PREFEITURA DA CIDADE DE SÃO PAULO

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de Informação nº 2600

Do processo nº 2014-0.092.681-1 07/01/16

INTERESSADO: Departamento Fiscal.

ASSUNTO : Contrato 002/PGM/2014. Prestação de serviços de locação de 03 (três) copiadoras digitais, com infraestrutura necessária, compreendendo o fornecimento de todo o material de consumo, inclusive grampo (exceto papel), a manutenção preventiva, corretiva e assistência técnica, com substituição de toda e qualquer peça que se fizer necessária ao funcionamento dos equipamentos, e sua instalação, e, 02 (dois) operadores especializados, para o Departamento Fiscal da Procuradoria Geral do Município de São Paulo. Proposta de aplicação de penalidade. Documento de regularidade fiscal vencido.

Informação nº 04/2016 – PGM-AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Assessoria Jurídico-Consultiva
Senhor Procurador Assessor Chefe

Trata-se de proposta de aplicação de multa contratual pelo fato de se ter verificado, por ocasião do pagamento de nota fiscal referente ao contrato em epígrafe, que a contratada estava com certidão negativa de débitos vencida e, mesmo instada a apresentar nova certidão, não o fez imediatamente (fls. 686/687).

Ocorre que, em seguida à proposta de aplicação da penalidade, foi juntada aos autos a certidão negativa exigida pela Municipalidade (fls. 717).

Nessa altura a empresa estava a ser intimada para se manifestar sobre a aplicação da multa contratual, concordando expressamente com a aplicação desta e desde então desistindo de interpor qualquer tipo de recurso (fls. 726).

Ocorre que no mesmo período questões semelhantes estavam sendo discutidas em outros processos administrativos, de maneira que se entendeu por bem aguardar o posicionamento da Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos sobre esse tipo de caso, que foi o que aconteceu.

Esse é o relatório.

Em tese, é infração legal decorrente do ajuste a não apresentação de CND atualizada pelo contratado pela Administração.

Isso porque o art. 55, XIII, da Lei 8.666/93 estabelece "a **obrigação do contratado de manter**, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, **todas as condições de habilitação** e qualificação exigidas na licitação" (g.n.).

E no bojo dessas obrigações está a de apresentar documentos comprovando a regularidade fiscal (art. 29 da Lei Federal 8.666/93), o que inclusive está devidamente previsto no contrato (itens 12.6, 5.13.12 e 10.1.12).

Todavia, o caso em tela tem contornos que justificam a não aplicação de sanção ao contratado.

Com efeito, o fornecedor apresentou certidão com validade até o dia 02/06/2015 (fls. 646) e no mês seguinte já emitiu nova certidão (fls. 717).

Ademais, a nova certidão foi apresentada inclusive antes da decisão acerca da aplicação ou não de multa contratual no caso.

Na Informação nº 956/2015-PGM.AJC, devidamente acolhida pela Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos (fls. retro), o procurador Rodrigo Bracet Miragaya manifestou-se contra a aplicação automática da regra contratual (e legal) segundo a qual a contratada deve manter, na execução do contrato, todas as condições de habilitação, sob pena de multa. Naquela ocasião, tratava-se de contrato prestes a ser extinto, na medida em que o prazo de vigência se encerraria cerca de um mês depois da expiração da validade da certidão negativa. Justificou-se o entendimento da seguinte forma:

> "Entendemos, em princípio, que a cláusula contratual que exige que a contratada mantenha as condições de habilitação durante todo o curso do ajuste deve ser compreendida considerando a influência da perda da condição de qualificação para o cumprimento, pela contratada, das suas obrigações (incluindo o dano ou risco de dano para a Administração contratante, seja quanto à continuidade da execução do ajuste, seja quanto a sua qualidade). Isso, ao nosso ver, será essencial não somente para avaliação da conveniência da rescisão do contrato , como também para aplicação da penalidade.
>
> Imaginemos, por exemplo, um contrato firmado com empresa de pequeno porte - EPP, cuja licitação foi direcionada de forma exclusiva para tal categoria e para as microempresas. Durante a execução do contrato, é possível que as receitas da empresa superem o máximo previsto na Lei complementar nº 123/06, o que exigiria, portanto, o desenquadramento da contratada como EPP. Sendo tal enquadramento uma condição de habilitação, seria razoável a aplicação de multa, à empresa, em função da perda de tal condição? Aliás, nem precisamos nos restringir às licitações exclusivas para ME e EPP: exigindo-se, na licitação, índice de

liquidez igual ou superior a 1, por exemplo, e ocorrendo um ano em que o índice seja inferior (0,8, por exemplo), deveria a empresa ser apenada, ainda que tenha continuado a executar regularmente o contrato?

Como o Poder Público, via de regra, não pode escolher diretamente as empresas que lhe prestarão o serviço, as condições de habilitação reduzem o risco decorrente da contratação, mas elas retratam um momento específico. É natural que dinamismo do ambiente de negócios muitas vezes impeça a manutenção de certas condições específicas, cujo controle nem sempre a empresa terá de forma total e completa. Com isto não estamos a afirmar que o art. 55, XIII, da Lei federal nº 8.666 pode ser inobservado, mas que ele deve ser observado considerando a proporcionalidade que deve pautar a atuação do agente público e as peculiaridades das situações de fato sobre as quais deve se debruçar, considerando a relevância do referido item de qualificação para a continuidade da execução do pacto.

