



PARECER JUC/CLN Nº 330/2020

INTERESSADO: GLG

ASSUNTO: CONSULTA SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE EMPRESA INSCRITA NO CADIN. SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA EM RAZÃO DO SURTO DE CORONAVÍRUS – COVID-19.

EMENTA: POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE EMPRESA INSCRITA NO CADIN. CONTRATAÇÃO PARA O ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE QUE A EMPRESA É A ÚNICA (OU ÚNICAS) POSSÍVEIS FORNECEDORAS DOS BENS OU SERVIÇOS ALMEJADOS. INTERPRETAÇÃO DA LEI FEDERAL 13.979/2020.

Solicita a Gerência de Logística – GLG a esta Gerência Jurídica, por meio do Sistema de Pareceres, análise e emissão de parecer jurídico, nos seguintes termos:

POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO PARA EMPRESA INSCRITA NO CADIN PARA AQUISIÇÃO DIRETA EM VIRTUDE DE FATO SUPERVENIENTE E DECRETO ANEXO QUE DECLARA SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E DEFINE OUTRAS MEDIDAS PARA O ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DECORRENTE DO CORONAVÍRUS -, NA

MODALIDADE DISPENSA DE LICITAÇÃO POR VALOR, PREVISTA NA LEI 13.303/16, DENTRO DOS LIMITES ESTABELECIDOS NA NOR-08-221 E DE ACORDO COM O REGULAMENTO DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E DEMAIS AJUSTES DA COMPANHIA DO METROPOLITANA DE SÃO PAULO – METRÔ, VISANDO ATENDIMENTO DE DEMANDA ESPECÍFICA E EXTRAORDINÁRIA DOS EMPREGADOS DA CIA.

Conforme o artigo 6º, § 2º da Lei Estadual n.º 12.799/08 e artigo 4º, da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, os documentos de requisitos de habilitação podem ser dispensados mediante justificativa, aplicado a esse processo devido ao estado de calamidade pública decretado dia 20 de março de 2020. Ademais, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 estabelece no artigo 4º que os documentos de requisitos de habilitação podem ser dispensados mediante justificativa.

Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Excepcionalmente, na presente contratação o pagamento deverá ser dentro de 5 dias para a empresa Air Safety, uma vez que não será possível o pagamento após 30 (trinta) dias da entrega, mesmo com a restrição no CADIN, sob pena de inviabilização da contratação e consequente falta do material, que seria catastrófica para a incolumidade dos colaboradores e para a Companhia do Metrô, pelos motivos exaustivamente expostos acima.

É o relatório.

Opina-se.

Em primeiro lugar, é importante observar que, de fato, o Brasil enfrenta uma situação excepcional. No entanto, tal situação excepcional não autoriza, de forma alguma, que o administrador público opere fora dos limites da legalidade administrativa, que se traduz em sua vinculação à lei e aos normativos e princípios aplicáveis.

Dito isso, quanto à questão apresentada, alguns comentários são necessários, de plano, quanto aos conceitos de alguns dos temas mencionados pelo consulente.

Esclarece-se, de antemão, que a Lei Estadual 12.799/2008 criou o CADIN do Estado de São Paulo, cadastro único que possibilita à Administração acompanhar o beneficiário de crédito do setor público que se encontra na situação simultânea de favorecido e inadimplente.

Entre as medidas tomadas juntamente à sua criação, o legislativo do Estado de São Paulo incluiu a seguinte regra:

“Artigo 6º - É obrigatória consulta prévia ao CADIN ESTADUAL, pelos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, para:

I - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam o desembolso, a qualquer título, de recursos financeiros;

II - repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos;

III - concessão de auxílios e subvenções;

IV - concessão de incentivos fiscais e financeiros.

§ 1º - A existência de registro no CADIN ESTADUAL constituirá impedimento à realização dos atos a que se referem os incisos I a IV deste artigo.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica à concessão de auxílios a Municípios atingidos por calamidade pública reconhecida pelo Governo do Estado e às transferências voluntárias de que trata o § 3º do artigo 25 da Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000.”

