



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Parecer PGM/CGC Nº 017210941

São Paulo, 15 de maio de 2019

EMENTA Nº 11.995 - PGM

Não é razoável a aplicação da condição prevista no inciso III do art. 40 do Decreto municipal nº 44.279/03 às contratações entre a Administração Pública municipal e as empresas integrantes da Administração Pública Indireta do Município, para a execução das atividades previstas no seu objeto social.

INTERESSADO: PRODAM

ASSUNTO : Existência de débitos fiscais com o Município. Certidão positiva de tributos. Contratações e manutenção dos contratos existentes com o Município, incluindo eventuais prorrogações, e prosseguimento dos pagamentos.

Informação nº 681/2019 – PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Coordenadoria Geral do Consultivo

Senhor Coordenador Geral

Segundo informado pela empresa municipal interessada no SEI 016873560, ela foi autuada por SF em 2017 em razão de débitos tributários referentes à ISS não recolhido, tendo recorrido administrativamente. Encerrada a instância administrativa, a dívida foi inscrita em dívida ativa em 2019, de forma que a empresa não consegue mais obter a certidão negativa de tributos mobiliários municipais. Esclarece que não concorda com as autuações, e solicitou a instauração de procedimento de mediação com SF, conforme disciplinado no artigo 33 do Decreto nº 57.263/16 e na Portaria 26/2016-PGM.

Inobstante a inexistência de condições de regularidade fiscal com o Município, defende a possibilidade de celebrar contratos com o Município (bem como manter e prorrogar os já existentes), considerando a necessidade de continuidade de prestação dos serviços de TI, que, por sua vez, apoiam a prestação de serviços essenciais pelos órgãos municipais. Aponta, ainda, a existência de precedente desta Procuradoria

no sentido da impossibilidade de incluir empresas municipais no CADIN (Informação nº 1.771/2007 – PGM.AJC), e consulta-nos acerca da matéria.

Como o parecer deste órgão citado no ofício da PRODAM encontrava-se com trechos cortados, fizemos sua junção, na íntegra, como documento SEI 017065545.

É o relatório.

Segundo pesquisa que realizamos, após a Informação nº 1.771/2007 – PGM.AJC, retroencartada, não houve parecer alterando ou superando o entendimento ali exposto (no sentido da impossibilidade de inclusão de empresas municipais no CADIN), de forma que aquele permanece válido. Assim, como o fundamento legal para eventual suspensão de pagamentos às empresas contratadas é a sua inclusão no CADIN, na medida em que a interessada não pode ser incluída no cadastro, não parece haver justificativa jurídica para a suspensão dos pagamentos nos contratos já firmados.

Em relação às novas contratações, dispõe o Decreto municipal nº 44.279/03:

Art. 40. Na celebração de contratos por dispensa ou inexigibilidade de licitação, exigir-se-ão do contratado, apenas, os documentos que comprovem:

I - inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ);

II - regularidade perante a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

III - regularidade perante a Fazenda do Município de São Paulo, quanto aos tributos relacionados com a prestação licitada, aplicáveis as normas do artigo 38 deste decreto.

Parágrafo único. A critério da autoridade competente, observados os limites da legislação federal, poderão ser exigidos outros documentos complementares, relacionados no artigo 37 deste decreto, nas hipóteses em que o objeto da contratação assim o recomende.

Nos casos de contratações diretas, portanto, a norma municipal exige a comprovação de regularidade fiscal para com o Município de São Paulo, quanto aos tributos relacionados com a prestação licitada. Não nos parece possível o emprego automático do entendimento exposto na Informação nº 1.771/2007 – PGM.AJC acerca da impossibilidade de inclusão no CADIN, eis que o fundamento de tal conclusão residiu apenas no fato do CADIN consistir num cadastro geral tanto para órgãos da Administração Direta como para entidades da Administração Indireta do Município.

Por outro lado, esta Procuradoria tem precedentes no sentido da eventual relativização da observância dos requisitos de regularidade fiscal para fins de contratações públicas, bem como no sentido da relativização das restrições previstas na Lei municipal nº 14.094/05 (que institui o CADIN e proíbe a contratação, pagamentos e repasses de recursos a pessoas nele inseridas), dependendo da relevância do serviço contratado para o órgão contratante e a eventual impossibilidade ou justificada inconveniência de contratação de prestador diverso. Anexamos, a respeito, duas manifestações (Informação nº 1.131/13-PGM.AJC e Informação nº 681/16-SNJ) quanto à contratação direta de empresas (uma delas empresa municipal, tal como a PRODAM), inobstante situação de irregularidade fiscal frente ao INSS – que, juridicamente, é ainda mais grave do que situação de irregularidade perante o Município, eis que tutelada por norma constitucional (art. 195, §3º, da Constituição).

