

PARECER JURÍDICO

Parecer jurídico sobre pedido de reequilíbrio econômico financeiro pela empresa Hypermedical Produtos Médicos LTDA, no âmbito no Pregão Presencial nº 002/2021.

1. Trata-se de solicitação de parecer jurídico realizada pela Comissão Permanente de Licitação, referente ao pedido de reequilíbrio econômico financeiro apresentado pela empresa Hypermedical Produtos Médicos Ltda, da Ata de Registro de Preços nº 008/2021, assinada em 17 de março de 2021, oriunda do Pregão Presencial nº 002/2021.

2. Analisando-se os autos, verifica-se que o pedido foi protocolado no dia 06 de maio de 2021 via e-mail, e se refere aos itens 03 (avental cirúrgico descartável), 25 (máscaras descartáveis), 11, 12, 13 e 15 (luva cirúrgica estéril em látex tamanhos: 06; 7,5; 7 e 8.)

3. De acordo com a narrativa da empresa, os preços desses produtos junto aos fornecedores sofreram alta significativa, superando o valor estipulado à época da proposta, e que o mundo vivencia um cenário delicado no que tange ao avanço da pandemia pelo vírus COVID-19, e que cotidianamente são experimentadas diversas altas nos preços dos insumos, produtos e mercadorias em todos os setores da economia. Juntou encartes de notícias que citam o aumento dos valores de produtos hospitalares, e também uma tabela comparativa de preços junto ao seu fornecedor nos meses de dezembro e janeiro de 2020 e março e abril de 2021, alegando que os produtos sofreram alta considerável de valores.

4. De acordo com memorando anexo por membro da comissão de licitação, foram enviadas as ordens de fornecimento nº 2190 e 2197 via e-mail no dia 31/03/2021, requerendo entrega de parte dos itens registrados. Conforme servidor responsável pelo almoxarifado da IES, até o dia 11/05/2021 o material não havia sido entregue nas dependências da instituição.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre mencionar 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.

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. Nesse sentido, nos casos de oscilação o fornecedor deve comprovar os motivos que ocasionaram o desequilíbrio e a razão de ser deferida a readequação. A simples diferença de preço não é suficiente para demonstrar a necessidade do reequilíbrio, conforme entendimento do TCU, por meio do Acórdão 1884/2017, Plenário:

A mera variação de preços de mercado não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. Diferença entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado. (TCU (c), 2017)

Sobretudo nas Atas de Registro de Preço, o Decreto nº 7.892, de 2013 permite que o fornecedor requeira o reequilíbrio econômico-financeiro diante de fato que eleve o custo dos produtos ou serviços registrados, bem como a liberação do compromisso sem a aplicação de penalidade, caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento, devendo ser confirmada a veracidade dos motivos.

Segundo o Decreto nº 7.892, de 2013, artigos 18 e 19, a revisão do preço poderá ocorrer em duas situações:

Art. 18. Quando o preço registrado se tornar superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, o órgão gerenciador convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado.

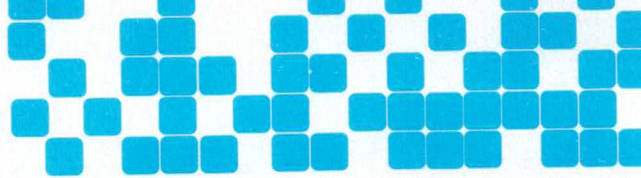
§ 1º Os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços aos valores praticados pelo mercado serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade.

§ 2º A ordem de classificação dos fornecedores que aceitarem reduzir seus preços aos valores de mercado observará a classificação original.

Art. 19. Quando o preço de mercado se tornar 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. (BRASIL (c), 2013).



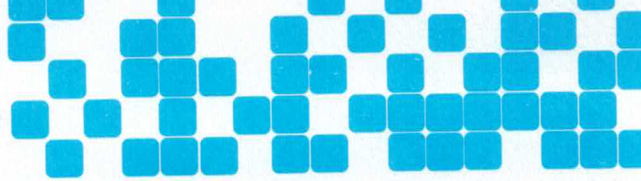
Na situação prevista no artigo 18, o órgão gerenciador da ata de registro de preços deverá convocar os fornecedores para reduzirem seus valores, adequando-os aos preços praticados no mercado, devendo para isso, respeitar a ordem original de classificação das propostas, ou seja, o vencedor da ata e os integrantes do cadastro-reserva, conforme a ordem do cadastro. Caso os fornecedores não aceitem reduzir seus preços, estes serão liberados sem aplicação de nenhuma penalidade.

Já na situação prevista no inciso I, do artigo 19, caso não seja possível o fornecedor cumprir com os seus preços registrados na ata, deverá requerer ao Órgão gerenciador, solicitando a revisão dos preços registrados antes da solicitação do fornecimento ou da emissão da nota de empenho pelo órgão, de maneira que comprove os fatos imprevistos e de ônus insuportável.

