido de cancelamento de item realizado pela empresa KM Indústria e Comércio de Móveis – Eireli, no âmbito no Pregão Presencial nº 021/2020.

Trata-se de solicitação de parecer jurídico realizada pela Comissão Permanente de Licitação, quanto ao pedido de cancelamento de item adjudicado para a empresa KM Indústria e Comércio de Móveis – Eireli no âmbito do Pregão Presencial nº 021/2020, conforme ata de sessão.

O pedido apresentado se refere ao item nº 29 “poltrona escolar do tipo cadeira”.

De acordo com a narrativa da empresa, a mesma encontra-se impossibilitada de proceder com a fabricação do produto, tendo em vista a escassez da matéria prima necessária (resina termoplástica), instruindo a solicitação com e-mail enviado pela fabricante, anexo. Aduziu, ainda, que a condição se deu em razão do cenário de pandemia pelo vírus COVID-19.

O pedido de cancelamento do item foi protocolado após a emissão da Ordem de Fornecimento nº “1747”, que dentre outros itens, solicitava a entrega de 78 unidades da poltrona escolar do tipo cadeira.

É o relatório.

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que a ata de registro de preços é documento jurídico que impõe ao beneficiário do preço registrado, a obrigação de fornecimento do bem ou serviço quando requerido pela Administração e nos prazos demarcados no Edital do certame que lhe antecede.

É cediço que os impactos econômicos decorrentes do combate à pandemia do coronavírus afetam entes públicos e privados. Devido à instabilidade econômica atual do país, em decorrência da própria pandemia, há situações em que ocorrem oscilações dos preços registrados na ata de registro de preços, em virtude da variação cambial, bem como a falta de matéria prima para fornecimento de diversos produtos. Nesse sentido, nos casos de oscilação ou falta de abastecimento pelas indústrias fabricantes, o fornecedor deve comprovar com provas idôneas os motivos que ensejam eventual pedido de cancelamento.

Sobretudo nas Atas de Registro de Preço, o Decreto nº 7.892 de 2013 permite que o fornecedor solicite o cancelamento do registro, em caso de fato superveniente decorrente de caso fortuito ou força maior que prejudique o cumprimento da ata, devidamente comprovados e justificados. Vejamos:

Art. 21. O cancelamento do registro de preços poderá ocorrer por fato superveniente, decorrente de caso fortuito ou força maior, que prejudique o cumprimento da ata, devidamente comprovados e justificados:

- I - Por razão de interesse público; ou
- II - a pedido do fornecedor.

O Código Civil de 2002 disciplina as expressões “caso fortuito” e “força maior” em seu artigo 393, como uma forma de extinção da obrigação decorrente do inadimplemento de um negócio jurídico.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir.

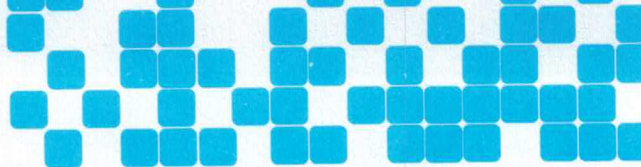
Assim se manifesta a doutrina¹:

Nas hipóteses de força maior ou caso fortuito, desaparece o nexo de causalidade entre o inadimplemento e o dano, de modo que não haverá obrigação de indenizar. Trata-se, portanto, de causa excludente de responsabilidade civil, contratual ou extracontratual. (...) embora a lei não faça distinção entre tais figuras, o caso fortuito representa fato ou ato estranho à vontade das partes. (Greve, guerra, pandemia, etc.); enquanto a força maior é a expressão destinada aos fenômenos naturais (raio, tempestade, etc.). A característica mais importante destas excludentes é a inevitabilidade, isto é, a impossibilidade de serem evitadas por forças humanas.”

Insta frisar que o fornecedor não pleiteou o cancelamento total do registro de preços ou a totalidade dos itens que sagrou vencedor, mas tão somente do item nº 29 – “Poltrona Escolar tipo Cadeira”, de acordo com comunicação realizada pelo fabricante, *in verbis*: “pela falta das matérias primas do tipo “Resinas de Alto Impacto e ABS” alguns produtos de nossa linha estão com a fabricação suspensa”, complementando em sua justificativa que tal situação de escassez de matéria prima se dá em razão da pandemia causada pelo vírus COVID-19.

O pedido de cancelamento foi devidamente fundamentado por motivo de “caso fortuito ou força maior”, sendo instruído com e-mails do fabricante para demonstrar a veracidade da informação referente à suspensão de fornecimento de produtos pela falta de abastecimento de

¹ Hamid Charaf Bdine Jr. In: PELUSO, Cezar. Código Civil comentado. 13.ª ed. Barueri/SP: Manole, 2019.



resina termoplástica, situação que, por si só, diante do cenário de pandemia, caracteriza a existência de fato superveniente decorrente de caso fortuito ou de força maior, comprometendo a execução contratual.

Ainda, para não incorrer em ofensa aos princípios do interesse público, princípio constitucional da legalidade, de vinculação ao ato convocatório e sobretudo da economicidade, faz-se necessário tecer algumas considerações em caso de aceitação do pedido de desistência pelo Gestor.

