



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO SEI Nº 200.13105.2020.0000039-88

INTERESSADO: CONSÓRCIO NORDESTE

PARECER Nº CNE-BCL-007/2020

EMENTA. Contratação internacional em moeda estrangeira. Rescisão contratual. Variação cambial aplicada segundo Resolução BACEN 3.568/2008. Responsabilidade subjetiva do Consórcio Nordeste ou do administrador do Consórcio não configurada.

O presente processo administrativo é inaugurado com o objetivo de formalizar os procedimentos burocráticos para devolução de valores aos Estados integrantes do Consórcio Nordeste relacionados à extinção do contrato celebrado com a empresa Pulsar Development International Ltd. para aquisição de 450 (quatrocentos e cinquenta) ventiladores pulmonares.

Houve envio do Ofício CIDSN/SE 63/2020 com pedido de informações à Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, que, por meio do Ofício GASEC 636/2020 respondeu confirmando a rescisão do contrato e informando a devolução ao consórcio Nordeste do valor de R\$ 40.638.240,00 (quarenta milhões, seiscentos e trinta e oito mil e duzentos e quarenta reais), haja vista o valor do dólar a R\$ 4,90 (quatro reais e noventa centavos) na data em que devolvidos os recursos ao país.

Juntaram-se ao processo o Contrato de Rateio nº 02/2020, a Resolução 06/2020, o Convênio entre o Consórcio e a SESAB/BA nº 03/2020, os comprovantes de transferência do



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

valor acima mencionado (00019276757 e 00019276766) e o Ofício Circular CIDSN/SE nº 04/2020, enviado aos Estados consorciados sobre a questão.

Emitiu a Gerência de Administração a Nota Técnica (00019276807), em que, após narrar a rescisão ocorrida e a devolução dos valores, pugna pelo envio dos autos à Procuradoria Geral do Estado para análise jurídica da responsabilidade do Consórcio Nordeste:

“Por considerar existir risco na operação, que envolve os aspectos jurídicos do Contrato de Rateio nº 002/2020 celebrado entre o Consórcio Nordeste e os Estados consorciados, sobretudo em relação às eventuais ações a serem adotadas em função dos valores devolvidos aquém daqueles inicialmente repassados em função da variação cambial, bem como eventuais discussões jurídicas em torno do Convênio de Cooperação celebrado com a SESAB, sugerimos encaminhar o presente processo para análise prévia da PGE/BA, órgão de assessoramento jurídico desta autarquia interfederativa, nos termos do art. 46 do Estatuto Social.

Nesse sentido, requer esclarecimentos quanto à forma de proceder à devolução, bem como a indicação das providências de natureza jurídica a serem adotadas, considerando os elementos aqui expostos.

Na certeza do pronto atendimento, considerando o risco jurídico envolvido e as expectativas dos Estados consorciados em reaver os recursos para utilização no combate à pandemia que assola o povo brasileiro

A solicitação fôra acolhida e enviados os autos a esta Procuradoria Administrativa para exame.

É o relatório.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

A resposta à consulta formulada perpassa por duas questões jurídicas: a responsabilidade do administrador pela contratação e o risco de uma contratação em moeda estrangeira ou submetida à variação cambial. Examinem-se-as:

-Da responsabilidade

Pelo sistema normativo brasileiro, a responsabilidade do administrador embasa-se na culpa, em não ter agido ele como os cuidados necessários ao homem médio, por negligência, imprudência ou imperícia, responsabilidade subjetiva, pois. Esta regra se excepciona na hipótese da prática de ilícito, pelo qual haja pretendido obter vantagem indevida a si ou a outrem, quando se fixa a responsabilidade objetiva.

A conclusão acima apresentada advém da análise de todos os diplomas normativos relacionados à questão (responsabilidade do administrador). Inicie-se pelo viés civil e administrativo. O consórcio público, como sabido, pode adotar a natureza jurídica de associação pública, caso do Consórcio Nordeste, aplicando-se-lhe o Código Civil de 2002, que rege as associações civis. O Código Civil de 2002 traz, exatamente, a imposição da responsabilidade subjetiva, *verbis*:

Lei 11.107, de 06 de abril de 2005:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

(...)

