



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

SECRETARIA MUNICIPAL DE ESPORTES E LAZER

Assessoria Jurídica

Alameda Iraé, 35, - Bairro Indianópolis - São Paulo/SP - CEP 04075-000

Telefone: 3396-6514

PROCESSO 6019.2023/0000740-9

Parecer SEME/AJ Nº 088348284

São Paulo, 16 de agosto de 2023.

SEME/GAB/CG

Senhor Chefe de Gabinete,

1. RELATÓRIO:

Trata-se de proposta de aplicação de penalidade de multa em face da empresa contratada, ante a prestação de serviços não a contento, consoante ateste do fiscal do contrato, que culminou na elaboração de cálculos pelo setor técnico financeiro competente desta Pasta (SEME/CAF/DEOF).

Consta dos autos, dentre outros, os seguintes principais documentos: ateste do fiscal do contrato afirmando o cumprimento não a contento do objeto contratado; proposta de aplicação de penalidade de multa; cálculo da multa pelo setor técnico financeiro competente desta Pasta (SEME/CAF/DEOF); notificação da empresa contratada; defesa prévia apresentada pela empresa contratada; manifestação técnica sobre a penalidade e cálculo da multa.

É o relatório do essencial. Passamos a opinar.

2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

2.1. ESCOPO DA MANIFESTAÇÃO JURÍDICA:

De início, esclarecemos que, com base no art. 5º do Decreto Municipal nº 57.263/2016, incumbe a esta Assessoria Jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa. Em relação aos aspectos de natureza técnica alheios à seara jurídica, parte-se da premissa de que os órgãos e servidores competentes para a sua apreciação detêm os conhecimentos específicos necessários e os analisarão adequadamente, verificando a exatidão das informações constantes dos autos e atuando em conformidade com suas atribuições.

Desta feita, a análise do mérito do ato administrativo recai sempre sobre o gestor público, no exercício de seu juízo de conveniência e oportunidade, ficando eventual matéria técnica – inclusive os cálculos do setor financeiro – fora do âmbito de análise de legalidade a cargo desta Assessoria Jurídica, resultando daí que a manifestação contida no presente parecer possui caráter meramente opinativo, à luz dos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, dentre tantos outros, que orientam a atuação administrativa.

2.2. ANÁLISE JURÍDICA:

2.2.1. ASPECTOS FORMAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES CONTRATUAIS:

No âmbito do Município de São Paulo, o procedimento para aplicação de penalidades administrativas referentes a licitações e contratos foi disciplinado pelo Decreto Municipal nº 44.279/2003, da seguinte maneira:

Art. 54. As penalidades administrativas são aquelas previstas na legislação federal, impondo-se para sua aplicação a observância dos seguintes procedimentos:

I - proposta de aplicação da pena, feita pelo responsável pelo acompanhamento da execução do contrato ao titular da pasta, mediante caracterização da infração imputada ao contratado;

II - acolhida a proposta de aplicação de sanções de advertência e multa, intimar-se-á o contratado nos termos do artigo 57 deste decreto, devendo, nas propostas de aplicação das demais sanções, ser o contratado intimado na pessoa de seu representante legal, pessoalmente ou por carta com aviso de recebimento.

III - observância do prazo legal para apresentação de defesa pelo contratado;

IV - manifestação dos órgãos técnicos e da área jurídica sobre as razões de defesa;

V - decisão da autoridade competente;

VI - intimação do contratado;

VII - observância do prazo legal para interposição de recurso.

Vejam que o referido decreto estabelece uma série de formalidades para a aplicação de penalidade.

Passemos à análise individualizada de cada um dos requisitos.

A) proposta de aplicação da pena, feita pelo responsável pelo acompanhamento da execução do contrato à autoridade competente da Pasta, mediante caracterização da infração imputada à empresa contratada:

Conforme ateste emitido pelo fiscal do contrato, os responsáveis pelo acompanhamento da execução apontaram que a prestação contratual não foi cumprida a contento, estando, portanto, tal infração sujeita à aplicação da penalidade cabível.

Assim, uma vez perfeitamente caracterizada e tipificada a infração contratual imputada à empresa contratada, resta formalmente atendido esse dispositivo do Decreto Municipal nº 44.279/2003.

B) acolhida a proposta de aplicação de sanções de advertência e multa, intimar-se-á a empresa contratada, nos termos do art. 57 deste decreto, devendo, nas propostas de aplicação das demais sanções, ser intimada na pessoa de seu representante legal, pessoalmente ou por carta com aviso de recebimento:

A proposta de penalidade sugerida foi acolhida, tendo sido a empresa notificada por meio de publicação no DOCSP. Verifica-se que, por se tratar de multa, a intimação da empresa contratada pode se dar por meio de publicação no Diário Oficial da Cidade, sendo formalmente cumprido esse dispositivo do decreto, nos termos do citado art. 57 do Decreto Municipal nº 44.279/2003:

Art. 57. A intimação de quaisquer atos relativos a procedimentos licitatórios e a contrato em execução será sempre feita mediante publicação no Diário Oficial do Município, salvo se o

interessado dele tiver tomado ciência diretamente.