A desistência do licitante ou a impossibilidade de cumprir o contrato são situações que podem ocorrer no âmbito das licitações realizadas pela Administração Pública, e, nestes casos, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União a contratação direta ou aproveitamento do certame depende da modalidade licitatória adotada para o procedimento ou do momento de apresentação da desistência, bem como os motivos que a ensejaram.

Vejamos o que estabelece a Lei Geral de Licitações em seu artigo 64, §2º:

§ 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

Tal dispositivo concedeu ao administrador a faculdade de revogar a licitação ou convocar os licitantes remanescentes na ordem de classificação, para cumprir o objeto em igual prazo e nas mesmas condições do primeiro classificado, inclusive no que tange ao preço ofertado. Ou seja, o segundo colocado é chamado para cumprir a proposta do primeiro. Caso não aceite, o terceiro é convocado e assim sucessivamente.

Neste mesmo sentido, aduz a Egrégia Corte de Contas:

“() o fato de o objeto de um dado certame ter sido adjudicado a uma empresa, não implica em direito subjetivo da mesma em obter a contratação. O direito do adjudicatário é o de ser convocado em primeiro lugar caso a Administração decida celebrá-lo, conforme vastamente pacificado pela jurisprudência e pela doutrina” (Acórdão 868/2006 – Segunda Câmara, Processo 019.755/2005-2, Ministro Relator LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA, Aprovação 17/04/2006) (Grifo e negrito nosso)

Observemos, ainda, o que diz o artigo 24, inciso XI da Lei de Licitações:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da

licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

No caso em tela, o pedido de cancelamento ocorreu após findar-se o processo licitatório, portanto, a Lei 8.666/93 é quem disciplina o assunto, eis que regulamenta o art. 37. inc. XXI, da Constituição Federal e institui normas para os contratos da Administração Pública. Ou seja, a licitação realizada pelo pregão (Lei nº 10.520/2002) regula somente a modalidade licitatória, os atos seguintes que dizem respeito ao contrato e ata assinados serão disciplinados pela Lei nº 8.666/93.

Para complementar nossa linha de pensamento, importa esclarecer que as licitações dirigidas à instituição do Sistema de Registro de Preços não resultam na celebração de um contrato propriamente dito, mas na celebração de uma ata. As relações contratuais serão feitas nos termos definidos nessa ata, na medida e no momento em que a Administração delas necessitar.

Conclui-se, portanto, que a natureza jurídica da ata é diferente da natureza dos contratos que dela se originam.

Seria possível, neste caso, cogitar a contratação com base no art. 24, inc. XI, da Lei nº 8.666/93, somente para o remanescente dos contratos efetivamente celebrados. No que pese a referida situação não ser pacífica na doutrina e jurisprudência, utilizaremos como base de raciocínio a analogia, aplicável em vista da omissão normativa quando se trata especificamente da Ata de Registro de Preços, desde que exista uma semelhança entre as situações concretas.

No caso, a razão de semelhança que dá ensejo à aplicação analogia seria a impossibilidade de cumprimento dos termos integrais do negócio inicialmente firmado – impossibilidade de execução integral do contrato e impossibilidade de cumprimento de compromisso advindo da celebração da ata, seja por culpa do particular ou caso fortuito ou força maior.

Ademais, em ambas as situações os negócios jurídicos firmados e frustrados (execução do contrato e cumprimento da ata) foram precedidos de regular procedimento licitatório.

Por essas razões, até caberia a aplicação do art. 24, inc. XI, da Lei nº 8.666/93 para que o segundo classificado na licitação e que não teve seu preço registrado fosse convocado a assumir o remanescente da ata de registro de preços, que teve o vencedor originário excluído pelo cancelamento do item.

Destaque-se que o segundo colocado na licitação deve aceitar as mesmas condições ofertadas pelo então beneficiário da ata, inclusive o preço, devidamente corrigido

(reajuste ou revisão, em sendo o caso), além de, obviamente, atender as condições de habilitação previstas no edital do certame realizado.

Entretanto, por oportuno, ainda fazendo uso da analogia, voltemos ao texto normativo do art. 64, § 2º da Lei nº 8.666/93. Mister evidenciar que a referida norma não especifica sobre a assinatura e não execução do contrato, mas restringe-se tão somente a negativa da assinatura ou a retirada de documento equivalente.

Vejamos a decisão da Egrégia Corte de Contas, a qual firmou entendimento de que a regra estabelecida no art. 64, § 2º pode ser usada analogicamente nestes casos. A saber:

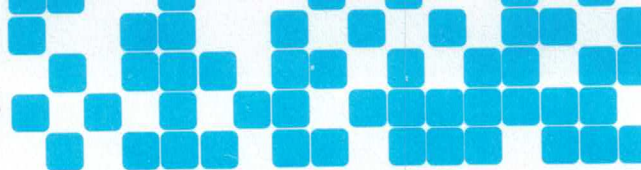
“1. O art. 64, § 2º da Lei 8.666/1993, pode ser utilizado, por analogia, para fundamentar a contratação de licitante remanescente, segundo a ordem de classificação, quando a empresa originalmente vencedora da licitação assinar o contrato e, antes de iniciar os serviços, desistir do ajuste e rescindir amigavelmente o contrato, desde que o novo contrato possua igual prazo e contenha as mesmas condições propostas pelo primeiro classificado; 2. **A ausência de menção expressa a tal situação fática na Lei 8.666/1993 não significa silêncio eloquente do legislador, constituindo lacuna legislativa passível de ser preenchida mediante analogia.**”

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão no 2737/2016. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 26/10/2016.)

