1458

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE BELO HORIZONTE – MG

Ref.: Pregão Eletrônico nº. 006/2021

Processo nº. 04.000.084.21.59

G4S INTERATIVA SERVICE LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 02.812.740/0001-58, com endereço na Rua Santa Rosa, nº. 191, Bairro Santa Paula, São Caetano do Sul,-SP, vem, por intermédio de seu representante abaixo assinado, com fundamento no item 6.1 do instrumento convocatório, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, o que faz consoante as razões de fato e de direito adiante expostas.

I. DOS FATOS

A Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte está promovendo o pregão em epígrafe, tendo por objeto a contratação de empresa para "*prestação de serviços contínuos de apoio administrativo, técnico e operacional, por meio de alocação de mão de obra exclusiva*", conforme disposto no item 2.1 do Edital.

Interessada em afluir ao certame, a Impugnante adquiriu o edital de licitação no intuito de, embasando-se nesse documento, apresentar proposta válida.

Entretanto, quando da análise das prescrições inseridas no instrumento convocatório, a Impugnante encontrou algumas inconsistências que impossibilitam a correta formulação de sua proposta. Neste contexto, a Impugnante apresentou, no dia 19/03/2021, pedido de esclarecimento e impugnação ao edital.

Após análise do Pregoeiro e da equipe técnica, foi proferida decisão acolhendo parcialmente as razões apresentadas pela Impugnante, em especial apenas com relação à necessidade de inclusão de cláusula com previsão de correção monetária e juros moratórios em casos de atrasos de pagamentos por parte da Administração.

Em que pese o item que questionou a ilegalidade da regra que dispensava a apresentação de balanço patrimonial pelas micro e pequenas empresas – por ausência de previsão legal neste sentido – não tenha sido acolhido na decisão, o Edital foi republicado, em 27/03/2021 de forma acertada, sem a referida regra.

Cumpre registrar, ademais, que a nova versão do Edital ainda continha pontos a serem esclarecidos e ajustados, o que motivou a apresentação de novos pedidos de esclarecimentos e impugnação. A última manifestação apresentada pela empresa foi rejeitada e o Edital mantido em todos os termos.

Serve a presente manifestação, portanto, para pugnar, mais uma vez, pelo devido afastamento das disposições em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio, de acordo com os argumentos adiante esposados. Caso esta Ilustre Secretaria Municipal de Saúde não adeque os termos do Edital às prescrições legais, **a Impugnante reserva-se no direito de participar da disputa sem, contudo, concordar com as regras ora impugnadas.**

II. DOS FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO

II.1. Da ilegalidade constante no item 20.1.1 do Edital e da Cláusula Nona da Minuta Contratual: estabelecimento de prazo máximo para pagamento superior ao disposto no art. 40, XIV, "a", da Lei Federal nº. 8.666/93.

O Edital e a minuta contratual trazem redação idêntica da regra que estabelece prazo para pagamento da empresa e preveem que a contraprestação devida à contratada será quitada em prazo não superior a 30 (trinta) dias contados da data de recebimento da fatura.

Ocorre que a fatura, conforme é sabido, somente poderá ser emitida após trâmite administrativo para aprovação das medições apresentadas.

Assim, se considerarmos o disposto no item 20.1.1 e na Cláusula Nona da minuta contratual – adotando como termo inicial para contagem do prazo de 30 (trinta) dias a data de recebimento da fatura – o termo final para cumprimento da obrigação de pagar, por parte da Administração, ultrapassará o limite previsto em lei.

Isso porque, ao dispor sobre a matéria, a Lei Federal nº. 8.666/93 estabeleceu que o prazo de 30 (trinta) dias deve iniciar na data final do período de adimplemento de cada parcela, *in verbis*:

> "*Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:*
>
> *[...]*
>
> *XIV - condições de pagamento, prevendo:*
>
> ***a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, <u>contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela</u>;***" [grifamos]

Apesar de a Lei Federal nº 8.666/93 ser clara ao elucidar que o pagamento deverá ser feito no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados a partir da data do adimplemento de cada parcela, o Pregoeiro não acolheu este item na impugnação anterior por entender que deve prevalecer o disposto no Decreto Municipal nº. 15.562/2014[1] e na Instrução Normativa nº. 05/2017[2].

Ocorre que a Constituição Federal reservou à União Federal a competência privativa para legislar sobre "*normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades*", nos termos do art. 22, XXVII da Magna Carta.

Diante da evidente contradição entre os supramencionados dispositivos, é imprescindível que seja observado o Princípio da Hierarquia das Normas. Desse modo, a legislação federal será hierarquicamente superior à norma municipal e às instruções normativas, prevalecendo, neste caso, o disposto na Lei Federal nº. 8.666/93.