Entretanto, o dispositivo citado apresenta clareza ao impor uma limitação temporal ao pedido de reequilíbrio econômico financeiro. A norma autoriza a liberação do fornecedor, sem sanção, apenas se a alta dos preços tiver sido comunicada antes da autorização de fornecimento pela Administração. O fornecedor que, ciente da alta dos valores de mercado, não comunicar o fato ao órgão gerenciador e não solicitar a liberação da obrigação, assume o risco de ser penalizado pela recusa ao cumprimento da obrigação contratual. Não poderá a Administração Pública conhecer de pedido de reequilíbrio econômico-financeiro da Ata de Registro caso a postulação seja posterior à expedição de Nota de Empenho ou Ordem de Serviço pelo qual se requer o bem registrado em Ata.

No caso em tela, considerando que ordens de fornecimento nº 2190 e 2197 foram recebidas pela empresa no dia 31/03/2021 e o pedido de reequilíbrio tenha sido apresentado em data posterior, no dia 06 de maio de 2021, verifica-se a ocorrência da preclusão do direito de pedir o reequilíbrio econômico financeiro referente ao quantitativo de produtos contidos nestas Ordens, devendo os mesmos serem entregues nos moldes da proposta apresentada em sessão, sob pena da empresa incorrer na aplicação das penalidades previstas em Ata.

Ainda, há de ser mencionada questão relacionada à validade da proposta. As ordens de fornecimento foram enviadas no dia 31/03/2021, lapso temporal de 51 (cinquenta e um dias) da apresentação da proposta por parte do licitante em sessão, se chocando com o prazo de validade de 60 (sessenta dias) em que a empresa se obriga a manter os preços apresentados, conforme previsão do item 6 do Termo de Referência anexo ao Edital e Cláusula Décima Primeira, item 11.2 da Ata de Registro de Preços assinada, vejamos:



“6. DA VALIDADE DA PROPOSTA

- 6.1. Toda proposta entregue deverá ter prazo de validade igual ou superior a 60 (sessenta) dias, a contar da data de sua apresentação.
- 6.2. A validade da proposta terá seu prazo suspenso durante o período de recursos, voltando a contar apenas após essa fase.
- 6.3. **O envio da proposta implica na aceitação do prazo mínimo de validade e de todas as regras do edital e seus anexos, mesmo que nela não o contenha expresso.”** (grifo nosso)

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - DAS ALTERAÇÕES DA ATA

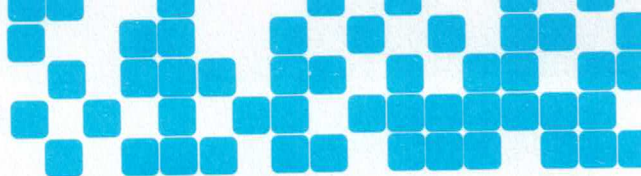
11.2 As partes contratantes mutuamente convencionam que não haverá reajuste no preço, salvo no caso de ocorrência de fato superveniente devidamente comprovado (majoração oficial dos valores), e **somente poderá ocorrer após o vencimento da validade da proposta apresentada pela Contratada**, mediante requerimento formalizado, protocolado e instruído de documentos fiscais que comprovem os preços vigentes antes e depois da majoração.” (grifo nosso)

Conclui-se, portanto, que não há permissivo legal que possibilite o reequilíbrio econômico de valores após a emissão das Ordens de Fornecimento, bem como do vencimento da validade da proposta. Devendo os mesmos serem entregues no preço que foram arrematados em sessão.

Quanto ao reequilíbrio de preços futuro, no caso para os saldos dos produtos que ainda restam a fornecer, há permissivo legal e contratual para o intento, porém, nota-se algumas divergências nas tabelas apresentadas pela empresa ao realizar comparativo de preços arrematados *versus* sugestão de reajuste.

De acordo com as orientações contidas na Instrução Normativa nº 15/2012 do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, o demonstrativo dos preços deve vir instruído de modo que demonstre claramente quais ajustes foram realizados. O licitante deverá inserir na tabela os valores anteriores registrados em ata relacionando-os com o lucro obtido na época, e os valores atuais reequilibrados mantendo a mesma margem de lucro adquirida no momento da sessão, sem onerá-la.

Não podemos perder de vista que o objetivo do reequilíbrio de preços é o restabelecimento da relação entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração pactuados inicialmente, sem causar prejuízos ao fornecedor, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis bem como nos casos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da Administração. As alterações de preço devem apenas retratar a variação efetiva dos custos de produção, de modo que não viole a boa-fé contratual e o princípio da isonomia entre os licitantes.