Art. 10. (VETADO)

Parágrafo único. Os agentes públicos incumbidos da gestão de consórcio não responderão pessoalmente pelas obrigações contraídas pelo consórcio público,



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

mas responderão pelos atos praticados em desconformidade com a lei ou com as disposições dos respectivos estatutos.

(...)

Art. 15. No que não contrariar esta Lei, a organização e funcionamento dos consórcios públicos serão disciplinados pela legislação que rege as associações civis.

Código Civil de 2002:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

...

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

...

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

...

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

A interpretação ganha reforço quando se analisa a **Lei 12.846, de 2013**, nominada de Lei Anticorrupção, que cuida da responsabilização objetiva em razão de atos lesivos à Administração Pública, de natureza inequivocadamente ilícita:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

...

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

IV - no tocante a licitações e contratos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;*
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;*
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;*
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;*
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;*
- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou*
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;*

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

E, finalmente, conquanto não relativa a uma associação ou a seus administradores, merece menção a responsabilidade legal estabelecida quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, que trazem exatamente a mesma regra: responsabilidade subjetiva do administrador, a menos que verificada a prática de ilícito, vide Lei 13.303, de 30 de junho de 2016:

Art. 16. Sem prejuízo do disposto nesta Lei, o administrador de empresa pública e de sociedade de economia mista é submetido às normas previstas na . Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Lei 6.404, de 1976:

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

...

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

O Estatuto do Consórcio não traz disposição específica acerca da responsabilidade do administrador, porém consigna exatamente a aplicação da legislação ora citada:

Art. 72 - O Consórcio será regido pelo disposto na Lei Federal n - 11.107, de 6 de abril de 2005, no Decreto Federal n - 6.017, de 17 de janeiro de 2007, e, no que tais diplomas foram omissos, pela legislação que rege as associações civis.

Repita-se, portanto, que a responsabilidade do Consórcio ou a responsabilidade do administrador perante os Estados consorciados existirá se o ato caracterizar ilícito, quando, ou se apurará a culpabilidade se ilícito civil, ou não, acaso exista ilícito penal, nos termos da legislação pátria.

Por fim, para exaurir o tema, incabível invocar na espécie a responsabilidade objetiva constante no art.37, §6º, da Constituição Federal de 1988, que se dirige à proteção de terceiro atingido por um ato público. Aqui, cuida-se de responsabilidade do Consórcio ou do administrador do Consórcio perante os consorciados, não terceiros, mas verdadeiros partícipes dessa pessoa jurídica associativa.

-Do risco relacionado a contratações em moeda estrangeira ou vinculadas à variação cambial

O segundo objeto de análise recai sobre os riscos relacionados a contratações em moeda estrangeira ou vinculadas à variação cambial. Embora a regra geral seja a obrigatoriedade do uso da moeda nacional em contratações celebradas, previu-se exceção quanto a contratações internacionais, justamente porque a negociação se submete à legislação internacional. Se não, veja-se:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

O Direito brasileiro define como contrato internacional aquele celebrado entre pessoas em Estados (países) distintos, considerando aplicável a lei do país de domicílio do proponente, nos exatos termos do Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942, *verbis*:

Art. 9º-Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1ºDestinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Por isso, o Decreto-Lei 857, de 11 de setembro de 1969, ao cuidar da obrigatoriedade do uso da moeda nacional como efetiva moeda de pagamento, excetuou os contratos internacionais, prevendo o uso de moeda estrangeira ou a indexação à variação cambial:

Art 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Art 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior: (Vide Lei nº 9.529, de 1997)

I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;

*II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens e serviços vendidos a crédito para o exterior;
(Redação dada pela Lei nº 13.292, de 2016)*

III - aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

IV - aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.