Logo, em um primeiro momento, e tomando isoladamente o caput do Artigo 6, considerando que a Companhia do Metropolitano é parte da administração indireta do Estado de São Paulo, tal exigência sempre se aplica às suas contratações que representam desembolso, a qualquer título, de recursos financeiros.

A existência de registro de inadimplente no CADIN enseja o impedimento de contratar. E, de fato, esta estatal atende aos imperativos da lei acima em suas contratações, e não poderia ser diferente.

Relevante mencionar que o objetivo do legislador com esse dispositivo é claro: privilegiar o bom pagador, estimular o bom pagador, e punir o mal pagador, de forma a impactar positivamente a situação fiscal do Estado de São Paulo.

Ocorre que, em uma leitura do § 2º do mesmo artigo acima mencionado da Lei 12.799/2008, e que foi mencionado pela consulente, percebe-se que a situação de calamidade pública é prevista como exceção, mas não para a situação da contratação da estatal.

O parágrafo excepciona apenas os municípios, estes que poderão receber concessões de auxílios ainda que inscritos como inadimplentes no CADIN. Logo, não se pode atribuir a esse inciso, diretamente, a liberação dessa regra para as contratações da Companhia em caso de calamidade pública.

Por outro lado, menciona-se a novel Lei Federal 13.979/2020. E, de fato, embora seja uma Lei Federal, é da competência da União editar leis gerais sobre licitação, portanto,

sendo norma geral, a mesma se aplica às contratações desta Estatal, e, conforme iremos concluir, acabou tratando do tema.

No caso do artigo da Lei Federal mencionado pela consulente, o artigo 4º-F, é importante esclarecer que a exigência de adimplemento perante o CADIN não se trata de requisito de habilitação. Logo, esse artigo não se coaduna ao tema.

Todavia, no contexto questionado, novidade pode sim ser encontrada nessa lei e deriva do seguinte artigo:

“Art. 4º Omissis

§ 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.

Do acima:

Em que pese a Lei Estadual 12.799/2008 de fato não autorize as estatais a contratar sem observar eventuais inscrições no CADIN ainda que em calamidade pública, a própria norma já demonstra uma flexibilização *ex lege*, que permite concluir uma intenção e um entendimento do legislador no sentido de que, ainda que a despeito da formalidade prevista na lei, a população de um município não poderia ser penalizada pelo impedimento, e há que se sopesar a formalidade exigida ante situações excepcionais dessa gravidade.

Para esses casos, o legislador já demonstrou prévio interesse em que prevalecesse o bem maior, o interesse da coletividade, ou melhor, o interesse público, o que é coerente com o próprio direito administrativo e a razão de existir do Estado e de seus servidores. Frise-se, tal flexibilização excepcional, derivada de calamidade pública, inclusive, não ocasiona prejuízo à finalidade da lei, que ainda resta com a quase totalidade dos casos dentro da regra geral.

E, no entendimento de que dificilmente o legislador poderia prever, antecipadamente, todos os casos que poderiam ocorrer futuramente a ensejar a excepcionalidade, uma interpretação analógica diante do inciso demonstrado permite apontar para conclusão similar. Tal ocorre quando consideramos que a contratação em tela não se trata de uma contratação limitada aos interesses da Estatal ou à simples consecução de seu objeto, mas sim, visa o bem e a integridade física, potencialmente, a vida, dos munícipes e utilizadores do transporte público, além dos funcionários do metrô. Portanto, é possível concluir que, por analogia, seria aplicável o mesmo raciocínio, utilizando-se do princípio da instrumentalidade das formas.

Deve-se considerar, inclusive, que se trata justamente da concretização de situação real de calamidade pública e que certamente não era imaginada possível pelo legislador em 2008. Nesse caso específico, a impossibilidade mesmo desta Estatal de contratar com empresas inscritas no CADIN redundará num malefício à toda a sociedade, caso não haja empresas sem inscrição de inadimplente no CADIN e com estoque dos produtos.

Todavia, diante da exigida legalidade administrativa para a atuação do administrador público, uma fundamentação exclusiva no dispositivo acima seria ainda frágil e sujeita a questionamentos.

