PARECER JURÍDICO

Cópia

Ao Setor de Licitações

Interessado: Mauro Marciano Comércio de Medicamentos - LTDA

Interessado: Município de Entre Rios/SC

Processo Licitatório nº. 02/2019

Pregão Presencial nº. 02/2019

Assunto: inexecução contratual

PROTOCOLO
Nº 8.008
DATA: 26 / 11 / 19
HORA: 15:29
Assinatura responsável

I- DO RELATÓRIO:

Trata-se de parecer jurídico, referente à contranotificação apresentada pela empresa Mauro Marciano Comércio de Medicamentos – LTDA, em resposta a notificação extrajudicial expedida pela Procuradoria, esta com objetivo de a referida empresa cumprir com objeto do certame acima descrito, para que efetuasse a entrega dos itens em que restou vencedora.

Vale enfatizar, de que o município de Entre Rios/SC laçou na data de 18/02/2019, o Processo Licitatório nº. 02/2109, Pregão Presencial nº. 02/2019, tendo por objeto a aquisições de medicamentos pelo município de Entre Rios/SC, onde a Notificada restou vencedora em relação a itens do processo licitatório em epígrafe.

Pelo Fundo Municipal da Saúde foi solicitada a aquisição de vários medicamentos, isso representado pelas Autorizações de Fornecimentos de nº 685/2019, 686/2019, 687/2019, 733/2019, 734/2019, 796/2019, 764/2019 (em anexo).

Restou noticiado junto a Procuradoria pela Secretaria acima descrita, que por várias vezes reclamaram a morosidade na entrega dos produtos solicitados nas AF´s acima descritas, mas a Notificada não atendeu as solicitações e não efetuou a entrega dos produtos descritos/solicitados nas AF´s.

É de ser relevado, de que pelo período de contratação, a Notificada foi omissa em enviar qualquer espécie de comunicado a Administração ou ao menos a Secretaria Municipal de Saúde.

Diante de se tratar de medicamentos, o Município de Entre Rios/SC possuía interesse na aquisição dos medicamentos, e ainda que a Notificada efetua-se a entrega conforme licitado/solicitado nos termos do Processo Licitatório e das Autorizações de Fornecimentos em epigrafe, restou expedida notificação extrajudicial, com o objetivo de que Notificada cumprisse com suas obrigações, e realizasse a entrega dos medicamentos.

Em sua contranotificação, a Notificada alegou de que negativa de disponibilidade, o que gerou inadimplência de algumas prefeituras, o que seria principal fonte de renda, era pela recusa de reposição de produtos, o que teria acarretado a impossibilidade de observância das solicitações dos processos licitatórios.

Requereu a substituição dos itens pendentes por mercadorias acessíveis, mas sem apresentar/especificar quais seriam.

Ainda, requereu a rescisão contratual, isso de forma amigável, nos termos do artigo 79, II, da lei de licitações.

A sua contranotificação foi enviada por e-mail, no endereço de e-mail da Procuradoria, onde somente veio aquela, sem qualquer documento anexo, mesmo que no teor de sua contranotificação informe que há documentos em anexo, conforme pode se verificar na cópia do e-mail que segue em anexo.

Esse era o relatório, dispenso demais fatos de relatório, uma vez que somente foram noticiados os fatos acima descritos, assim, passo apreciação ao mérito, isso de forma explicativa em consonância a fundamentos jurídicos.

II- DO FUNDAMENTO:

A situação ora apesentada trazem consigo uma situação que pode causar transtornos junto a esta Administração, uma vez que se trata de medicamentos, os quais devem estar disponível para atendimento da população.

Conforme pode se verificar no ofício expedido pela médica e enfermeira da Secretaria de Saúde, os medicamentos faltantes, que eram de responsabilidade da Notificada entregar, estão em falta, isso por omissão da Notificada.

Com todo o respeito que é devido a Notificada, mas a inadimplência de outros entes, a recusa de fornecimento de medicamentos, não é por ação desta Administração, pois honrou com suas obrigações junto a Notificada, e assim, não deve sofrer consequências pela ingerência da Notificada.

Outro ponto que chama atenção na contranotificação apresentada, é o fato de não estar acompanhado de qualquer prova de suas alegações/justificativas, pois não foi acostado qualquer documento que comprove suas alegações, o que, *data vênia*, traz incerteza na veracidade de suas alegações.