E, como não poderia deixar de ser, o Código Civil de 2002, ao também reforçar o uso obrigatório da moeda nacional, estabeleceu a existência de exceções por lei:

"Art. 318. São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação nacional."

É o próprio Decreto-lei 857/1969 que disciplina o risco da variação cambial nos contratos internacionais, já fixando que pagamentos decorrentes de extinção do contrato, por qualquer motivo, que importem devolução de valores ao país, submetam-se às regras de câmbio vigentes:

"Art. 3º. No caso de rescisão judicial ou extrajudicial de contratos a que se refere o item I do artigo 2º deste Decreto-lei, os pagamentos decorrentes do acerto entre as partes, ou de execução de sentença judicial, subordinam-se aos postulados da legislação de câmbio vigente."

Atualmente, vige a Resolução do Banco Central nº 3.568, de 29 de maio de 2008, que estabelece a regra de **aplicação do preço da moeda na data em que liquidado o pagamento**



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

pecuniário devido, sem possibilidade às partes de estabelecer previamente de forma diversa a modificação deste preço:

Art. 19. A taxa de câmbio é livremente pactuada entre os agentes autorizados a operar no mercado de câmbio ou entre estes e seus clientes.

Art. 20. A taxa de câmbio pactuada nas operações para liquidação pronta ou futura deve refletir exclusivamente o preço da moeda negociada para a data da contratação da operação de câmbio, sendo facultada, nas operações para liquidação futura, a estipulação de prêmio ou bonificação, na forma definida pelo Banco Central do Brasil.

Art. 21. A taxa de câmbio pactuada nas operações de câmbio a termo deve espelhar o preço da moeda estrangeira para a data da sua liquidação, obedecidas as demais características definidas pelo Banco Central do Brasil.

Art. 22. Sujeitam-se os agentes autorizados a operar no mercado de câmbio às sanções previstas na legislação e regulamentação em vigor para a compra ou a venda de moeda estrangeira a taxas que se situem em patamares destoantes daqueles praticados pelo mercado ou que possam configurar evasão cambial, formação artificial ou manipulação de preços.

Portanto, ainda que instituições financeiras possam promover variação na taxa de câmbio a partir do preço da moeda fixado, obrigatoriamente se aplica a taxa de câmbio do dia da liquidação do pagamento.

Isto significará que o risco da variação cambial é algo ínsito a um contrato internacional em moeda estrangeira, não se situando em uma álea de imprevisibilidade por si só. Imprevisão quanto a risco cambial somente aquela decorrente de um fato outro estranho que



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

provoque uma distorção na linha periódica da variação cambial observada em certo intervalo de tempo.

Por conseguinte, o risco da variação cambial, em si mesmo, nunca poderia ser atribuído ao contratante ou administrador do contratante.

-Do caso concreto.

Após a análise em abstrato das questões acima, a pergunta que se põe quanto ao caso concreto é: **houve má gestão do administrador ou do Consórcio, na pactuação de uma contratação internacional, que lhes atraia a obrigação de responder pelas perdas relacionadas à variação cambial?**

A hipótese dos autos cuida de contratação da empresa inglesa Pulsar Development International Ltd., para aquisição de 450 (quatrocentos e cinquenta) ventiladores pulmonares. Cuidou-se de contratação internacional, recebida a proposta da Inglaterra, sede da empresa, e cujos bens seriam importados ao país.

A possibilidade de contratação internacional foi expressamente prevista no Contrato de Programa nº 01/2020, firmado por todos os Estados Consorciados, devendo-se, na formação da vontade e sua formalização observar a legislação federal, vide Cláusula Primeira, Parágrafos Primeiro e Quarto:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

Constitui objeto do presente **CONTRATO DE PROGRAMA** a cooperação entre os **CONSORCIADOS** com vistas à realização de aquisições centralizadas ou compartilhadas de bens e serviços, com vistas à promoção, prevenção e à garantia de assistência à saúde para as pessoas em decorrência da pandemia de COVID-19.