C) observância do prazo legal para apresentação de defesa pela empresa contratada:

No caso em apreço, após ser intimada, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CF), a empresa contratada expressamente apresentou defesa prévia, estando formalmente satisfeito esse requisito.

D) Manifestação dos órgãos técnicos e da área jurídica sobre as razões de defesa:

Em seguida à apresentação da defesa prévia, consta manifestação dos setores técnicos responsáveis sobre as alegações da empresa. Por sua vez, a presente manifestação jurídica visa à satisfação do requisito previsto no decreto municipal, que à frente continuamos a expor, de forma que se encontra formalmente satisfeito esse requisito.

Em resumo, do ponto de vista procedimental, é certo que o presente processo se encontra hígido, sem nulidades, tendo respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa da empresa contratada e o rito previsto no Decreto Municipal nº 44.279/2003.

2.2.2. MÉRITO DA APLICAÇÃO DE PENALIDADE CONTRATUAL:

Quanto ao mérito da penalidade, entendemos que se deve prosseguir com a aplicação da penalidade à empresa contratada, vez que não há no processo elemento capaz de levantar dúvidas sobre a ocorrência das irregularidades apontadas pelo fiscal do contrato.

Verifica-se, ainda, que foi respeitado o prazo quinquenal que a Administração possui para aplicação da multa contratual, nos termos da Informação nº 8.666/2013 – PGM/AJC.

No mais, não se pode olvidar que a apuração do cometimento de infrações e a correspondente aplicação das

penalidades são atividades vinculadas da Administração Pública, sujeitas aos princípios da legalidade estrita e da indisponibilidade do interesse público, devendo ser aplicada de acordo com o disposto em lei e pactuada no contrato assinado pelas partes.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que os atos administrativos gozam da chamada presunção de legitimidade e veracidade. É dizer, os atos administrativos são presumidos verdadeiros e legais até que se prove o contrário. Assim, a Administração Pública não tem o ônus de provar que seus atos são legais e a situação que gerou a necessidade de sua prática realmente existiu, cabendo ao destinatário do ato o encargo de provar que o agente administrativo agiu de forma ilegítima. Este atributo está presente em todos os atos administrativos.

Em outras palavras, o ônus da prova de afastar as irregularidades apontadas pelos fiscais é do particular, o que não ocorreu no caso dos autos, de forma que as alegações dos fiscais permanecem híidas, conforme entendimento da doutrina majoritária:

A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidas, todos dotados de fé pública.

(Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 17ª ed. SP: Editora Atlas, p. 191)

Nesse sentido, citamos ainda o posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação. Embargos a execução fiscal. Multa administrativa. Exercício de 2008. Descumprimento de postura municipal. Funcionamento de estação de rádio base sem alvará. Alegação de nulidade do auto de infração. Improcedência. Ato administrativo devidamente fundamentado. Exercício de ampla defesa assegurado. Presunção de legalidade dos atos administrativos não afastada. Sentença mantida. Recurso denegado.

(APL: 90003200620098260090 SP 9000320-06.2009.8.26.0090, Relator: Geraldo Xavier, Data de Julgamento: 04/10/2018, 14ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 12/12/2018)

Prosseguindo, esclarecemos que, nos termos do Decreto Municipal nº 44.279/2003, não há de se configurar as hipóteses taxativas de dispensa de aplicação de penalidades, constantes em seu art. 56, que prevê:

Art. 56. Para a dispensa da aplicação de penalidade é imprescindível expressa manifestação do responsável pelo acompanhamento da execução do contrato, esclarecendo os fatos que motivaram o inadimplemento, ou, no caso de força maior, que a contratada comprove, através de documentação nos autos, a ocorrência do evento impeditivo do cumprimento da obrigação, não bastando, em qualquer dos casos, a mera alegação da inexistência de prejuízo ao andamento dos serviços ou ao erário.

Por fim, é interessante analisar a aplicação da sanção ora proposta sob o prisma do princípio da proporcionalidade.

A propósito, cumpre ressaltar que esta Pasta formaliza centenas de contratações por ano, muitas das quais infelizmente são cumpridas com alguma falha contratual, sendo, portanto, passíveis de aplicação de sanções.

Embora o legislador tenha dado certa margem de discricionariedade ao gestor no momento da aplicação das sanções, essa prerrogativa deve ser exercida sempre buscando uma adequação entre os meios e fins, sendo vedada a imposições de sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Nesse sentido, trazemos os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

Ainda quando se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é pacífico que sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração.

(Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993. 17ª ed. SP: Revista dos Tribunais, 2016. P. 1.342).

Importante destacar também que não vislumbramos óbices em aplicar a sanção de multa sem que tenha havido a aplicação anterior de uma sanção de advertência, já que o legislador não criou qualquer disposição nesse sentido, como vem afirmando a doutrina especializada:

Outrossim, o legislador não estabeleceu a aplicação da sanção de advertência como condição para aplicação das demais sanções, ou mesmo firmou (como em outros estatutos) que reincidência de ilícitos sancionáveis com advertência geraria a aplicação de uma das demais sanções, evidentemente mais gravosos.