---

[1] Art. 17 – O pagamento da contratada deverá ocorrer sempre por meio de reembolso, mediante comprovação dos serviços executados, bem como do pagamento dos encargos trabalhistas e previdenciários.
Art. 18 – O pagamento devido pela Administração será efetuado mediante apresentação, pela contratada, de Nota Fiscal ou Fatura, que deverá conter o detalhamento dos serviços executados, observado o disposto no art. 73 da Lei nº. 8.666/93, bem como as seguintes exigências (...)"

[2] 4. O pagamento da obrigação deverá ocorrer no prazo previsto no contrato, limitado: (...) b) a trinta dias contados do recebimento da Nota Fiscal ou Fatura, para os demais casos. 4.1. Considera-se ocorrido o recebimento da Nota Fiscal ou Fatura no momento que o órgão contratante atestar a execução do objeto do contrato.

Assim, como o art. 40, inciso XIV, alínea a da Lei nº 8.666/93 preconiza que o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento deverá ser contado a partir do adimplemento de cada parcela, e sendo esta advinda de uma lei federal, então nada mais correto do que esta condição prevalecer no presente caso.

Portanto, impõe-se a correção do disposto n o item 20.1.1 e na Cláusula Nona da minuta do contrato para constar que o pagamento deverá ser realizado em prazo não superior a 30 (trinta) dias "***contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela***", de acordo com o prescrito no art. 40, XIV, "a", da Lei Federal nº. 8.666/93.

II.2. Da ilegalidade constante no item que prevê a possibilidade de a Administração reter valores e descontar eventuais multas do pagamento devido à Contratada.

O Edital inseriu algumas prescrições conferindo à Administração o direito de reter valores e descontar, dos pagamentos devidos à contratada, eventuais multas aplicadas à empresa [grifamos]:

> "*20.1.5. Para assegurar o cumprimento de obrigações definidas como de responsabilidade da CONTRATADA, o* ***CONTRATANTE poderá reter, cautelarmente, parcelas de pagamentos contratuais ou eventuais créditos em caso de dano de responsabilidade da CONTRATADA.***
>
> *20.1.6. O* ***valor das multas aplicadas****, após regular processo administrativo,* ***poderá ser descontado dos pagamentos devidos pela CONTRATANTE.***"
>
> "*21.2.1. Nos casos previstos pela legislação,* ***as multas poderão ser descontadas do pagamento imediatamente subsequente à sua aplicação*** *e/ou da garantia contratual.*"

Ocorre que tais previsões não encontram amparo na legislação.

Isso porque a Lei Federal nº. 8.666/1993 autoriza a retenção de pagamentos somente em consequência de rescisão contratual (art. 80, IV) ou quando a ***multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada***, ressaltando que em ambos os casos devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Colha-se o disposto no art. 87 da Lei Federal nº. 8.666/93:

"*Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*

I - advertência;

*II - **multa**, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;*

[...]

*§ 1º **Se** **a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada**, além da perda desta, **responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração** ou cobrada judicialmente.*" [grifamos]

Frise-se, o legislador autorizou a retenção dos pagamentos devidos à contratada para cobertura de débitos oriundos de multas contratuais **SE – e somente se** – o valor das eventuais multas tiver ultrapassado o valor da garantia prestada pela contratada.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça discorre acerca da impossibilidade de retenção do pagamento pela Administração a título de sanção salvo nos casos do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, senão vejamos:

*ADMINISTRATIVO. CONTRATO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. **RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A TÍTULO DE SANÇÃO. INVIABILIDADE**. 1. O Tribunal de origem adotou, de forma correta, inclusive com base na jurisprudência desta Corte, a teoria da encampação, no que tange à alegação de nulidade processual. 2. Entendeu o seguinte: se o Subsecretário de Apoio Operacional da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Distrito Federal, como autoridade superior hierárquica à autoridade coatora apontada pela parte recorrida, gerindo inclusive os recursos do FUNDEF (fl. 88), assume papel do diretor deste, inclusive na hipótese de oferecer defesa ao ato impugnado (fls. 99/103), torna-se autoridade impetrada, uma vez encampar tal ato impugnado (fl. 220). 3. Para verificar se se trata de Secretário de Governo do Distrito Federal, que teria foro privilegiado por prerrogativa de função, como requer o ora agravante, e não o Sub-Secretário de Apoio Operacional da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Distrito Federal, como afirma o acórdão recorrido, a autoridade que assumiu a defesa do ato, seria necessário*

reexaminar o acervo fático-probatório dos autos, procedimento defeso em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 07/STJ. 4. A instância de origem não solucionou a lide sob a óptica dos dispositivos legais tidos por contrariados – os arts. 29 e 55, III, da Lei 8666/93 –, o que configura falta de prequestionamento e impede o acesso da matéria à instância especial, conforme preconiza a Súmula 211/STJ. ***5. Se não consta do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não cabe aplicar tal sanção, sob pena de violar o Princípio Constitucional da Legalidade.*** *6. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1048984 DF 2008/0083842-7, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 18/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 10/09/2009)* [grifo nosso]