Parágrafo primeiro. As aquisições centralizadas ou compartilhadas poderão ser realizadas por meio de processos deflagrados pelo **CONSÓRCIO NORDESTE** para aquisição de bens ou serviços ou mediante parceria ou acordos de cooperação técnica com agências e organismos internacionais, e posterior distribuição para os **CONSORCIADOS**.

Parágrafo quarto. Nas aquisições centralizadas ou compartilhadas realizadas no âmbito deste **CONTRATO DE PROGRAMA**, será utilizada a legislação federal vigente, nos termos da **CLÁUSULA 36º do Contrato de Consórcio**.

O Contrato de Programa nº 01/2020 tornou-se o documento referência do Convênio nº 003/2020 celebrado entre o Consórcio Nordeste e a Secretaria de Saúde do Estado da Bahia para executar as contratações necessárias, especialmente as internacionais, haja vista a impossibilidade legal do Consórcio as realizar, conforme Cláusulas Primeira e Terceira, alínea b):

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

O presente instrumento tem por objetivo a cooperação técnica e financeira entre os Partícipes para a realização de aquisições centralizadas ou compartilhadas de bens e serviços, com vistas à promoção, prevenção e à garantia de assistência à saúde para as pessoas em decorrência da pandemia de COVID-19, nos termos do Contrato de Programa nº 01/2020.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

CLAUSULA TERCEIRA – DAS ATRIBUIÇÕES COMUNS DOS PARTICIPES

Para a execução do presente Convênio, os Participes, dentro de suas respectivas áreas de atuação, incumbir-se-ão de:

a) Proporcionar apoio técnico e operacional para a realização de aquisições centralizadas ou compartilhadas de bens e serviços, com vistas à promoção, à prevenção e à garantia de assistência à saúde para as pessoas em decorrência da pandemia de COVID-19;

b) Realizar, quando necessário, aquisições internacionais em nome dos participes e/ou dos Estados Consorciados, por meio dos sistemas eletrônicos disponibilizados pela Receita Federal do Brasil, seja do SISCOMEX, do Sistema Radar ou de outros que se façam necessários, disponibilizados por quaisquer órgãos ou entidades públicas, em respeito às exigências legais;

Primeira conclusão parcial: a contratação internacional pelo Consórcio, via SESAB/BA, contava com previsão expressa em contrato e em convênio, a significar, portanto, a assunção dos riscos de contratação em moeda estrangeira quanto ao câmbio.

Aprofundando-se a análise, a contratação internacional deveria ter sua fase interna regida pela legislação federal. A formação da vontade do ente público (ou traduzida para o campo do direito administrativo, a constatação da necessária motivação dos atos administrativos e sua devida formalização), no caso do Consórcio Nordeste e consoante expressamente previsto no Contrato de Programa, Cláusula Primeira, §4º, se daria pela Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993.

Em face da pandemia, houve edição de leis específicas (Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020; Medida Provisória nº 961, de 06 de maio de 2020), **que permitiram a contratação direta sem processo licitatório, uma vez fato notório o estado emergencial ou de calamidade pública, com pagamento antecipado.**

Lei Federal 13.979/2020

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei

*§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o **caput** deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.*

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido.

(...)

Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato.

Medida Provisória nº 961/2020

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos:

I - a dispensa de licitação de que tratam os incisos I e II do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, até o limite de:

a) para obras e serviços de engenharia até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou, ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

b) para outros serviços e compras no valor de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

II - o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que:

a) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou

b) propicie significativa economia de recursos; e..”