A necessidade de comprovação de regularidade fiscal com o Município nas contratações diretas corresponde à preocupação legítima do Município em não privilegiar, por meio de contratações públicas, pessoas que lhe devem^[1]. Mesmo em contratações diretas – como em grande parte dos casos enquadrados como dispensa de licitação – pode haver uma escolha da Administração Pública entre múltiplos prestadores. Assim, entre um que tem débitos perante o Município e outro que não tem, a norma reduz a discricionariedade do gestor ao afastar a escolha daquele que tem débitos (afinal, o devedor pode acabar se beneficiando de tal condição, mesmo num processo de contratação por dispensa de licitação, apresentando orçamento mais baixo em comparação com outro que paga seus tributos). Num primeiro momento, tal norma era unicamente o art. 40, inc. III, do Decreto municipal nº 44.279/03. Logo em seguida, foi aprovada a Lei municipal nº 14.094/05, que instituiu o CADIN, que ampliou as restrições a quem tem débitos para com o Município.

Tal argumento, entretanto, conforme diversos precedentes desta Procuradoria, pode não se sustentar quando há contratação de fornecedor exclusivo (quando, por razões fáticas ou jurídicas, apenas uma pessoa pode executar adequadamente o objeto que a Administração Pública necessita). Em tais casos, conforme exposto nos precedentes trazidos à baila, eventual inviabilidade de contratação pelo Município penalizaria ele próprio – e os serviços municipais por ele desempenhados –, sendo que as normas restritivas de contratação pública foram criadas para penalizar os possíveis contratados, e não a Administração Pública contratante. Se há um monopólio ou uma situação similar a um monopólio, a impossibilidade de contratação do prestador imporá, ao contratante, a inviabilidade de execução do objeto demandado.

Parece-nos que conclusão similar pode ser aplicada às contratações de empresas municipais (integrantes da Administração Indireta municipal) prestadoras de serviços para a Administração Direta, constituídas para tal finalidade – quando, embora haja no mercado outros prestadores, o ente federativo decidiu prestar ele próprio a utilidade, por meio de ente da Administração Indireta criado com esta finalidade. Conforme exposto por esta Procuradoria na Informação nº 1.354/2011-PGM.AJC, que tratou da inexigibilidade de licitação para a contratação de empresas criadas pelo Município para o desempenho da sua finalidade institucional:

"Assim, um ente pode decidir realizar uma atividade por meio de um órgão ou por meio de um ente personalizado, que integrará a Administração indireta (fenômeno da "descentralização"). Este ente poderá ser uma autarquia, uma fundação, um consórcio, ou uma empresa estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista). A forma de constituição desta entidade será a que o gestor público entenda a mais conveniente para o atingimento das finalidades para a qual foi criada.

O que é importante frisar é que quando uma entidade da Administração indireta presta um serviço (diretamente à população ou não), é o ente público atuando, e não um terceiro. É o ente por meio de um de seus braços." (grifos no original)

Não parece fazer sentido condicionar a contratação de uma empresa criada pelo próprio Município para a execução de uma atividade (no caso, processamento de dados, mas também poderia ser a realização de obras públicas, de projetos, treinamento de funcionários, coordenação e realização de eventos, etc.) à inexistência de débitos para com o Município – débitos estes que tiveram como origem contratos com o Município e, ao final, provavelmente serão pagos com recursos oriundos de contratos com o Município, que, s.m.j., é de onde provém as receitas da empresa. A impossibilidade de estabelecimento de uma relação jurídica entre o ente federativo criador e a entidade criada, para a execução dos fins pelos quais ela foi criada, colocaria em cheque a própria sobrevivência da entidade, cuja existência apenas se justifica para prestação de serviços à Administração Direta (como é o caso da PRODAM).

Assim, se é verdade que as empresas municipais devem arcar com seus débitos fiscais, sob pena de serem cobradas – inclusive judicialmente – por isso, por outro lado não é razoável estender a elas as restrições às contratações com a Administração Direta derivadas do inc. III do art. 40 do Decreto municipal nº 44.279/03. Em nosso ver, embora a literalidade da norma leve à sua aplicação a qualquer contratação pública da Administração municipal (inclusive com as empresas estatais municipais), considerando que a regra não contempla expressamente nenhuma exceção, a sua interpretação teleológica exclui sua incidência para as contratações internas entre órgãos e entidades da Administração Pública municipal, uma vez que, nestas hipóteses, a racionalidade por trás da proibição legal se esvai. Não há prejuízo à isonomia porque a contratação não deriva de um procedimento competitivo ou de comparação entre propostas e prestadores, mas sim da decisão político-administrativa de internalizar (ainda que de forma descentralizada) a execução do serviço. Não se pode, portanto, falar em uma vantagem ou benefício da estatal municipal sobre demais prestadores da utilidade.

Também ficaria vulnerada, no caso sob exame, eventual argumentação no sentido de que a impossibilidade de contratação consiste numa medida de estímulo, a compelir o pagamento de tributos com o ente contratante. Isto porque, na medida em que o Município controla a PRODAM, ele teria o poder – a ser exercido por meio dos órgãos societários deliberativos – de influir nas decisões da empresa, inclusive a respeito da gestão tributária, respeitadas as restrições legais.