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 675.905 - ES (2015/0053699-0) RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS AGRAVANTE : INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO ESPÍRITO SANTO AGRAVANTE : CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇAO TECNOLOGICA DO ESPÍRITO SANTO - CEFET ES AGRAVADO : CIENCIA E CULTURA LIVRARIA E DISTRIBUIDORA LTDA ADVOGADO : PAULINO PIGORETTI E OUTRO (S) ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ***RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A TÍTULO DE SANÇÃO. INVIABILIDADE****. AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO Vistos. Cuida-se de agravo interposto por INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO ESPÍRITO SANTO contra decisão que obstou a subida de seu recurso especial fundamentado no art. 105, III, a, da Constituição Federal, o qual busca reformar acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região assim ementado (fl. 292, e-STJ): "ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. AQUISIÇÃO DE OBRAS BIBLIOGRÁFICAS. CONTRATO ADMINISTRATIVO. NOTA DE EMPENHO. ENTREGA DO MATERIAL. REGULARIDADE FISCAL NÃO COMPROVADA. ART. 87 DA LEI Nº 8.666/93. ORDEM BANCÁRIA. EMISSÃO NÃO AUTORIZADA. ILEGALIDADE. 1. Trata-se de remessa necessária e apelação interposta em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação de conhecimento, sob o rito ordinário, na qual o autor pleiteia a autorização para emissão de ordem bancária para pagamento de valores contabilizados e reservados mediante a emissão de nota de empenho em seu favor pelo ora recorrente, referente à aquisição de material já entregue ao contratante, cuja retenção do pagamento se verificou em razão da existência de débitos com a Fazenda Pública.* ***2. Não encontra amparo na Lei nº 8.666/93 o ato praticado pela Administração Pública, de retenção do pagamento referente ao material contratado e regularmente entregue, não havendo como respaldar essa prática, de obstar a emissão de ordem bancária, em face da irregularidade verificada na situação fiscal do contratado****. 3. Precedente do Colendo STJ (REsp 633432/MG, Primeira Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, DJ 20/06/2005). 4. Por sua vez, diante da existência de diversos credores do*

1464
f

apelado, pode ser instaurado o concurso de preferências previsto nos artigos 711 a 713 do CPC. 5. Apelação e remessa necessária conhecidas e desprovidas." Sem embargos de declaração. No recurso especial, o recorrente aduz, no mérito, que o acórdão regional contrariou a disposição contida no art. 87 da Lei nº 8.666/93. Sustenta, em síntese, que a Administração Pública não praticou nenhuma ilegalidade ou abuso de poder no curso do processo administrativo que decorreu em suspensão ao pagamento do agravado, uma vez que observou determinação imposta pelo Tribunal de Contas da União. Sem contrarrazões ao recurso especial (fl. 311, e-STJ). Sobreveio o juízo de admissibilidade negativo na instância de origem (fls. 314/317, e-STJ), o que ensejou a interposição do presente agravo. Não apresentada contraminuta do agravo (fl. 332, e-STJ). É, no essencial, o relatório. Não prospera o inconformismo. DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ ***A pretensão recursal destoa da jurisprudência dominante nesta Corte Superior no sentido da ilegalidade da retenção ao pagamento devido a fornecedor em situação de irregularidade perante o Fisco, por extrapolar as norma prevista no art. 87 da Lei 8.666/93****. Sobre o tema, os seguintes julgados: "ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DE FATURAS. ILEGALIDADE DA PORTARIA 227/95, QUE CONDICIONA O PAGAMENTO À COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL DA EMPRESA CONTRATADA. MATÉRIA PACIFICADA. 1. Discute-se nos presentes autos a legalidade da Portaria n. 227/95, que prevê a retenção de pagamento de valores referentes a parcela executada de contrato administrativo, na hipótese em que não comprovada a regularidade fiscal da contratada. 2.* ***A pretensão recursal destoa da jurisprudência dominante nesta Corte no sentido da ilegalidade da retenção ao pagamento devido a fornecedor em situação de irregularidade perante o Fisco, por extrapolar as normas previstas nos arts. 55 e 87 da Lei 8.666/93****. Precedentes: REsp 633432 / MG, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 20/6/2005; AgRg no REsp 1048984 / DF, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma,DJe 10/9/2009; RMS 24953 / CE, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17/03/2008. 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.313.659/RR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 06/11/2012) "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO CONTRATUAL. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL.* ***RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS PELOS SERVIÇOS JÁ PRESTADOS. IMPOSSIBILIDADE.*** *1. A pretensão recursal destoa da jurisprudência dominante nesta Corte no sentido da ilegalidade da retenção ao pagamento devido a fornecedor em situação de irregularidade perante o Fisco, por extrapolar as normas previstas nos arts. 55 e 87 da Lei 8.666/93. Precedentes: AgRg no REsp 1313659/RR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 06/11/2012; REsp 633432/MG, rel.*