Registra-se, que a contranotificação foi enviada no e-mail da Procuradoria, mas mesmo que conste que há documentos em anexo, estes não foram anexados, conforme pode se verificar na impressão do e-mail que segue em anexo.

Não se pode perder vista, que no item 13.5 do Edital do Processo Licitatório em epigrafe, restou especificado, que os produtos adjudicados e homologados devem ser entregues conforme a necessidade e conveniência por parte da Administração Pública e/ou Fundo Municipal de Saúde.

Ainda no item 5.3.1., da cláusula quinta, da Ata de Registro de Preços nº. 7/2019, restou especificado que o detentor da ata deve entregar os produtos nas condições estabelecidas no edital e seus anexos, e atender todos os pedidos de contratação durante o período de duração de registro de preços, **independente da quantidade do pedido ou de valor mínimo**, [..] **observando prazos**.

Indubitável de que no decorrer da contratação podem ocorrer fatos que dificultem a execução do contrato administrativo, sendo que a lei de licitações, até possui previsão para isso.

Acerca do pedido de desistência de item, para a sua concessão, deve haver análise de seu amparo legal e preenchimento de requisitos, assim, vale enfatizar, o artigo 43, §6º, da Lei Federal nº. 8.666/93, pois veja:

> "Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§ 6º **Após a fase de habilitação**, **não cabe desistência de proposta**, **salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão**.". (Grifei).

Os Artigos 65, II, *d*, 78, XVII, da referida lei prevê:

"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 fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.". (Grifei).

"Art. 78. **Constituem motivo para rescisão do contrato**:
XVII - **a ocorrência de caso fortuito ou de força maior**, **regularmente comprovada**, impeditiva da execução do contrato.". (Grifei).

O artigo 21, do Decreto Federal nº. 7.892/13, também prevê a possibilidade de cancelamento, mas também descreve requisitos/exigências, pois veja:

"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.". (Grifei).

Ocorre que pelo período de contratação, a Notificada foi omissa em enviar qualquer espécie de comunicado a Administração ou ao menos a Secretaria Municipal de Saúde, informando as ocorrências de suas omissões, nem mesmo, desinteresse de item ou rescisão contratual, tendo se manifestado somente após ser notificada, o que causa transtornos a Administração.

Para dar ensejo a desistência de item, se faz necessário à comprovação de preenchimentos de requisitos, tais como: fato superveniente, decorrente de caso fortuito ou força maior, estes, devidamente comprovados e justificados, e ainda aceito pela Comissão de Licitação.

Tais requisitos devem ser analisados a sua presença nas provas que acompanham a contranotificação da Notificada.

Ocorre que em análise da contranotificação, **não se verifica a concretização das justificativas apresentadas**, ou seja, que realmente ocorreu a teoria da imprevisão/ocorrência de força maior e etc.

Por tais omissões, não passa segurança atribuir veracidade nas alegações prestadas pela Notificada.

Ainda, sobre a solicitação de rescisão contratual amigável, não se pode perder de vista, que há possibilidade jurídica, mas a Lei Federal nº. 8.666/93, deixa a conveniência da Administração, senão vejamos:

> "Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:
> II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, **desde que haja conveniência para a Administração**;". (Grifei).

Pelas situações fáticas acima narradas, não vejo que há conveniência para a Administração, haja vista que se trata de medicamentos, o que garante a saúde de nossos munícipes, se trata de serviço de saúde, um direito social, o que não pode ser interrompido, e cabe a Administração garantir aos munícipes.

O caminho adequado neste momento, é apurar por meio de processo administrativo disciplinar a ocorrência de inadimplência contratual por parte da Notificada, e se for o caso, aplicar as penalidades prevista no edital e nas legislações pertinentes.

Indubitável que as licitantes devem executar os contratos de forma fiel, nos termos de suas cláusulas e nas disposições legais, devendo responder pela inexecução, seja de forma total ou parcial, tal assertiva, pode se evidenciar no artigo 66, da Lei Federal nº. 8.666/93, pois veja:

> "Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.".

O mesmo diploma em seu artigo 69, define que:

> "Art. 69. **O contratado é obrigado** a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou **substituir**, **às suas expensas**, **no total ou em parte**, **o objeto do contrato em que se verificarem vícios**, **defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados**.". (Grifei).