Com base nos normativos vigentes, portanto, e como se infere da leitura do processo administrativo SEI nº 019.12792.2020.0051580-66, recebida a proposta de venda de ventiladores pulmonares pela empresa britânica Pulsar Development International Ltd., verificada a real existência da empresa, a adequação técnica dos ventiladores, e a compatibilidade do preço de alienação, e a efetiva motivação a tanto (enfrentamento da pandemia da COVID-19, com cada Estado consorciado indicando os quantitativos a si necessários), tipificar-se-ia como perfeitamente legal a contratação pretendida. Houve, assim, a emissão do denominado *pro-forma invoice*/contrato e realizado o depósito do pagamento de 50% (cinquenta por cento) do valor total do contrato, U\$8.280.000,00, correspondendo à importância de R\$45.970.560,00.

Aqui, merecem ser pontuadas algumas informações técnicas relevantes sobre o mercado internacional de produtos médicos, havendo a subscritora buscado a Secretaria de Saúde para obter de maneira precisa tais informações (processo SEI nº 006.9922.2020.0013160-66). Nesse mercado, a formalização do contrato se dá exatamente com a emissão de *pro-forma invoice*, proposta com já as regras contratuais básicas ali constantes, e o aceite pelo pagamento antecipado do valor, no total ou parcialmente. Os fornecedores internacionais não prestam garantia de execução e, mesmo a tentativa do ente contratante, de emitir com alto custo uma carta de crédito, nem sempre é aceita pelo fornecedor. :



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

De início, esclarecemos que os elementos informados decorrem da execução das rotinas relacionadas à aquisição de insumos no âmbito desta Superintendência de Assistência Farmacêutica, Ciência e Tecnologia em Saúde – SAFTEC, que ordinariamente se restringe à execução da política de Assistência Farmacêutica sob responsabilidade desta SESAB.

(...)

Para as aquisições, seja de itens nacionais como para itens importados, os termos e condições da relação são postos por esta SESAB. Contudo, para importação de determinados itens, esta setorial observa as condições do fabricante/exportador no que tange, sobretudo, ao tempo de entrega. Há ainda que se registrar que para importações também incidem normas de Direito Internacional, sendo relativizada a imposição de normas de Direito Público interno.

No tocante à importação de fármacos, comumente é utilizado o pagamento antecipado vez que sobre a alternativa “Carta de Crédito”, cujo pagamento ao fornecedor se dá postecipadamente, incidem custos extras, em percentual do valor da aquisição que, por vezes, é bastante significativo. Para os casos em que não há precedentes de descumprimento do exportador com esta SESAB, o pagamento antecipado é adotado, face à não incidência desses custos, bem como à recusa da maioria dos fornecedores em aceitarem essa forma de pagamento.

Não são previstas garantias contratuais; ordinariamente os contratos correspondem a Autorizações de Fornecimento de Materiais e se referem a entregas únicas, seja por saque de saldo disponível em Ata de Registro de Preços, seja fornecimento contratado por meio de Pregão, de dispensa ou inexigibilidade de licitação, independente da hipótese ou circunstância, incluindo a emergência atual. Mesmo quando contratado por inexigibilidade ou dispensa, com cronograma para entrega de quantitativos parcelados, não é prevista garantia contratual.

(...)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Nos casos de importação de medicamentos, comumente o exportador já compõe o valor da “PROFORMA INVOICE” incluindo o seguro, tal e qual se processa com o frete até o destino. Não se trata, contudo, de garantia contratual, servindo, em verdade, para afastar eventual prejuízo na eventual hipótese de ocorrência de sinistro no envio do objeto adquirido. Cabe destacar, que no comércio internacional, os documentos Proforma Invoice (traz as condições como prazo, valor etc.), Contrato de Câmbio (referendado pelo Banco Central) e Swift (confirmação do pagamento), são os principais instrumentos que regem a operação de compra e venda que está sendo realizada. Cabe acrescentar que o entendimento é que no comércio internacional, esses documentos trazem alguma segurança para garantir a devolução do recurso, no caso de descumprimento.