Ministro Luiz Fux, DJ 20/6/2005; AgRg no REsp 1048984/DF, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma,DJe 10/9/2009; RMS 24953/CE, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17/03/2008. 2. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 277.049/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 19/03/2013) "ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. ***RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.*** *1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que"a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93. 2.* ***O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina. 3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.*** *4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional"não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas.* ***A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança."****(Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549). 5. Recurso especial a que se nega provimento."(REsp 633.432/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 20/06/2005)"ADMINISTRATIVO. CONTRATO. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.* ***RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A TÍTULO DE SANÇÃO. INVIABILIDADE****. 1. O Tribunal de origem adotou, de forma correta, inclusive com base na jurisprudência desta Corte, a teoria da encampação, no que tange à alegação de nulidade processual. 2. Entendeu o seguinte: se o Subsecretário de Apoio Operacional da Secretaria*

*de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Distrito Federal, como autoridade superior hierárquica à autoridade coatora apontada pela parte recorrida, gerindo inclusive os recursos do FUNDEF (fl. 88), assume papel do diretor deste, inclusive na hipótese de oferecer defesa ao ato impugnado (fls. 99/103), torna-se autoridade impetrada, uma vez encampar tal ato impugnado (fl. 220). 3. Para verificar se se trata de Secretário de Governo do Distrito Federal, que teria foro privilegiado por prerrogativa de função, como requer o ora agravante, e não o Sub-Secretário de Apoio Operacional da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa Social do Distrito Federal, como afirma o acórdão recorrido, a autoridade que assumiu a defesa do ato, seria necessário reexaminar o acervo fático-probatório dos autos, procedimento defeso em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 07/STJ. 4. A instância de origem não solucionou a lide sob a óptica dos dispositivos legais tidos por contrariados os arts. 29 e 55, III, da Lei 8666/93 , o que configura falta de prequestionamento e impede o acesso da matéria à instância especial, conforme preconiza a Súmula 211/STJ. 5. **Se não consta do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não cabe aplicar tal sanção, sob pena de violar o Princípio Constitucional da Legalidade**. 6. Agravo regimental não provido."(AgRg no REsp 1.048.984 / DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma,DJe 10/09/2009) Das razões acima expendidas, verifica-se que o Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie o enunciado da Súmula 83/STJ, verbis:"Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Ressalte-se que o teor do referido enunciado aplica-se, inclusive, aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea a do permissivo constitucional. Confiram-se os excertos dos seguintes julgados: "A jurisprudência do STJ entende que a Súmula 83 não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea a." (AgRg no Ag 1.151.950/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 7/4/2011, DJe 29/4/2011) "O acórdão recorrido harmoniza-se com o entendimento dominante deste Superior Tribunal de Justiça. Incidente ao caso, portanto, a Súmula nº 83 desta Corte Superior, aplicável por ambas as alíneas autorizadoras (AgRg no Ag 135.461/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 18.08.97)."(AgRg no Ag 894.731/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/2/2011, DJe 22/2/2011)"A orientação jurisprudencial consolidada na Súmula n. 83 desta Corte é aplicável também aos recursos especiais fundados na alínea a do art. 105, III da Constituição da República. E isto, porque, se a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido, não há se cogitar de ofensa, por parte deste último, à lei federal."(AgRg no REsp 795.184/SP, Rel.*

Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 1°/2/2011) Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4°, inciso II, alínea a, do CPC, conheço do agravo para negar-lhe provimento. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 07 de abril de 2015. MINISTRO HUMBERTO MARTINS Relator (STJ - AREsp: 675905 ES 2015/0053699-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Publicação: DJ 17/04/2015) [grifo nosso]

Como visto, é uníssono o entendimento da Corte Superior no sentido da impossibilidade de retenção de valores a título de sanção.

A incidência da cláusula que aborde essa retenção como forma de penalidade estará não só ferindo o princípio da legalidade, como também indo de encontro ao entendimento pacífico das cortes superiores sobre o tema.

Assim, impõe-se o afastamento dos itens acima transcritos – e demais itens correlatos – ou a alteração de sua redação para adequá-la à hipótese prevista no art. 87, § 1°, da Lei Federal n°. 8.666/93.

II.3. Ausência de proporcionalidade e razoabilidade nas penalidades estabelecidas no Edital e na Minuta do Contrato.

De fato, a legislação vigente tratou apenas de prever as possíveis penalidades a serem aplicadas ao particular, sem, contudo, definir previamente as hipóteses de aplicação para cada uma das penalidades. O legislador atribuiu à Administração a definição de qual penalidade deve ser aplicada.