Para exemplificar a divergência constatada, vejamos os custos apresentados para o item nº 03 (avental 10 unidades):

Produto	Custo na data da Proposta	Custo arrematado	Margem de lucro
Avental (10 unidades) (item)	R\$ 28,50	R\$ 35,40	R\$ 6,90

A margem de lucro em reais, neste caso foi de R\$ 6,90 (seis reais e noventa centavos), e em percentual aproximado de 19,4915%

Agora, para o mesmo item, vejamos o custo atual apresentado e os valores sugeridos para reequilíbrio:

Produto	Custo atual fornecedor	Valor reajustado sugerido	Margem de lucro
Avental (10 unidades)	R\$ 35,00	R\$ 47,30	R\$ 12,30

Com o reequilíbrio, a margem de lucro em reais iria para o valor de R\$ 12,30 (doze reais e trinta centavos), percentual aproximado de 26% (vinte e seis por cento), sendo que deveria ser mantido os valores e percentuais inicialmente pactuados.

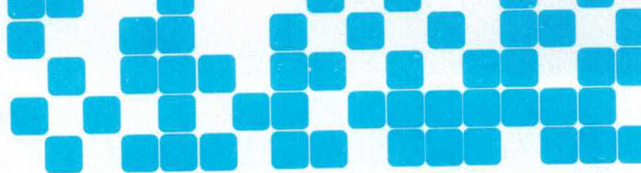
Os custos apresentados divergem, pois estes não atendem apenas o restabelecimento da relação entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração pactuados inicialmente, mas também aumentam a margem de lucro do licitante, o que, em regra, apresenta ilegalidade e não atende os requisitos legais previstos para reequilíbrio econômico financeiro.

Ainda, é dever do licitante comprovar a existência dos fatos supervenientes que acarretaram o aumento do custo dos produtos junto ao fornecedor por meio de documentos hábeis, preferencialmente através de notas fiscais, o que não foi feito, já que foi arrolado ao processo apenas orçamentos e em um deles (preço anterior das máscaras cirúrgicas) não há nem mesmo a assinatura do responsável validando o documento.

O reequilíbrio econômico financeiro das quantidades restantes a fornecer há previsão legal para tal, porém o licitante deverá cumprir os requisitos exigidos para a modalidade, haja vista que a alteração de valores da Ata será feita por meio de termo aditivo, que deve cumprir o trâmite previsto na IN nº 15/2012 do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, adotado por esta instituição:

Vejamos:

(...)



"§ 3º Nos casos de Termo Aditivo a contratos ou convênios devem ser observadas as seguintes situações, em geral:

(...)

I - Termo Aditivo de realinhamento de preço em contrato de fornecimento:

- 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."

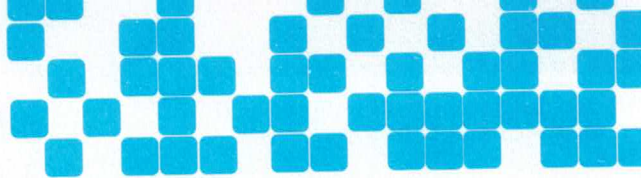
Portanto, o reequilíbrio é possível por meio de termo aditivo, desde que atenda aos requisitos acima, com apresentação de notas fiscais anteriores e posteriores do distribuidor de produtos e planilha comparativa com demonstrativo dos preços anteriores e atuais que demonstre e comprove a manutenção da mesma margem de lucro.

Ex positis, da análise dos fatos apontados nos autos, no que tange ao pedido de Reequilíbrio Econômico Financeiro realizado pela empresa **Hypermedical Produtos Médicos LTDA**, o parecer é desfavorável para o quantitativo solicitado através das ordens de fornecimento nº 2190 e 2197, em razão da vedação legal para alteração de valores ou cancelamentos após o pedido de fornecimento.

Quanto ao saldo dos produtos que restam a fornecer em que ainda não foram solicitados, há a possibilidade de reequilíbrio, desde que a solicitante reformule as planilhas de valores a fim de manter a margem de lucro anteriormente pactuada na sessão de licitação, apresentando documentos hábeis a comprovar a alteração dos custos junto de seus fornecedores, preferencialmente através de notas fiscais.

Cumpre esclarecer 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.

Caberá ao Gestor a análise de conveniência, sendo a recomendação no sentido que, ocorrendo a negativa do pedido de reequilíbrio dos itens da ordem de fornecimento nº 2190 e nº 2197, a empresa deverá ser notificada através de ofício acerca da decisão, acompanhado de prazo de entrega para fornecimento dos materiais contidos na referida ordem de fornecimento pelo preço originariamente registrado em Ata, sob pena de abertura de processo administrativo disciplinar para apuração de eventuais transgressões e aplicação de sanções caso não cumpra o solicitado.



Poderá ainda a Administração Superior incluir em sua decisão orientação ao licitante quanto à possibilidade de realização de termo aditivo para efetuar o reequilíbrio financeiro para os pedidos futuros dos itens que ainda restam a fornecer, a fim de manter a relação financeira anteriormente pactuada, desde que atenda às recomendações contidas nesse parecer quanto ao procedimento correto exigido pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás e legislação federal aplicável.

Este é o nosso Parecer, à consideração superior.

S.M.J.

Mineiros/GO, 18 de maio de 2021