No concernente aos reflexos que a pandemia da COVID19 impôs ao mercado internacional, sobretudo de medicamentos, em relação às condições normais observadas ao longo dos últimos períodos, resta assentar como inequívoco o impacto sobre a disponibilidade de determinados itens para compra, sejam medicamentos ou mesmo matérias primas utilizadas para produção, sabidamente em face da explosão da demanda por determinados itens e medicamentos utilizados para tratamento de pacientes com a COVID 19. A explosão da demanda levou à dificuldade de muitos em garantir o suprimento de quantitativos maiores em prazos menores, ao passo que a indústria demanda tempo para ampliar a capacidade de produção, e, ainda assim, prescinde do aumento da disponibilidade de matéria prima.

A compreensão das informações prestadas é simples: em contratações internacionais, não há regras para garantia de execução de contrato e, em geral, exige-se sim o pagamento antecipado. Também, em regra, as contratações internacionais, para além de ser aplicável a legislação dos países de domicílio do proponente, como determina a LINDB, submetem-se elas se signatários os seus países de domicílio, à Convenção sobre Contratos para



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Vendas Internacionais de Bens das Nações Unidas (*UN Convention on Contracts for the International sale of Goods*). Não à legislação pátria.

E, como arremate a este ponto, o Contrato de Rateio nº 02/2020, celebrado justamente para fazer frente ao contrato internacional com a Pulsar Ltd. previu de forma expressa a possibilidade da variação cambial, quando se lê o Anexo I:

	Forma de Pagamento			
	Pgto em 27/04/2020		Pgto na entrega*	
ESTADOS	EUROS	REAIS	EUROS	REAIS
AL	885.000,00 €	R\$ 5.256.900,00	885.000,00 €	R\$ 5.256.900,00
BA	416.250,00 €	R\$ 2.472.525,00	416.250,00 €	R\$ 2.472.525,00
CE	920.000,00 €	R\$ 5.464.800,00	920.000,00 €	R\$ 5.464.800,00
MA	736.000,00 €	R\$ 4.371.840,00	736.000,00 €	R\$ 4.371.840,00
PB	1.248.750,00 €	R\$ 7.417.575,00	1.248.750,00 €	R\$ 7.417.575,00
PE	1.472.000,00 €	R\$ 8.743.680,00	1.472.000,00 €	R\$ 8.743.680,00
PI	1.752.500,00 €	R\$ 10.409.850,00	1.752.500,00 €	R\$ 10.409.850,00
SE	499.500,00 €	R\$ 2.967.030,00	499.500,00 €	R\$ 2.967.030,00
TOTAL	7.930.000,00 €	R\$ 47.104.200,00	7.930.000,00 €	R\$ 47.104.200,00

*Valor sujeito a variação da cotação da moeda estrangeira na data do pagamento.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Desta maneira, não se vislumbra qualquer ato ilícito na contratação internacional em si mesma considerada.

Passe-se ao exame da conduta do Consórcio Nordeste, do administrador do Consórcio Nordeste e até da SESAB quanto à execução do contrato.

O art.4º-D da Lei Federal 13.979/2020, acima transcrito, dispôs expressamente residir a gestão de riscos na fase de execução do contrato e não na pactuação, diante do quadro epidêmico a reclamar medidas urgentes e excepcionais para assistência à saúde da população brasileira.

Pois bem. Efetuado o pagamento antecipado em 28 de março de 2020 e disponibilizado o valor no Banco Barclays, indicado pela empresa Pulsar Ltd., no dia 01 de abril de 2020, a Secretaria de Saúde da Bahia passou a cobrar posição da empresa Pulsar Ltd. diuturnamente acerca do efetivo prazo para inspeção dos equipamentos e adoção das medidas para embarque. A empresa passou a justificar a impossibilidade de definir prazo de inspeção e de entrega dos bens, alegando que o Banco Barclays ainda realizava o necessário *compliance* (auditoria) sobre o valor recebido e, por isso, não se iniciara ainda o termo inicial (pagamento ao fornecedor da Pulsar Ltd.) da contagem do prazo de 07 a 10 dias para inspeção dos bens.

