

| | |
|-------------------------------------|---|
| Processo Administrativo Eletrônico: | 2243/2022-e |
| Interessado: | CASTILHOS E GAMBA CONEXÕES COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA |
| Assunto | Solicitação de Cancelamento – Item nº 64 |
| Referência | PAL nº 0002/2022, PE nº 0005/2022, Registro de Preço |

PARECER JURÍDICO

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO – SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - CANCELAMENTO DO REGISTRO - APLICABILIDADE – CONCLUSÃO.

I – Relatório

O presente Processo Administrativo Eletrônico foi instaurado mediante requerimento da empresa **CASTILHOS E GAMBA CONEXÕES COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA**, que versa sobre o cancelamento do item nº 64, referente ao processo administrativo licitatório em epígrafe.

No dia 02 de setembro de 2022, o CINCATARINA recebeu da empresa pedido de cancelamento dos itens. Nas razões, a empresa alegou que encontra dificuldades para manter o preço registrado em razão do aumento abrupto no custo de aquisição causado pela elevação do preço do petróleo.

Nesse sentido, solicitou o cancelamento do item, justificando seu pedido nos termos acima expostos. Em consulta ao sistema L-CIN, verifica-se que há 02 (duas) Autorizações de Fornecimento em aberto, sem capacidade de atendimento.

É o relatório. Passamos à análise.

II – Fundamentação

O pedido de cancelamento do registro de preço realizado pelo fornecedor deve observar alguns procedimentos, sendo eles: a apresentação de justificativa e comprovação da ocorrência de fato superveniente e/ou caso fortuito ou força maior, no qual demonstre a inviabilidade do seu fornecimento e ser formulado antes da expedição de autorização de fornecimento.

Inovação e Modernização na Gestão Pública

As cláusulas estabelecidas pelas atas de registro de preço trazem obrigações ao Fornecedor e ao Órgão Participante. Deste modo, cada item previamente estabelecido deve ser cumprido em todo o tempo da execução e validade da ata.

Neste tocante, o amparo legal para subsidiar o cancelamento do registro de preço está previsto no art. 30, da Resolução nº 0022, de 13 de março de 2020, bem como no próprio Edital, *in verbis*:

20 – DO CANCELAMENTO DO REGISTRO DO FORNECEDOR

[...]

20.3 – 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.**

(grifo nosso)

Para evitar confusões terminológicas, importante frisar a diferença existente entre o pedido de cancelamento do registro de preço com a rescisão das autorizações de fornecimento. O pedido de cancelamento refere-se aos itens em que a empresa licitante se sagrou vencedora no processo licitatório. O pedido de cancelamento, desde que devidamente comprovado e justificado, pode ocorrer por razões de interesse público ou a pedido do fornecedor, tendo como consequência imediata a cessação do recebimento de **novas** autorizações de fornecimento.

As Autorizações de Fornecimento, por sua vez, representam verdadeiros contratos administrativos que são concluídos com o aceite do Fornecedor que figura como habilitado no processo administrativo licitatório. Esclareça-se que a Autorização de fornecimento, como contrato administrativo que é, vincula as partes em todos os termos, a saber: proposta, obrigação de entrega, manutenção de condições de habilitação e demais regras.

Quando ocorre o pedido de cancelamento do item, este não irá afetar as Autorizações de Fornecimento já emitidas, pois, já está formalizado o contrato administrativo, que por sua vez somente pode ser rescindido, nos termos do art. 79 da Lei nº 8.666/93, por determinação da Administração, de modo amigável ou através da via judicial. Ou seja, são dois momentos distintos dentro da execução e vigência do processo administrativo licitatório. Dessa forma, pode a empresa ter seus itens cancelados, o que irá evitar apenas o recebimento de **novas** AF's, mas ainda sim possuir contratos (Autorizações de Fornecimento) em aberto, que devem ser atendidos independentemente do cancelamento do registro de preço dos seus itens.

Inovação e Modernização na Gestão Pública

Dessa forma, mesmo solicitado o cancelamento do registro de preço, caso a empresa licitante possua Autorizações de Fornecimento já recebidas, isto é, anteriores ao pedido de cancelamento, estas deverão ser atendidas, da forma que, caso não sejam, a empresa licitante estará sujeita à imputação de multa compensatória frente ao dano ocasionado, nos termos previstos no Edital que varia de 0,5% a 15% sob o valor do inadimplemento.

Importa destacar que o fornecedor, independentemente da existência de culpa, é responsável pela execução dos contratos (Autorização de Fornecimento). A responsabilidade contratual envolve a aplicação de sanção às violações de convenções havidas em sede de relações privadas, emanadas das partes que a elas se tornam submissas.