Entretanto, o poder da Administração de definir, no caso concreto, a penalidade cabível não é de todo discricionário. De fato, a escolha, caso a caso, da penalidade a ser aplicada é incoerente com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que privilegia o arbítrio e a prepotência do órgão aplicador da sanção.

Sendo assim, em que pese haja uma margem de discricionariedade – ante a ausência de previsão legal – para definição das hipóteses de incidência das penalidades previstas na legislação, a definição não pode ser feita caso a caso, sem qualquer parâmetro.

Ademais, é preciso esclarecer que, embora não esteja a Administração submetida ao princípio da pena específica, vigoram no Direito Administrativo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Sobre o assunto, colha-se lição de Marçal Justen Filho[3]:

"*[...] é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração.*

[...]

Isso significa que, tendo a lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis." [grifamos]

Sendo assim, faz se necessário estabelecer uma gradação nas penalidades impostas ao particular, vez que a escolha da aplicabilidade das normas sancionatórias será baseada na variabilidade do comportamento humano para aplicação de penalidades distintas.

Inegável, portanto, que o particular ao firmar um acordo com a Administração tem o direito de saber as consequências das suas condutas. De modo que a ausência de previsão legal quanto à tipicidade de infrações e a correspondente sanção acaba por possibilitar decisões diferenciadas em situações similares.

Logo, cabe a Administração Pública, em atendimento ao Princípio da Segurança Jurídica, estipular de forma mais precisa os pressupostos do sancionamento visando evitar a prática de arbitrariedades.

Partindo de tais premissas e realizando uma analise das penalidades inseridas no edital e na minuta contratual, é possível verificar a ausência de razoabilidade e proporcionalidade na estipulação de algumas multas a serem impostas à Contratada.

Prevê o Edital:

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 16ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1141-1142.

"*21.1. O descumprimento total ou parcial das obrigações assumidas caracterizará a inadimplência do Licitante e/ou da Adjudicatária/Contratada, sujeitando-a às seguintes penalidades:*

21.1.1. advertência.

21.1.2. multas nos seguintes percentuais:

[...]

d) multa de 3% (três por cento) sobre o valor total da adjudicação da licitação, quando houver o descumprimento das normas jurídicas atinentes ou das obrigações assumidas." [grifamos]

Infere-se do trecho acima transcrito que há previsão de aplicação de penalidade de 3% do valor total do contrato quando houver descumprimento "*das obrigações assumidas*", sem qualquer esclarecimento, contudo, de quais obrigações seriam estas aptas a embasar a aplicação da penalidade.

Além de afrontar o princípio da pena específica, a regra carece de razoabilidade e proporcionalidade. Ora, qualquer obrigação eventualmente descumprida pela Contratada por menor ou maior que seja incorrerá na mesma sanção de multa arbitrada no valor de 3% do contrato.

De fato, o item ora atacado considera, para os mesmos fins – ou seja: aplicação de penalidade de multa em percentual idêntico – o ato de, por exemplo, deixar de entregar parte do uniforme do funcionário e o de o funcionário chegar atrasado já que não há qualquer esclarecimento de qual obrigação a cláusula se refere.

De toda sorte, o fato de o Edital pautar-se no Decreto Municipal nº 15.113/2013 em nada obsta a possibilidade de inclusão das condutas passíveis de sanção, vez que tais hipóteses incidiriam no edital apenas a título de complementação, proporcionando uma maior segurança jurídica para as partes.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já consignou a possibilidade de aplicação das sanções previstas em edital à licitante em mora, conforme se depreende do seguinte julgado:

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO. EDITAL DE LICITAÇÃO. PROPOSTA VENCEDORA. SANÇÕES APLICADAS PELA ADMINISTRAÇÃO, EM DECORRENCIA DO DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. VIOLAÇÃO A DIREITO LIQUIDO E CERTO INDEMONSTRADA. DESCUMPRIDAS AS

NORMAS DO EDITAL, A APLICAÇÃO DAS PENALIDADES PREVISTAS NO PRÓPRIO EDITAL E NA LEGISLAÇÃO PERTINENTE, NÃO FERE DIREITO, MUITO MENOS LÍQUIDO E CERTO. (Processo: RMS 4261 SP 1994/0009018-8. Relator(a): Ministro Hélio Mosimann. Julgamento: 09/08/1994. Segunda Turma. Publicação: DJ 29.08.1994 p. 22183.)

Portanto, não entende o STJ que haja violação ao princípio da legalidade quando a sanção é aplicada em conformidade ao que dispõem a lei e o ato convocatório. Isso impõe, por consequência, importância ao papel do edital e do contrato na definição dos pressupostos de aplicação das sanções.