A situação é diversa ao nos depararmos com a nova Lei Federal 13.979/2020. Esta lei, em sua versão atualizada e ela própria uma lei “emergencial”, atacou exatamente muitas das amarras que são sentidas na prática por todo administrador público do país para efetuar as contratações emergenciais e de extrema necessidade para enfrentar o problema.

E é possível concluir que o Artigo 4º § 3º acima colacionado tratou indiretamente do tema questionado.

Explica-se: a inscrição no CADIN, que é um impedimento de licitar enquanto inscrita a empresa como inadimplente em seus registros, possui o mesmo efeito de eventual suspensão do direito de contratar com a administração, pois o impedimento perdura enquanto perdurar a inscrição no cadastro.

Inclusive, há que se considerar que, no caso do CADIN, está a se falar única e exclusivamente de inadimplentes de obrigações financeiras. Já os casos de suspensão podem abarcar condutas mais gravosas que um mero inadimplemento financeiro, e ainda mais o podem os casos de inidoneidade.

Portanto, não há razão, ante os valores protegidos por esses institutos, para não se incluir a inscrição como inadimplente no CADIN em seu contexto. Parece, inclusive, ter sido essa a intenção do legislador com o artigo.

Logo, entende-se que, a partir dessa nova lei, reveste-se da devida legalidade administrativa a contratação de inscritos como inadimplentes no CADIN para o caso em específico, desde que nos limites previstos pela Lei 13.979/2020.

Ainda, em uma interpretação teleológica e sistêmica, considerando os dispositivos de ambas as leis comentadas acima, entende-se com ainda mais força no mesmo sentido.

Por fim, de relevância ainda citar, a título de mais uma referência em sentido similar ao exposto, o recente Decreto Municipal de São Paulo nº 59.326, de 2 de abril de 2020 e que trouxe medidas de enfrentamento ao COVID 19 no âmbito municipal, e trouxe a seguinte previsão:

“Art. 4º Fica suspensa, pelo prazo de 90 (noventa) dias, a inclusão de pendências no Cadastro Informativo Municipal - CADIN.”

Portanto, outro reconhecimento de que, neste momento de emergência, há motivação suficiente para flexibilizar algumas formalidades sedimentadas e relacionadas às contratações públicas, entre elas, a inscrição de inadimplentes no CADIN, sempre nos limites da lei e dos princípios administrativos.

Ainda, o rápido escalamento da situação de pandemia torna inviável a regulação expressa de todos os possíveis casos em todas as esferas do Estado, sendo que a interpretação do arcabouço legislativo recente para o enfrentamento da situação deve levar esse contexto em consideração.

Acautela-se, todavia, que se trata de situação excepcionalíssima. Em outras palavras, **comprovadamente, deve se tratar de única (ou únicas) fornecedoras possíveis do bem ou serviço a ser adquirido, como demanda a Lei 13.979/2020.** Caso haja outra qualquer fornecedora possível e sem inscrição de inadimplente no CADIN, esta última deverá sempre ser privilegiada, pois essa foi a intenção do legislador com a previsão da Lei 12.799/2008.

CONCLUSÃO.

Em face do exposto, opina-se pela possibilidade de contratar empresa inscrita no Cadin, desde que a contratação seja efetivada para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus e apenas se verificar-se, no caso concreto, que comprovadamente, a empresa é a única (ou únicas) fornecedoras possíveis do bem ou serviço a ser adquirido, conforme previsto na Lei 13.979/2020.

O presente parecer possui natureza não vinculativa, conforme consignado no artigo 16 do Regulamento de Licitações, Contratos e Demais Ajustes da Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ. Alerta-se que este parecer se atém estritamente aos aspectos jurídicos, legais e doutrinários e apresenta tese juridicamente defensável, não sendo possível, contudo, prever eventuais posicionamentos em sentido diverso por órgão de controle e pelo Poder Judiciário.

É o parecer, *sub censura*.

Este parecer foi revisado por: Fabiana Matsu Fernandes Uyema – OAB/SP 196.662

e aprovado por:

Nelly Lopes Riemma – OAB/SP - 245.235

Janaina Schoenmaker – OAB/SP - 203.665