Houve intensa cobrança para que a empresa justificasse suas alegações (obstáculo criado pelo Banco Barclays à execução do contrato), bem assim apresentasse documentação sobre reserva dos bens, a tranquilizar o Consórcio Nordeste. Como nada de concreto se apresentara, após correspondências trocadas e até reunião com o advogado da empresa na Bahia, promoveu-se a rescisão contratual em 22 de maio de 2020. Uma vez não tendo a empresa se mobilizado à devolução dos valores, atuou a Procuradoria Geral do Estado da Bahia e as Secretarias de Saúde e



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

da Fazenda no contato direto com o Banco Barclays, logrando a devolução integral dos U\$8.280.000,00.

A conversão, como já pontuado anteriormente, para a moeda nacional (real) forçosamente precisou observar o preço da moeda estrangeira na data com verificação da taxa de câmbio aplicada pelo Banco do Brasil, banco de operação financeira e cambial do Estado da Bahia, correspondendo a R\$ 40.638.240,00.

Sublinhe-se, destarte, que tampouco se observa atos culposos ou dolosos do Consórcio Nordeste, do administrador do Consórcio, ou até da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia na fiscalização da execução contratual. Ao inverso, houve um acompanhamento rígido, ao ponto de se ter providenciado no momento correto a rescisão contratual e se ter logrado, sem necessidade de judicialização internacional, do retorno integral dos valores.

Não há, assim, nenhum nexos de causalidade entre atos, comissivos ou omissivos, do Consórcio Nordeste, do administrador do Consórcio ou da Secretaria de Saúde com a perda dos valores decorrentes da variação cambial, risco, repita-se, de toda e qualquer contratação internacional, dentro da álea de previsibilidade.

Claro que, quanto à contratação não exitosa, restam questionamentos sobre a conduta da própria contratada, empresa Pulsar Development International Ltd. Isso deverá ser objeto de processo sancionatório interno para apuração de conduta e, até, punição, bem como poderá ensejar, acaso se comprove ilícito por parte da empresa, sua responsabilização pela extinção contratual e, por conseguinte, pelas perdas com a variação cambial decorrente da devolução dos valores.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Em conclusão:

a) A responsabilidade do Consórcio Nordeste ou do administrador do Consórcio perante os entes consorciados, decorrentes de ilícitos civis, somente poderão acontecer se caracterizada culpa (responsabilidade subjetiva);

b) Os riscos relacionados às contratações internacionais em moeda estrangeira ou vinculados à variação cambial são inerentes a este tipo de contrato, sendo imperiosa a observância do preço da moeda estrangeira e da taxa de câmbio do dia efetivo de liquidação da obrigação pecuniária;

c) A contratação internacional com a empresa Pulsar Development International Ltd ocorreu de acordo com a legislação federal extraordinária acerca da pandemia da COVID-19; com os pactos celebrados entre os Estados consorciados e também com a Secretaria de Saúde do Estado da Bahia; e com a legislação alienígena aplicável às aquisições internacionais;

d) Houve correta gestão dos riscos durante a execução do contrato, a permitir a ação imediata e efetiva de rescisão do contrato e recuperação integral do valor pago;

e) Não se observando, portanto, nenhuma conduta ilícita culposa, comissiva ou omissiva do Consórcio do Nordeste, do administrador do Consórcio ou da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, na celebração, na execução ou na extinção do contrato internacional, não se tipifica qualquer responsabilidade civil a eles imputável pelas perdas com a variação cambial da moeda estrangeira, risco contido na álea de uma contratação internacional;

f) Pode, de outra sorte, restar configurada a responsabilidade da empresa Pulsar Ltd, se demonstrada conduta contratual ilícita, que embase lhe ser cobrada a diferença da variação cambial, necessitando-se instaurar processo sancionatório a respeito.

Este o opinativo, s.m.j.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Ao Exmo. Sr. Procurador Geral, para final manifestação.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, 25 de junho de 2020.

Bárbara Camardelli

Procuradora Chefe