Deve, portanto, ser revista as cláusulas referentes às sanções administrativas que constam no Edital e na minuta contratual, a fim de adequar as hipóteses ali elencadas à legislação e à gravidade dos fatos geradores e os percentuais estabelecidos para eventuais multas para patamar razoável.

II.4. Necessidade de retificação do item 21.8 que prevê indiscriminadamente a possibilidade de acúmulo de penalidades.

Ainda sobre as penalidades, prescreve o Edital:

*"21.8. As penalidades são independentes entre si, **podendo ser aplicadas em conjunto ou separadamente**, após a análise do caso concreto e não exime a Contratada da plena execução do objeto contratado."*[grifamos]

Nota-se que a regra acima prevê a possibilidade de aplicação conjunta das penalidades previstas no Edital sem qualquer distinção.

Ocorre que a legislação admite o acúmulo de penalidades – advertência, suspensão temporária de licitar e declaração de inidoneidade – tão somente com a pena de multa, nos termos do art. 87, § 2º, da Lei nº. 8.666/93:

"Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

[...]

***§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II**, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.*" [grifamos]

Sendo assim, o intuito da Impugnante não é o de alegar ilegalidade frente à possibilidade de acúmulo de sanções, mas sim de apontar a necessidade de retificação da cláusula 21.8 a fim de permitir que o acúmulo das penalidades só ocorra nas hipóteses que as demais penalidade sejam cumuladas com a penalidade de multa.

Frise-se que a referida discriminação da cláusula em questão é imprescindível, vez que sem essa previsão a Administração poderá realizar indiscriminadamente a cumulação de quaisquer penalidades, já que o dispositivo contratual não versa sobre as formas de cumulação.

Sendo assim, faz-se necessário o ajuste do item 21.8 do Edital para esclarecer que o acúmulo de penalidades só pode ocorrer na forma prevista no art. 87, § 2º, da Lei nº. 8.666/93, ou seja, entre as demais penalidades e a penalidade de multa.

III. REQUERIMENTOS

Considerando que a sessão pública está designada para 05/05/2021 (quarta-feira), requer seja conferido efeito suspensivo a esta manifestação, **suspendendo-se a referida sessão até o julgamento da presente impugnação**.

1472

No mérito, requer a Impugnante seja conferido **provimento** a presente impugnação a fim de promover a correção do ato convocatório para que se afaste do edital os vícios acima elencados, de forma a obedecer ao ordenamento jurídico vigente, e viabilizar a adequada formulação da proposta por parte das licitantes.

Requer ainda a Impugnante que a Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte, após promover os ajustes necessários no edital – nos termos, e pelas razões, expostos acima –, republique-o, concedendo novo prazo para apresentação das propostas, observando as condições estabelecidas no art. 21, § 4º, da Lei nº. 8666/93.

Por fim, requer, caso não corrigido o edital nos pontos ora invocados, seja mantida a irresignação da ora Impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pede deferimento.

São Caetano do Sul, 30 de abril de 2021.

Por: Frank Luis Ribeiro
Cargo: Diretor Comercial

G4S INTERATIVA SERVICE LTDA.

Por: Elisangela Barreto Straub
Cargo: Gerente Adm Contratos

FRANK LUIS RIBEIRO
RG Nº. 18.377.159-SSP/SP
CPF/MF Nº. 124.317.928-70
DIRETOR COMERCIAL/PROCURADOR

ELISANGELA BARRETO STRAUB
RG Nº 34.606.734-0
CPF/MF 129.263.948-29
PROCURADORA

1473

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

PREGÃO N° 006/2021
PROCESSO N° 04.000.084.21.59

Trata-se de Impugnação apresentada pela empresa **G4S INTERATIVA SERVICE LTDA, CNPJ 02.812.740.0001-58**, ao Edital do Pregão Eletrônico nº 006/2021, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços contínuos de apoio administrativo, técnico, e operacional, por meio de alocação de mão de obra exclusiva, no âmbito da secretaria municipal de saúde de belo horizonte, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no edital e seus anexos.

ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

O art. 24 do Decreto Municipal nº 17.317/20, que regulamenta o Pregão no âmbito do Município de Belo Horizonte, dispõe que até três dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão.

> Art. 24 – Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

Dessa forma, e considerando que a data da sessão pública está designada para ocorrer em 05/05/2021 tem-se que a impugnação apresentada em 30/04/2021 é tempestiva, pelo que se passa à análise de suas alegações.