Como leciona Fábio Medina Osório:

"(...) a tipicidade formal é uma espécie de estágio preliminar no raciocínio jurídico da decisão, não o estágio definitivo.

O efetivo impacto da conduta formalmente típica no bem jurídico tutelado pela norma repressiva é pressuposto da adequação típica material. Trata-se de um processo que exige complexas valorações, notadamente do julgador, mas também da autoridade administrativa. (...) Todo tipo sancionador é formulado, no plano legislativo, in abstracto, sem levar em linha de conta fatores complexos e múltiplos que podem aparecer nos casos concretos. Descreve-se a conduta proibida com suporte em um juízo abstrato, valorativo de pautas comportamentais básicas, levando em conta padrões de conduta abstratos. Sem embargo, a ocorrência efetiva da conduta no mundo real torna imperioso o exame das particularidades do caso concreto, daí emergindo a possibilidade de uma real conduta que não ofenda, de fato, o bem juridicamente protegido" (Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: RT, 2005, p. 247).

Veja-se que isto não é muito diverso do que prescreve o próprio dispositivo legal supracitado: "obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação". O trecho grifado, segundo o qual o contratado deve manter todas as condições de habilitação exigidas na licitação de acordo com as obrigações por ele assumidas, normalmente passa despercebido na leitura do dispositivo. Mas pode ser relevante se interpretado no sentido de que as condições de habilitação que o contratado deve manter são aquelas necessárias para o cumprimento das obrigações restantes do contrato, no momento da análise. Se verificado que a perda de uma condição específica de habilitação, ainda que relevante à época da licitação, não seria mais tão importante no momento em que o evento ocorreu, deixaria de ficar caracterizado, ao nosso ver, descumprimento da cláusula contratual decorrente da previsão do art. 55, XIII, da Lei federal nº 8.666/93.

No caso concreto retratado neste expediente, a situação de irregularidade fiscal perante a União se deu menos de um mês antes do final do contrato, de forma que não nos parece que tal evento tenha tornado impossível ou inadequada a execução das obrigações, pelo contratado, até o seu termo final. Tanto assim que não há notícia de que ele tenha descumprido seus encargos contratuais. Não se pode negar que, faltando menos de um mês para o término do ajuste, a situação de irregularidade fiscal deixa de ter a (relativa) importância que tinha quando da celebração do ajuste , momento em que todas as obrigações do contratado ainda estão para ser adimplidas."

É verdade que nesse caso, diferente da situação ocorrida no caso que deu origem à Informação 956/2015-PGM/AJC, o contrato não estava próximo ao seu vencimento. Entretanto, houve regularização da situação antes de encerrado o procedimento para a aplicação da penalidade e, de igual forma, não há notícia de que a situação de irregularidade tenha prejudicado ou colocado em risco a continuidade da execução do pacto, ou alterado a sua qualidade.

Do processo nº 2014-0.092.681-1 07/01/16

Portanto, tal como ocorreu no precedente mencionado, não cremos que seja proporcional a aplicação de multa contratual (no sentido da correspondência entre os meios utilizados e os fins perseguidos), pelo descumprimento do dever de manter as condições de habilitação durante a execução do ajuste, se antes mesmo da efetiva aplicação houve a regularização da situação fiscal.

De qualquer forma, tendo em vista que o caso mencionado no parecer retro transcrito não é idêntico ao caso presente, sugerimos encaminhamento deste caso à Secretaria dos Negócios Jurídicos para análise e deliberação.

É nosso parecer, salvo melhor juízo.

São Paulo, 05 de janeiro de 2016.

Wander Garcia
Procurador Assessor - AJC
OAB/SP 180.077
PGM

De acordo.

TIAGO ROSSI
Procurador Assessor Chefe - AJC
OAB/SP 195.910
PGM

PREFEITURA DA CIDADE DE SÃO PAULO

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de Informação nº 266

Do processo nº 2014-0.092.681-1

07/01/16

INTERESSADO: Departamento Fiscal.

ASSUNTO : Contrato 002/PGM/2014. Prestação de serviços de locação de 03 (três) copiadoras digitais, com infraestrutura necessária, compreendendo o fornecimento de todo o material de consumo, inclusive grampo (exceto papel), a manutenção preventiva, corretiva e assistência técnica, com substituição de toda e qualquer peça que se fizer necessária ao funcionamento dos equipamentos, e sua instalação, e, 02 (dois) operadores especializados, para o Departamento Fiscal da Procuradoria Geral do Município de São Paulo. Proposta de aplicação de penalidade. Documento de regularidade fiscal vencido.

Cont. da informação nº 04/2016 – PGM-AJC

SECRETARIA MUNICIPAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Senhor Secretário

Encaminho estes autos a Vossa Excelência, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acompanho, no sentido da inviabilidade de aplicação da penalidade de multa por descumprimento da obrigação do contratado em manter, durante a execução do contrato, as condições de habilitação exigidas no edital, considerando o fato da contratada haver regularizado a sua situação fiscal antes da efetiva aplicação da penalidade, e a finalidade a que a cláusula se destina e o princípio da proporcionalidade.

São Paulo, 07/01/2016.

ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL FILHO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP XX.XXX
PGM