Corroborando ao entendimento:

RELATÓRIO DE AUDITORIA. OBRAS DE IMPLANTAÇÃO DA BR-156/AP, KM 577,99 A KM 743,7. INDÍCIOS DE CONTRATAÇÃO IRREGULAR POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATO 22/2011-SETRAP. PROPOSTA DE CAUTELAR. OITIVA PRÉVIA. ESTADO DO PROCESSO PERMITE A ANÁLISE DE MÉRITO DO CONTROLE OBJETIVO DO CONTRATO 22/2011-SETRAP. ARGUMENTOS APRESENTADOS PELA SETRAP/AP IDÔNEOS PARA AFASTAR A OCORRÊNCIA DA IRREGULARIDADE. ANÁLISE DA LEGALIDADE DA RESCISÃO AMIGÁVEL DO CONTRATO 45/2010- SETRAP. DEFICIENTE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. OBRAS INICIADAS. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS POSSIBILITAM A CONVALIDAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS PELA SETRAP/AP. OFÍCIO DE CIÊNCIA. 1. O art. 64, § 2º da Lei 8.666/1993, pode ser utilizado, por analogia, para fundamentar a contratação de licitante remanescente, segundo a ordem de classificação, quando a empresa originalmente vencedora da licitação assinar o contrato e, antes de iniciar os serviços, desistir do ajuste e rescindir amigavelmente o contrato, desde que o novo contrato possua igual prazo e contenha as mesmas condições propostas pelo primeiro classificado; 2. A ausência de menção expressa a tal situação fática na Lei 8.666/1993 não significa silêncio eloquente do legislador, constituindo lacuna legislativa passível de ser preenchida mediante analogia. 3. A rescisão amigável de contrato administrativa, especificada no art. 79, inciso II da Lei 8.666/1993, somente é cabível se houver conveniência para administração e não ocorrer nenhuma das hipóteses previstas na lei para a rescisão unilateral da avença. 4. Os princípios da proteção da confiança, da boa-fé, da proporcionalidade e da razoabilidade possibilitam, no presente caso concreto, a convalidação dos atos jurídicos praticados e a continuidade das obras.

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão no 740/2013. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 03/04/2013)



Então, embora haja a possibilidade de entendimento diverso, também se mostra viável sustentar a convocação do próximo classificado no certame para atender o remanescente da ata com fundamento na aplicação por analogia do inc. XI do art. 24 da Lei nº 8.666/93 e art. 64, § 2º, da mesma Lei.

Nestes termos, diante dos fatos apontados nos autos, o parecer é favorável pela possibilidade de aceitação do pedido de cancelamento de fornecimento do item 29 – “Poltrona Escolar do Tipo Cadeira” realizado pela empresa KM Indústria e Comércio de Móveis – Eireli por parte da Administração, considerando o cenário pandêmico pelo vírus COVID-19 vivido atualmente no país e no mundo, tendo por base a documentação apresentada que demonstra a ocorrência de caso fortuito alheio à vontade do fornecedor, diante da ausência de matéria prima comunicada pelo fabricante.

Caso o pedido de desistência do referido seja aceito, a recomendação é de que a Comissão de Licitação proceda a análise e convocação dos licitantes subsequentes que compõem o cadastro de reserva de fornecedores, na ordem de classificação para, querendo, após a comprovação das condições de habilitação e demais normas editalícias, mediante formalização de novas Atas, forneça o item em epígrafe nas mesmas condições ofertadas pelo primeiro vencedor, inclusive o preço, devidamente corrigido pelos índices oficiais, se for o caso. Na eventualidade de não ocorrer a aceitação de fornecimento do item pelos licitantes remanescentes no preço do primeiro colocado, o entendimento é de que deverá realizar-se um novo procedimento licitatório para aquisição do item em questão.

Cumprе mencionar que a função incumbida a esta Assessoria Jurídica é apenas a de orientar acerca dos aspectos legais do procedimento, sem adentrar o juízo de conveniência e oportunidade dos atos administrativos, cabendo ao Gestor a análise de conveniência. A Administração superior deverá observar, portanto, as disposições contidas na Recomendação Conjunta nº 01/2020 Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCMGO) e Ministério Público de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (MPC/TCMGO), que trata das providências preventivas e necessárias em face do atual agravamento da crise fiscal decorrente da pandemia.

Este é o Parecer, à consideração superior.

S.M.J.

Mineiros/GO, 15 de março de 2021.

Fernanda Bittar de Sousa
Assessora Jurídica da FIMES/UNIFIMES