DOS FATOS

Trata-se de terceira[1] impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico n° 06/2021 protocolizada pela empresa **G4S INTERATIVA SERVICE LTDA,** alega, em síntese, vícios no instrumento convocatório, solicitando a reformulação do Edital, quais sejam:

1- Estabelecimento de prazo máximo para pagamentos superior ao disposto no art.40, XIV, "a", da Lei Federal n° 8.666/93;
2- Ilegalidade de previsão de retenção de valores ou descontos de multas devidas à Administração;
3- Ausência de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação de penalidades por descumprimento do edital ou contrato;
4- Ilegalidade da possibilidade de cumulação de penalidades por descumprimento do edital ou contrato;

DA ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO

De conhecimento da impugnação apresentada, de forma tempestiva, pela empresa **G4S INTERATIVA SERVICE LTDA,** o Pregoeiro, conforme disposto no Decreto Municipal n° 17.317/20, artigo 17, § único, com auxílio da Diretoria Estratégica de Pessoal – DIEP, por meio do Ofício n° 032/21, e da Assessoria

[1] Primeira impugnação em 19/03/2021, segunda em 06/04/2021.

Jurídica -AJU-SA, por meio do Parecer 127 de 23/03/2021[2], áreas técnicas da Secretaria Municipal de Saúde, passa a analisar as alegações da Impugnante.

1474

DOS PONTOS IMPUGNADOS

Da Ratificação de pontos impugnados anteriormente

Assim como na impugnação protocolizadas em 24/03/2021 e mais uma vez, alega a Impugnante que o edital: i) estabelece de prazo máximo para pagamentos superior ao disposto no art.40, XIV, "a", da Lei Federal n° 8.66/93; ii) ilegalidade de previsão de retenção de valores ou descontos de multas devidas à Administração; iii) ausência de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação de penalidades por descumprimento do edital ou contrato; iv) ilegalidade da possibilidade de cumulação de penalidades por descumprimento do edital ou contrato;

Imperioso destacar que o questionamento da Impugnante já foi devidamente respondido em 24/03/2021 e 19/04/2021, em resposta disponibilizada no site do licitacoes-e.com.br e portal da PBH.

Neste sentido, no presente momento, ratifica-se a manifestação da Administração quanto aos pontos impugnados na resposta da impugnação anterior protocolizada pela empresa

Estabelecimento de prazo máximo para pagamentos superior ao disposto no art.40, XIV, "a", da Lei Federal n° 8.66/93

A Impugnante alega ilegalidade no item 20.1.1 e na Cláusula Nona da minuta contratual, vez que estaria estabelecendo prazo de pagamento superior ao disposto no art. 40, XIV "a" da Lei Federal 8.666/93. No entanto, o Edital, item 20, Condições do Pagamento e Cláusula Nona da Minuta de Contrato dispõe que:

> 20.1.1. O pagamento pelo serviço prestado ocorrerá na forma de reembolso, conforme Planilha de Composição de Preços, e será realizado mensalmente no prazo de até 30 (trinta) dias após a apresentação da fatura devidamente atestada, desde que atendidas completamente às exigências deste Edital e de seus Anexos, e apresentados os documentos fiscais pertinentes. Eventuais problemas no faturamento que impliquem na substituição da nota fiscal/fatura resultarão na abertura de nova contagem do prazo de pagamento.
>
> CLÁUSULA NONA: DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO
>
> 9.1. O CONTRATANTE pagará à CONTRATADA pelo serviço objeto do presente contrato, nas seguintes condições:
>
> 9.1.1. O pagamento pelo serviço prestado ocorrerá na forma de reembolso, conforme Planilha de Composição de Preços, e será realizado mensalmente no prazo de até 30 (trinta) dias após a apresentação da fatura devidamente atestada, desde que atendidas completamente às exigências deste contrato e de seus anexos, e apresentados os documentos fiscais pertinentes. Eventuais problemas no faturamento que impliquem

[2] Ofício DIEP n° 030/21 e Parecer AJU-AS n°127 de 23/03/2021, fls. 1025/1028 em resposta à Impugnação apresentada pela empresa G4S INTERATIVA SERVICE LTDA, cujo objeto era contratação de empresa para alocação de mão de obra. Os itens impugnados e que foram objeto do Parecer AJU foram os mesmos apresentados na presente Impugnação.

na substituição da nota fiscal/fatura resultarão na abertura de nova contagem do prazo de pagamento.

Observa-se que as disposições da Minuta de Contrato não contrariam a lei, visto que, em regra, o pagamento deve ocorrer no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o atestado de recebimento da nota fiscal pela unidade fiscal do contrato. O ateste à prestação de serviços é o ato que certifica o cumprimento da obrigação da Contratada nos termos pactuados em contrato e que a torna habilitada a receber o pagamento. Assim, o Decreto Municipal e a Instrução Normativa em âmbito federal regulamentam o entendimento do art. 40 da Lei n° 8.666/93 ao dispor sobre o prazo de pagamento.