As obrigações da empresa devem ser cumpridas de acordo com os termos dispostos no Edital e na Ata Consolidada o contrato, sendo eles:

CLÁUSULA QUINTA – DAS OBRIGAÇÕES DO FORNECEDOR

5.1 – Será de responsabilidade do Fornecedor cumprir todas as obrigações constantes nesta ata, no Edital, seus anexos e sua proposta, assumindo exclusivamente seus os riscos e as despesas decorrentes da boa e perfeita execução do objeto e, ainda:

- a) fornecer o objeto deste Edital, de acordo com as especificações exigidas;**
- b) fornecer o objeto desta licitação, na forma, nos locais, nos prazos e nos preços estipulados na sua proposta;**
- c) prestar garantia pelo período solicitado em cada item conforme sua exigência;
- d) responsabilizar-se por todas as despesas oriundas das entregas, bem como de suas eventuais trocas durante a garantia;
- e) enviar por e-mail o arquivo XML oriundo da emissão do DANFE para os endereços eletrônicos de cada Órgão Participante;
- f) lançar o atendimento para cada autorização de fornecimento, e inclusão da nota fiscal, no Sistema de Controle de Execução de Licitação Compartilhada do CINCATARINA(L-CIN), "on line", disponibilizado pelo CINCATARINA;
- g) manter as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação e comprovar a regularidade fiscal e trabalhista junto ao Órgão Gerenciador através do Sistema (L-CIN);
- h) acusar o recebimento das Autorizações de Fornecimento, bem como de qualquer outra notificação enviadas por meio eletrônico, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas. Se o prazo final deste item recair em final de semana ou feriado, será prorrogado ao próximo dia útil."

Tendo em vista a configuração de inexecução contratual por parte da empresa, compete a Administração Pública aplicar as penalidades e sanções estabelecidas em contrato e na Lei geral de licitações.

Com base na Lei Geral de Licitações art. 78, da Lei Federal nº 8.666/93, podemos extrair:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; (grifo nosso)

[...]

Inovação e Modernização na Gestão Pública

Por sua vez, prevê o artigo 79, da Lei Federal nº 8.666/93:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

- I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;
- II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
- III - judicial, nos termos da legislação;
- [...]

Contudo, não há como se afastar da norma contida no art. 393 do Código Civil, que dispõe:

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 era possível evitar ou impedir.

No presente caso, vislumbra-se que a Licitante alega que a falta do produto é alheia a sua vontade, logo, em tese, não haveria como imputar responsabilidade a esta, pois não há culpa no seu agir.

Todavia, mesmo que eventualmente comprovada ausência da sua responsabilidade, pela teoria do dever de mitigar o dano (*Duty to mitigate the loss*), deveria o devedor evitar o agravamento da situação, ou seja, tão logo tivesse tomado conhecimento da impossibilidade de fornecimento, deveria ter solicitado o cancelamento, evitando que todos os municípios solicitantes aguardassem o fornecimento do item e continuassem solicitando o produto, mesmo a empresa não possuindo capacidade de atendimento.

Quando se trata de uma inexecução ou inadimplemento contratual a empresa sujeita-se a aplicação de ato sancionatório, nos termos apresentados pelo art. 58 da Lei Federal nº 8.666/93, a empresa é passível de ato sancionatório, *in verbis*:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

[...]

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

Segundo a doutrina administrativa, a Administração Pública não pode deixar de aplicar a punição, desde que identificada à ocorrência de infração administrativa. Nesse caso existe um dever de sancionar, não havendo, a princípio, margem de discricionariedade, uma vez que não houve justificativa plausível para o atraso, ensejando os termos da Lei Federal 8.666/1993:

Inovação e Modernização na Gestão Pública

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. (grifo nosso)

Entretanto, cumpre enfatizar que, no exercício do mister sancionatório, a Administração deve observar o panorama constitucional, respeitando-se a legalidade estrita, a tipicidade, o devido processo legal, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

[...]

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
(grifo nosso)

Verificado o atraso da entrega por parte do fornecedor, imputa-se as sanções previstas na cláusula sexta da Ata de Registro de Preço:

CLÁUSULA SEXTA – DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

6.1 - Nas hipóteses de inexecução total ou parcial do contrato, poderá o Órgão Gerenciador aplicar ao fornecedor em relação as contratações do Órgão Participantes as seguintes sanções:

a) Advertência

b) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com o Consórcio Interfederativo Santa Catarina - CINCATARINA, bem como com qualquer um dos municípios consorciados, por prazo não superior a 02 (dois) anos.

c) Por atraso superior a 5 (cinco) dias da entrega do objeto, fica o (s) FORNECEDOR (ES) sujeito a multa de 0,5% (meio por cento) por dia de atraso, incidente sobre o valor total do contrato a ser calculado desde o 6º (sexto) dia de atraso até o efetivo cumprimento da obrigação limitado a 30 (trinta) dias;

d) Em caso de inexecução parcial ou de qualquer outra irregularidade do objeto poderá ser aplicada multa de 10% (dez por cento) calculada sobre o valor do contrato;

e) Transcorridos 30 (trinta) dias do prazo de entrega estabelecido no contrato, será considerado rescindido o Contrato, cancelado o Registro de Preços e aplicado a multa de 15% (quinze por cento) por inexecução total, calculada sobre o valor da contratação.

