

do PA nº 2011-0.057.252-6

Folha de informação nº 812
em 03/08/15**INTERESSADO:** PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

ASSUNTO : Contrato nº 5/PGM/2011. Locação de máquinas reprográficas com fornecimento de materiais e serviços acessórios. Perda das condições de habilitação durante a execução do pacto. Irregularidade fiscal. Evento que se deu na véspera do termo final contratual. Aplicação de pena que não parece proporcional.

Informação nº 956/2015 – PGM.AJC

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

Trata-se de processo documental da contratação de serviço de impressão, com locação das máquinas reprográficas, fornecimento de material de consumo (excetuando-se o papel), assistência técnica e manutenção.

Foram iniciados os procedimentos necessários para nova prorrogação contratual (o prazo de vigência do contrato iniciou-se em 6/5/2011), considerando o vencimento em 5/5/2015. Entretanto, cf. relatado às fls. 798 e ss., mesmo após sucessivos pedidos feitos pelo Núcleo de Licitações desta Procuradoria, a contratada não enviou as certidões comprobatórias da regularidade fiscal. Por isso, o órgão competente opinou pela não prorrogação do pacto e pela aplicação da penalidade prevista na cláusula 9.1.7¹, por descumprimento da cláusula 5.1.4 do contrato, que obrigava a contratada a manter, na execução do ajuste, todas as condições de habilitação exigidas quando da licitação.

Referida multa foi calculada às fls. 804, resultando no valor de R\$149,03. Cf. esclarecido pelo Núcleo de licitações às fls. 805, a

¹ 9.1.7. Multa de 5% sobre o valor mensal do ajuste, por descumprimento da cláusula quinta, item 5.1, deste contrato.

Folha de informação nº 813
em 03/08/15

do PA nº 2011-0.057.252-6

certidão positiva com efeitos de negativa de débitos federais encontrava-se vencida desde 13/4/2015.

Intimada para apresentar defesa prévia, a contratada manteve-se inerte. Em seguida, o processo foi-nos enviado para análise.

É o relato.

De acordo com o doc. de fls. 796, a certidão conjunta de débitos tributários federais e inscritos na dívida ativa da União encontrava-se válida até 13/4/2015. Ao se tentar emitir nova certidão por meio eletrônico, o sistema enviou a mensagem de fls. 795, no sentido de que as informações sobre o contribuinte disponíveis na RFB e na PGFN são insuficientes para o processamento do requerido, o que faz pressupor a irregularidade fiscal da empresa -- mormente porque, convocada a demonstrar a regularidade fiscal, a empresa manteve-se inerte.

Portanto, podemos considerar que a empresa estaria em situação regular apenas até meados de abril, de forma que, a partir de então, perdeu a condição de regularidade fiscal e, portanto, as condições de habilitação. Desta forma, a situação retratada no expediente subsume-se à regra penal prevista na cláusula 9.1.7.

Entretanto, no caso em análise, cremos que a aplicação automática da regra contratual deve ser feita com cautela, considerando que o termo final do contrato se deu em 5/5/2015, menos de um mês depois da perda da situação de regularidade fiscal. 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

do PA nº 2011-0.057.252-6

Folha de informação nº 814
em 03, 08, 15

essencial não somente para avaliação da conveniência da rescisão do contrato², 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

² Segundo Marçal Justen Filho: "Não teria cabimento estabelecer uma solução mecanicista, em que a ocorrência de evento perfeitamente suprável viesse a ser considerada como causa automática para rescisão do contrato. (...) É necessário identificar uma relação de causalidade entre o problema verificado e a satisfação dos interesses fundamentais que o Estado deve realizar. Ademais disso, deve-se apurar a possibilidade de recomposição da plena capacitação do sujeito. (...) Tem de admitir-se, portanto, que o dispositivo ora examinado relaciona-se com a concretização de evento que torne, de modo definitivo e irremediável, incompatível com a ordem jurídica a manutenção da contratação de um certo sujeito.

Ainda assim, o dispositivo não poderá ser aplicado quando tal importar em danos ao interesse estatal superiores aos advindos da manutenção do vínculo." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 714).

O autor, como se pode verificar, contempla duas situações gerais nas quais não se recomenda a rescisão do pacto pelo descumprimento da cláusula que determina a manutenção das condições de habilitação: (1) quando o evento não torna, de forma definitiva e irremediável, incompatível a manutenção da contratação; (2) quando a rescisão é capaz de provocar maiores prejuízos ao interesse público do que a manutenção do contrato.

Apesar do autor abordar a rescisão do contrato, e não a aplicação de penalidade em razão do descumprimento do pactuado, podemos nos questionar se, mantido o contrato, deveria ser aplicada mensalmente multa administrativa ao contratado pelo evento previsto no contrato como infração.

do PA nº 2011-0.057.252-6

Folha de informação nº 815
em 03/08/15

afirmar que o art. 55, XIII, da Lei federal nº 8.666³ 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

³ "Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...)