A falta de razoabilidade da aplicação da norma legal a tais situações fica ainda mais evidente quando a não contratação da empresa para a execução dos serviços de TI puder causar prejuízos à execução da atividade fim do órgão público; e bem se sabe que, por questões de segurança, cruzamento de informações e de continuidade da solução tecnológica adotada, a contratação de terceiros pode se revelar problemática – razão pela qual, afinal, foi criada uma empresa municipal para cuidar do assunto, tal como ocorre em outros entes federativos.

A Lei federal nº 13.655/18, que acrescentou o art. 22 (dentre outros) à LINDB (DL nº 4.657/42), reforça tal conclusão, ao prever que:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Nos termos da regra citada, a interpretação das normas de gestão pública não podem olvidar as situações concretas existentes, nem as consequências da adoção de um ou outro caminho. E a aplicação de uma proibição legal sem esteio em qualquer fundamento ético ou jurídico torna-se desarrazoada, pois vazia de sentido.

Em conclusão, na esteira dos precedentes citados, e considerando o princípio da razoabilidade, parece-nos que a PRODAM poderia ser contratada pelos órgãos e entidades da Administração Pública municipal, independente da situação de irregularidade fiscal perante o Município, para a execução das atividades previstas em seu objeto social.

Por fim, salientamos que não foram encontradas decisões do Tribunal de Contas, do Tribunal de Justiça de São Paulo ou dos Tribunais superiores tratando da questão específica objeto deste processo, nem doutrina jurídica a respeito.

Sub censura.

RODRIGO BRACET MIRAGAYA

Procurador Assessor – AJC

OAB/SP nº 227.775

PGM

De acordo.

TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO

Procuradora Assessora Chefe - AJC

OAB/SP 175.186

PGM

[1] O art. 40, inc. III, do Decreto municipal nº 44.279/03, provavelmente deriva do disposto no art. 193 do CTN, nos termos do qual:

" Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre".



Documento assinado eletronicamente por **Rodrigo Bracet Miragaya, Procurador do Município**, em 16/05/2019, às 17:10, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



Documento assinado eletronicamente por **TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO, Procurador Chefe**, em 17/05/2019, às 12:32, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **017210941** e o código CRC **9BAE4623**.





PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Encaminhamento PGM/CGC Nº 017211102

São Paulo, 15 de maio de 2019

INTERESSADO: PRODAM

ASSUNTO : Existência de débitos fiscais com o Município. Certidão positiva de tributos. Contratações e manutenção dos contratos existentes com o Município, incluindo eventuais prorrogações, e prosseguimento dos pagamentos.

Cont. da Informação nº 681/2019 – PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Senhor Procurador Geral

Encaminho a Vossa Senhoria manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Coordenadoria Geral, que acompanho, no sentido de que, considerando o princípio da razoabilidade e o disposto no art. 22 do DL nº 4.657/42, a PRODAM poderia ser contratada pelos órgãos e entidades da Administração Pública municipal para a execução das atividades previstas em seu objeto social, independente da situação de irregularidade fiscal perante o Município, sem prejuízo da necessidade de regularizar sua situação fiscal e da tomada de medidas pela Administração Pública visando tal fim.

TIAGO ROSSI

Coordenador Geral do Consultivo

OAB/SP 195.910

PGM



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **017211102** e o código CRC **ECEEFE49**.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PGM/Coordenadoria Geral do Consultivo

Viaduto do Chá, 15, - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01020-900

Telefone:

Encaminhamento PGM/CGC Nº 017211172

São Paulo, 15 de maio de 2019

INTERESSADO: PRODAM

ASSUNTO : Existência de débitos fiscais com o Município. Certidão positiva de tributos. Contratações e manutenção dos contratos existentes com o Município, incluindo eventuais prorrogações, e prosseguimento dos pagamentos.

Cont. da Informação nº 681/2019 – PGM.AJC

PRODAM

Senhor Diretor Presidente

Encaminho, o presente, com a manifestação da Coordenadoria Geral do Consultivo, que endosso, no sentido de que, considerando o princípio da razoabilidade e o disposto no art. 22 do DL nº 4.657/42, a PRODAM poderia ser contratada pelos órgãos e entidades da Administração Pública municipal para a execução das atividades previstas em seu objeto social, independente da situação de irregularidade fiscal perante o Município, sem prejuízo da necessidade de regularizar sua situação fiscal e da tomada de medidas pela Administração Pública visando tal fim.

GUILHERME BUENO DE CAMARGO

PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO

OAB/SP 188.975

PGM



Documento assinado eletronicamente por **Guilherme Bueno de Camargo, Procurador Geral do Município**, em 21/05/2019, às 17:13, conforme art. 49 da Lei Municipal 14.141/2006 e art. 8º, inciso I do Decreto 55.838/2015



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.prefeitura.sp.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **017211172** e o código CRC **FB26AAE4**.