Sobre a responsabilidade do contratado em reparar danos causados pela culpa ou dolo na execução de contrato, vale destacar, as disposições do artigo 70, da Lei Federal 8.666/93:

> "Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado".

Aqui é de ser destacado de que não houve omissão por parte da Administração na fiscalização do contrato, pois sempre buscou resolver os atrasos de entrega de medicamentos junto a Notificada, seja pela Secretaria Municipal de Saúde, seja pela Procuradoria, sendo que até notificação foi emitida.

Assim, aparenta a ocorrência inexecução de contrato, e para que isso seja apurado, e as devidas penalidades sejam aplicadas, deve ser realizados/observados procedimentos específicos, tendo em vista que a lei de licitações, além de descrever que

os processos licitatórios devem ser observados em todas suas etapas o princípio da legalidade, determina que para aplicação de penalidades/sanções, deve ser garantido o contraditório e ampla defesa, isso dispõe os artigos 86, §2°, 87, §2°, e 88, *caput*, da lei de licitações, senão vejamos:

> "Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.
> § 2° A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.".
> "Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
> § 2° As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.".
> "Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:".

Outro ponto de grande urgência a ser resolvido no caso trazido a debate, é o fato da necessidade dos medicamentos, ou seja, a Administração deve continuar fornecendo os medicamentos em que a Notificada logrou êxito no certame, e continuar a prestar serviço de saúde, o que não pode parar.

Assim, diante dos fatos ocorridos, no momento, a medida correta a ser tomada, **isso para que não haja prejuízo na continuidade de prestação do serviço de saúde**, deve ser convocado o segundo colocado na ordem de classificação, pelo preço de seu último lance, sendo o respectivo licitante declarado vencedor. Aqui vale enfatizar, a disposição do artigo 4°, XVI, da Lei Federal n°. 10.520/02:

> "Art. 4° A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;".

O artigo 11, XXVII, do Decreto Federal nº. 3.555/00, prevê:

"Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
XXII - quando o proponente vencedor não apresentar situação regular, no ato da assinatura do contrato, será convocado outro licitante, observada a ordem de classificação, para celebrar o contrato, e assim sucessivamente, sem prejuízo da aplicação das sanções cabíveis, observado o disposto nos incisos XV e XVI deste artigo;"

Cumpre destacar, que o Tribunal de Contas da União, firmou o entendimento de que a regra estabelecida no artigo 64, §2º, da Lei Federal nº. 8.666/93, pode ser usada analogicamente em casos como em apreço:

"O comando contido no art. 64, § 2º, da Lei 8.666/1993, pode ser utilizado, por analogia, para fundamentar a contratação de licitante remanescente, observada a ordem de classificação, quando a empresa vencedora do certame assinar o contrato e, antes de iniciar os serviços, desistir do ajuste, desde que o novo contrato possua igual prazo e contenha as mesmas condições propostas pelo primeiro classificado. (Acórdão 740/2013-Plenário data da sessão 03/04/2013, Relator Benjamin Zymler)".

Assim, pelos fundamentos acima expostos, se denota que a medida correta a ser tomada é o indeferimento dos pedidos contidos na contranotificação, a convocação do segundo colocado, no preço de seu último lance, e a instauração de

processo administrativo para apurar descumprimento de obrigações, aplicação de eventuais penalidades em face da Notificada.

III- DA CONCLUSÃO:

Pelo exposto, **sugere-se**: a) que seja indeferido os pedidos apresentados na contranotificação da Notificada; b) seja convocado o segundo colocado na ordem de classificação, pelo preço de seu último lance, sendo o respectivo licitante declarado vencedor; c) que seja instaurado de processo administrativo disciplinar, para apurar descumprimento de obrigações, aplicação de penalidades e para apurar idoneidade para contratar com presente Administração. É o parecer, salvo entendimento diverso do Pregoeiro, da Comissão de Apoio, e do Chefe do Poder Executivo.

Entre Rios/SC, 26 de novembro de 2019.

ELTON JOHN MARTINS DO PRADO

(Assessor Jurídico II)

OBSERVAÇÃO: O presente parecer não tem caráter decisório, tendo em vista que se trata de parecer jurídico sobre assunto submetido à consideração do Setor Jurídico, **tem caráter meramente opinativo**, **e não vincula a decisão do administrador**.