XIII - 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."

do PA nº 2011-0.057.252-6

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 ajuste⁴, momento em que todas as obrigações do contratado ainda estão para ser adimplidas.

Ademais, em situações como a presente, antes de avaliar a viabilidade de rescisão ou sanção, costuma-se notificar o contratado para que regularize a situação, num prazo que costuma variar de 15 a 30 dias. Ora, no caso em análise, se adotado o procedimento, ao final do prazo para regularização o contrato já teria se encerrado (não contamos, obviamente, com a prorrogação).

Posto isso, parece-nos que o princípio da proporcionalidade, visto sob o viés da adequação entre os meios e os fins, recomenda, no caso concreto, a não aplicação da penalidade prevista na cláusula 9.1.7 do contrato.

Apesar deste parecer ser originariamente referente à atividade de assessoramento jurídico (e não à atividade consultiva) desta AJC quanto a atos internos da PGM, considerando que ele veicula entendimento não retratado em pareceres anteriores, e considerando a possível repercussão em

⁴ São diversos os argumentos utilizados para justificação da exigência de regularidade fiscal nas licitações: desde consistir num meio persuasório para o pagamento dos tributos, até num meio para evitar que aquele que deixa de arcar com suas obrigações para com a coletividade se beneficie de tal fato em detrimento dos demais, por eventualmente conseguir, com isto, oferecer um preço mais baixo no certame.

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

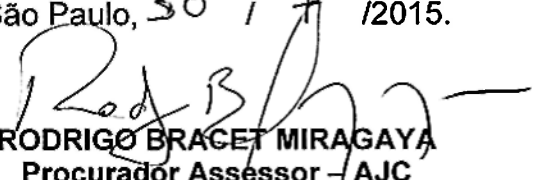
do PA nº 2011-0.057.252-6

Folha de informação nº 817
em 03/08/15

casos vindouros, propomos a sua submissão ao Sr. Procurador Geral, e à
Secretaria dos Negócios Jurídicos.

Sub censura.

São Paulo, 30 / 7 /2015.


RODRIGO BRACET MIRAGAYA
Procurador Assessor - AJC
OAB/SP nº 122.775
PGM

De acordo.

São Paulo, 31 / 07 /2015.


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

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

do PA nº 2011-0.057.252-6

Folha de informação nº 818
em 03, 08, 15

INTERESSADO: PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

ASSUNTO : Contrato nº 5/PGM/2011. Locação de máquinas reprográficas com fornecimento de materiais e serviços acessórios. Perda das condições de habilitação durante a execução do pacto. Irregularidade fiscal. Evento que se deu na véspera do termo final contratual. Aplicação de pena que não parece proporcional.

Cont. da Informação nº 956/2015 – PGM.AJC

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Senhor Secretário

Encaminho estes autos à Vossa Excelência, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acompanho, no sentido da inviabilidade de aplicação da penalidade de multa prevista na cláusula 9.1.7 do contrato, por descumprimento da obrigação do contratado em manter, durante a execução do contrato, as condições de habilitação exigidas no edital, considerando o fato da irregularidade fiscal ter sido verificada menos de um mês antes do término do ajuste, e a finalidade a que a cláusula se destina e o princípio da proporcionalidade.

São Paulo, / /2015.

**ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL FILHO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP 162.363
PGM**



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO**

Folha de informação n.º 819

do P.A. 2011-0.057.252-6 em 14 AGO 2015

(a)

Aparecida dos S. Abreu
RE- 602.342.8/V-1

INTERESSADO:

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

ASSUNTO:

Termo de Contrato nº 05/PGM/2011. Locação de máquinas reprográficas com fornecimento de materiais e serviços acessórios. Perda das condições de habilitação no último mês de execução contratual. Princípio da proporcionalidade. Inviabilidade de aplicação de penalidade.

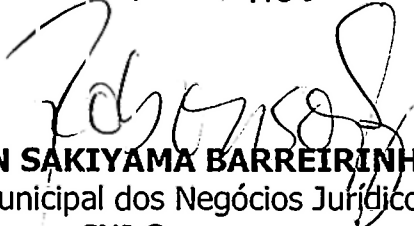
Informação n.º 2208/2015-SNJ.G.

PGM/G

Sr. Procurador Geral

Em devolução, com o nosso acolhimento do parecer da PGM/AJC de fls. retro, que concluiu pela inviabilidade de aplicação de penalidade de multa pelo descumprimento da obrigação de manter as condições de habilitação, uma vez que tal fato ocorreu no último mês de execução contratual, e eventual aplicação de penalidade não atenderia ao princípio da proporcionalidade e à própria finalidade da norma.

São Paulo, 14 AGO 2015


ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS
Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos
SNJ.G.