

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120) Nº 5018782-46.2021.4.03.6100 / 5ª Vara Cível
Federal de São Paulo
IMPETRANTE: CMK AUTOMACAO COMERCIAL EIRELI - EPP
Advogados do(a) IMPETRANTE: MARCOS LUIZ DE MELO - SP80266, RENATO OSWALDO
DE GOIS PEREIRA - SP204853
IMPETRADO: DIRETOR DA REGIONAL SÃO PAULO - METROPOLITANA DA EMPRESA
BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
LITISCONSORTE: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) IMPETRADO: GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP78566
Advogado do(a) LITISCONSORTE: GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP78566

SENTENÇA

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **CMK AUTOMAÇÃO COMERCIAL EIRELI – EPP** contra ato do **DIRETOR DA REGIONAL SÃO PAULO – METROPOLITANA DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**, no qual objetiva impedir a retenção do montante de R\$ 7.390,85 referente ao contrato AF 022/2020, para pagamento da penalidade imposta no contrato nº 0110/2016, bem como para determinar o depósito de tal quantia em conta de sua titularidade.

Relata a impetrante ter assinado com a ECT Autorização para fornecimento de 50 (cinquenta) unidades de cabeça de impressão para impressora térmica, no valor total de R\$ 32.547,00, a ser pago em 16/03/2021.

Narra que, no entanto, na data aprazada foi efetuado pagamento em valor inferior ao contrato, R\$ 25.156,15.

Afirma ter sido informada, na ocasião, que a diferença foi retida para pagamento de penalidade imposta em outro contrato de nº 110/2016.

Sustenta a ilegalidade e abusividade da retenção, uma vez que houve o cumprimento integral do contrato nº 022/2020, fato a impor a remuneração total.

Defende que a penalidade imposta pela ECT em instrumento diverso não pode levar à retenção do montante devido em decorrência dos serviços efetivamente prestados.

Assevera que a Lei nº 8.666/93 não prevê a retenção de pagamentos como forma de sanção pela eventual inexecução total ou parcial de contrato havido com a Administração, razão pela qual pugna pelo afastamento do ato coator, impedindo-se a retenção do valor de R\$



7.390,85 do contrato AF 022/2020 como forma de quitação da penalidade administrativamente aplicada no contrato nº 110/2016, e determinando-se o depósito de tal quantia em conta corrente de sua titularidade.

Ao final, requer a confirmação da liminar, com a concessão definitiva da segurança para afastar o ato coator.

Juntou documentos.

Em cumprimento ao r. despacho de ID 57910468, a impetrante peticionou no ID 64809854.

A liminar foi parcialmente deferida no ID 70138227.

A autoridade impetrada prestou informações no ID 104979819, bem como efetuou o depósito judicial determinado, consoante comprovante de ID 104980608.

Parecer do Ministério Público Federal no ID 123423326 pela concessão da segurança.

Instada a manifestar-se acerca das preliminares (ID 244039770), a impetrante o fez no ID 246695765.

Vieram os autos conclusos.

É o breve relatório.

Decido.

PRELIMINARES

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – ATO DE GESTÃO

Não prospera a preliminar avençada, haja vista que o objeto do presente mandado de segurança não corresponde a ato de gestão, diferentemente do alegado pela autoridade impetrada.

Os atos de gestão são atos da Administração em que há posição de igualdade jurídica com os particulares, conforme esclarecido por Alexandre Mazza:

(...) atos regidos pelo direito privado ou atos de gestão: constituem casos raros em que a Administração Pública ingressa em relação jurídica submetida ao direito privado ocupando posição de igualdade perante o particular, isto é, destituído do poder de império[1].

No presente caso, não se vislumbra situação de plena igualdade entre as partes com submissão ao direito privado.

Logo, repilo a preliminar.



DA AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO ESPECÍFICO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO

A existência de direito líquido e certo se confunde com o próprio mérito da causa, de modo que será analisada no tópico a ele (mérito) pertinente.

Passo, pois, à análise do mérito.

MÉRITO

Postula a impetrante, em síntese, a não retenção do montante de R\$ 7.390,85, referente ao contrato AF 022/2020, para pagamento da penalidade imposta no contrato nº 0110/2016, bem como determinação para o depósito de tal quantia em conta de sua titularidade.