(TORRES, Rony Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas comentadas. 10ª edição. Salvador: Juspodvim. 2019. P. 866).

O que deve ser observado, na realidade, é que o montante pecuniário deve respeitar o princípio da proporcionalidade, que não deve ser entendido apenas na vedação ao excesso, mas também em relação ao aspecto da proibição de proteção deficiente.

No caso concreto, diante das diversas irregularidades ocorridas na execução contratual, a não aplicação da sanção de multa à empresa contratada, de fato, violaria o princípio da proporcionalidade, uma vez que passaria aos atores econômicos que atuam em contratos firmados com esta Municipalidade a imagem que essa Secretaria seria leniente com irregularidades praticadas no bojo de seus contratos, em frontal violação ao aspecto da vedação da proteção deficiente do princípio da proporcionalidade.

Sobre o tema, cumpre ressaltar que, conforme a doutrina, a aplicação das sanções constitui importante aspecto pedagógico, pois acaba por regular a própria participação do mercado nas licitações promovidas pela Pasta:

A aplicação das sanções, além do aspecto punitivo, possui um importante aspecto pedagógico, por indicar ao mercado a necessária responsabilidade no cumprimento das obrigações. (...) A prerrogativa de sancionamento administrativo deve ser compreendida pelo mercado como um risco para aqueles que não cumprem com as obrigações assumidas, regulando a participação no próprio certame.

(TORRES, Rony Charles Lopes de. Leis de Licitações Públicas comentadas. 10ª edição. Salvador: Juspodvim. 2019. P. 861).

Em resumo, uma vez comprovada a infração contratual, bem como a ausência de “caso fortuito” ou “força maior” para o não cumprimento do contrato no prazo acordado, não haveria outra conduta à Municipalidade que não fosse a aplicação da sanção prevista contratualmente, que contou com a ciência e anuência da empresa contratada, nos exatos termos da legislação municipal que rege o assunto.

Assim, conclui-se que a proposta de aplicação de multa analisada no caso concreto é proporcional, devendo ser acatada, deixando claro que não nos compete a conferência dos cálculos realizados pelo setor financeiro competente desta Pasta. Sequer temos expertise para tanto.

3. MINUTA DE DESPACHO:

A título colaborativo e sugestivo, como fazemos, caso Vossa Senhoria entenda pela aplicação da penalidade de multa, segue minuta de despacho para análise e deliberação:

MINUTA:

Processo SEI nº xxxxxxxxxxx

Interessada: xxxxx

Assunto: Aplicação de penalidade

I. DESPACHO:

1. À vista dos elementos constantes do presente processo, em especial as manifestações dos

setores técnicos competentes (xxxx, xxxx, xxxx), além do parecer da Assessoria Jurídica desta Pasta (xxxxxx), que acolho e adoto como razão de decidir, e diante da competência delegada pela Portaria n. 001/SEME/2020, **RECEBO** a defesa prévia apresentada, mas no mérito a **REJEITO, APLICANDO** à empresa contratada **XXXXXXXXXXXXX**, CNPJ n. **xxxxxx**, nos termos do art. 87, inc. II, da Lei Federal nº 8.666/93, dos arts. 54 e seguintes do Decreto Municipal nº 44.279/03, além da legislação correlata, e com amparo nas cláusulas contratuais, a **penalidade de MULTA** no valor de **R\$ xxxxx (xxxxxxxxxxx)**, conforme cálculo de DEOF (xxxxxx).

2. Fica a empresa interessada intimada a, querendo, interpor recurso da presente decisão no prazo de 05 (cinco) dias úteis, sendo em igual prazo desde já franqueada a vista e a extração de cópias do processo, nos termos dos arts. 41 e seguintes da Lei Municipal nº 14.141/2006, permanecendo o processo em SEME/CAF/DCL/Contratos para vistas durante o período.

II. PROVIDÊNCIAS POSTERIORES:

1. Publique-se.

2. À SEME/CAF/DEOF (para registro da sanção no Módulo de Apenação do Sistema Municipal de Suprimentos – SUPRI, nos termos da Portaria Intersecretarial n. 001/2015-SEMP/PLA/SF) e, ao mesmo tempo, à SEME/CAF/DCL/Contratos (para demais providências, nos termos do item 2 acima).

XXXXXXXXXX

Chefe de Gabinete

SEME/GAB

4. CONCLUSÃO:

Em face do exposto, opinamos, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos, pela aplicação da penalidade de multa proposta pela unidade gestora do contrato em tela.

É o parecer, que pela competência submetemos à apreciação e deliberação de Vossa Senhoria.

ISABELLA ESPER MENEGHELLI

Estagiária SEME/AJ

RG n. XXXXXXXXXX

De acordo,

GUILHERME RIGUETI RAFFA
Procurador do Município - Chefe SEME/AJ
OAB/SP n. 281.360



Guilherme Rigueti Raffa
Procurador(a) Chefe
Em 16/08/2023, às 15:01.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **088348284** e o código CRC **8C63A565**.