Importa ressaltar que a ocorrência de infrações que causem danos ou prejuízos a Administração, impõe sanção mais elevada a ser aplicada, portanto deverá cumprir seu compromisso dentro do prazo estabelecido.

Assim, a Administração Pública não deve se isentar de aplicar sanções administrativas a empresa de acordo com o princípio da legalidade, havendo assim o caráter “pedagógico” da penalidade.

Inovação e Modernização na Gestão Pública



CNPJ: 12.075.748/0001-32



www.cincatarina.sc.gov.br



cincatarina@cincatarina.sc.gov.br



Sede do CINCATARINA

Rua General Liberato Bittencourt, 1885, 13º Andar, Sala 1305, Bairro Canto
Florianópolis/Estado de Santa Catarina – CEP 88.070-800
Telefone: (48) 3380 1620



Central Executiva do CINCATARINA

Rua Nereu Ramos, 761, 1º Andar, Sala 01, Centro
Fraiburgo/Estado de Santa Catarina – CEP 89.580-000
Telefone: (48) 3380 1621

Quanto à data base para o cálculo das multas aplicadas, algumas considerações devem ser realizadas. Caso o fornecedor, em seu pedido de cancelamento, expresse a impossibilidade de atendimento dos contratos administrativos já firmados, o atraso para aplicação de eventuais multas deve ser considerado até a data da apresentação do pedido.

Portanto, no caso em concreto, o atraso das Autorizações de Fornecimento deve ser calculado até a data de 02 de setembro de 2022 (data da solicitação de cancelamento).

É a fundamentação jurídica. Passo à conclusão.

III – Conclusão

Por fim, o presente parecer não tem caráter vinculativo nem decisório, devendo ser submetido à apreciação da autoridade superior, sem a obrigatoriedade de acatamento até mesmo pelo fato da existência de divergência quanto a interpretação da norma disciplinadora do tema.

Ante ao exposto, nos termos da Lei, do Edital, da Ata de Registro de Preços, não vejo óbice quando a legalidade do processo, observado os requisitos e elementos mínimos na instrução dos procedimentos, sendo elas:

- a) Apresentação de justificativa do pedido de cancelamento;
- b) Comprovação da ocorrência de fato superveniente em decorrência de caso fortuito ou força maior.

Posto isso, considerando o acima exposto, passo a **OPINAR**:

1. Pelo cancelamento do Registro de Preço da empresa **CASTILHOS E GAMBA CONEXÕES COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA**, no Processo Administrativo Licitatório nº 0002/2022, Pregão, na forma Eletrônica, nº 0005/2022, Registro de Preço, referente ao item nº 64, salvo se já cancelado em processo administrativo anterior;
2. Pela **rescisão** das Autorizações de Fornecimento nº 112756/2022 e 114622/2022, somente no que tange ao item nº 64, podendo a rescisão ser total ou parcial, a depender do caso, salvo se já rescindida em processo administrativo anterior, evitando-se, assim, eventual *bis in idem*;
3. Pela aplicação da penalidade de **ADVERTÊNCIA** em relação às Autorizações de Fornecimento nº 112756/2022 e 114622/2022, visto que, considerando a data do pedido de cancelamento (02/09/2022), não vencidas ou se vencidas o prazo não ultrapassa cinco

dias para incidência da multa pecuniária ou, ainda, caso incidente a multa pecuniária, o cálculo desta não ultrapassa o montante de R\$ 20,00 (vinte reais), salvo se já aplicada penalidade administrativa em relação à Autorização de Fornecimento em processo administrativo anterior, evitando-se, assim, eventual *bis in idem*; -

4. Que proceda a análise e convocação das empresas que compõem o cadastro de reserva de fornecedores, obedecendo a ordem de classificação e que atenda plenamente as especificações editalícias, para, querendo, mediante a formalização de novas Atas, forneça o item em epígrafe.

É o Parecer.

Florianópolis (SC), 14 de setembro de 2022.

André Luiz de Oliveira
Diretor Jurídico
OAB/SC 22.311

Documento original eletrônico assinado digitalmente nos termos do Artigo 10 da Medida Provisória nº 2.200-2/2001 e Lei Federal nº 14.063/2020

Inovação e Modernização na Gestão Pública