Portanto, a SMSA reitera o disposto no Decreto nº 15.562 de 2014, que dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços terceirizados no âmbito da Administração Pública Municipal, e, especialmente, o Capítulo VII - Do Pagamento e a aplicação subsidiária da a Instrução Normativa nº 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, regulamenta que:

> Decreto Municipal:
> Art. 17 - O pagamento da contratada deverá ocorrer sempre por meio de reembolso, mediante comprovação dos serviços executados, bem como do pagamento dos encargos trabalhistas e previdenciários.
>
> Art. 18 - O pagamento devido pela Administração será efetuado mediante apresentação, pela contratada, de Nota Fiscal ou Fatura, que deverá conter o detalhamento dos serviços executados, observado o disposto no art. 73 da Lei nº 8.666/93, bem como as seguintes exigências (...) (grifo nosso).
>
> Instrução Normativa nº 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão:
>
> 4. O pagamento da obrigação deverá ocorrer no prazo previsto no contrato, limitado:
> (...)
> b) a trinta dias contados do recebimento da Nota Fiscal ou Fatura, para os demais casos.
>
> 4.1. Considera-se ocorrido o recebimento da Nota Fiscal ou Fatura no momento em que o órgão contratante atestar a execução do objeto do contrato. (grifo nosso)

Portanto, observa-se que o edital atendeu norma legal, não havendo razão para sua alteração.

Previsão de retenção de valores ou descontos de multas devidas à Administração;

Alegação de que há "ilegalidade constante no item que prevê a possibilidade de a Administração reter valores e descontar eventuais multas do pagamento devido à Contratada" não deve prosperar, pois é medida preventiva e cautelar da Administração Pública tendo em vista que pode responder subsidiariamente quando há falha no cumprimento das obrigações da Contratada no caso de contratos de prestação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra.

As decisões citadas pela Impugnante não tratam de contratos de prestação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra.

Nesse sentido, a SMSA reitera a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas da União:

> Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa in vigilando (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente. 3. Recurso especial provido. (STJ, REsp nº 1241862/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 28.06.2011). (grifo nosso)
>
> 1. É dever do gestor público responsável pela condução e fiscalização de contrato administrativo a adoção de providências tempestivas a fim de suspender pagamentos ao primeiro sinal de incompatibilidade entre os produtos e serviços entregues pelo contratado e o objeto do contrato, cabendo-lhe ainda propor a formalização de alterações qualitativas quando de interesse da Administração, ou a rescisão da avença, nos termos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993. 2. A falta de qualquer das providências acima configura conduta extremamente reprovável, que enseja a irregularidade das contas, a condenação dos gestores ao ressarcimento do dano ao erário e a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992. (Acórdão nº 1.450/2011 - Plenário) (grifo nosso)
>
> 2. A possibilidade de retenção parcial tem como fundamento os "poderes implícitos", princípio basilar de hermenêutica constitucional, segundo o qual a outorga de competência a determinado ente estatal importa no deferimento implícito, a esse mesmo ente, dos meios necessários à sua consecução. (Acórdão nº 3301/2015 - Plenário) (grifo nosso)

Diante do exposto verifica-se que não há razão para alterações do edital, de forma que a impugnação deve ser improvida.

Ausência de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação de penalidades por descumprimento do edital ou contrato e Ilegalidade da possibilidade de cumulação de penalidades por descumprimento do edital ou contrato

Alega a Impugnante ausência de proporcionalidade e razoabilidade nas penalidades estabelecidas no edital e minuta de contrato e acumulo dessas.

Data Máxima Vênia, ao contrário do alegado pela Impugnante, não houve ilegalidade ou irregularidade no edital. Salienta-se, que o edital está em estrita conformidade com os mandamentos do Decreto Municipal nº 15.113/2013 que dispõe sobre o procedimento administrativo para a aplicação de sanções administrativas em razão de ilícitos cometidos em licitações, contratações diretas e cadastramentos junto ao Sistema Único de Cadastro de Fornecedores – SUCAF – realizados pela Administração Direta e Indireta do Município.

Frisa-se que o Decreto Municipal é de observância obrigatória pelo Município, não podendo esta SMSA deixar de cumpri-lo.

Esclareça-se que o referido Decreto Municipal prevê as hipóteses de infrações, sendo que cada uma será aferida quando da análise do caso concreto e diante das hipóteses normativas, com amplo respeito ao contraditório e ampla defesa.

1477

Por fim, quanto à cumulação de penalidades de multa, não há qualquer ilegalidade no edital, uma vez que tal possibilidade encontra previsão no art. 87 da Lei Federal n° 8.666/93.

DECISÃO

Pelos fatos e fundamentos acima exposto o Pregoeiro, conhece da presente Impugnação, para, no mérito, julgá-la improcedente.

Belo Horizonte, 04 de maio de 2021.

Secretaria Municipal de Saúde/SMSA/BH
Wildes Geraldo Goncalves Ozorio
Pregoeiro – BM 118.546- 0