A questão já foi devidamente apreciada ao tempo da apreciação da liminar, de modo que reitero o entendimento outrora firmado.

Insurge-se a impetrante contra a retenção da quantia de R\$ 7.390,85, devida em seu favor em razão do integral cumprimento do contrato AF nº 022/2020, para fazer frente à multa imposta por descumprimento de contrato anterior, de nº 110/2016.

Acerca da possibilidade de retenção de valores em razão de descumprimento contratual, a Lei nº 13.303/2016, no ponto em que cuida das sanções administrativas aplicáveis aos contratos firmados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, dispõe:

(...) Art. 82. Os contratos devem conter cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a empresa pública ou a sociedade de economia mista rescinda o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou, ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [\(Vide Lei nº 14.002, de 2020\)](#)

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 entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

§ 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 empresa pública ou pela sociedade de economia mista ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I e III do caput poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, devendo a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias úteis.

Art. 84. As sanções previstas no inciso III do art. 83 poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a empresa pública ou a sociedade de economia mista em virtude de atos ilícitos praticados.

Da dicção dos artigos supratranscritos depreende-se que, no rol das sanções aplicáveis, inexistente determinação de retenção de valores em razão de aplicação de penalidade relativa a contrato diverso daquele que se encontra em execução.

A par disso, anoto que o parágrafo 3º do artigo 82 supratranscrito estabelece que eventual retenção de valores somente poderá ocorrer quando houver aplicação de multa pelo descumprimento do contrato e esta for superior à garantia prestada.

Vale dizer, ainda que se entenda pela admissão da retenção, ela somente poderá ocorrer em razão do descumprimento do contrato em vigência e desde que, aplicada a penalidade de multa, após regular procedimento administrativo que assegure o contraditório e a ampla defesa, seja ela (penalidade) superior à garantia prestada no próprio contrato.

Assim, não encontra amparo legal a pretensão de retenção de valores em situações que não estejam expressamente albergadas pela legislação de regência.

Há, inclusive, julgados do E. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a retenção do pagamento pelos serviços prestados não pode ser aplicada como sanção, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade:

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, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 20/06/2005, p. 141)

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RETENÇÃO DE PAGAMENTO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 368 E 373 DO CÓDIGO CIVIL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais tidos por violados - artigos 368 e 373 do Código Civil - impede o conhecimento do recurso especial. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

2. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.

3. Agravo regimental não provido.



(AgRg no Ag 1030498/RO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 10/10/2008)

No caso em apreço, a documentação encartada nos autos dá conta da publicação de Edital de Dispensa de Licitação Eletrônica nº 55/2020, para contratação direta da empresa impetrante para fornecimento de 50 unidades de cabeça de impressão para impressora térmica de etiqueta Argox – Modelo OS 2140D (ID 57798652).

A Autorização de Fornecimento – AF nº 022/2020 trouxe as cláusulas específicas da contratação, dentre as quais o valor global, no montante de R\$ 32.547,00, forma, prazo de entrega e pagamento, bem como imposição de penalidades.

A respeito, a cláusula 8ª do referido instrumento dispõe (fls. 07/12 do ID 57798668):

(...) 8.1. O(s) pagamento(s) será(ão) efetuado(s) por meio de depósito bancário, conforme dados (nome e número do banco, número da agência e número da conta corrente) fornecidos pela CONTRATADA.

8.2. Os pagamentos serão efetuados após o recebimento do(s) objeto(s), mediante apresentação do documento(s) fiscal(is) válido(s), após o atesto pela CONTRATANTE, conforme cronograma abaixo: (...)

8.2.2. Para fins de pagamento, a CONTRATADA deverá apresentar, juntamente com o documento fiscal, os seguintes documentos:

a) Certidão Conjunta de Regularidade com a Fazenda Federal (Quitação de Tributos e Contribuições Federais e Dívida Ativa da União da Fazenda Federal) e Contribuições Sociais e às de Terceiros (INSS);

b) Certificado de Regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS.

c) Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT, expedida pelos respectivos órgãos; 8.2.2.1. Poderão ser consultados os sítios oficiais emissores de certidões, especialmente quando a CONTRATADA estiver com alguma documentação vencida.

8.2.2.2. A não apresentação ou a irregularidade dos documentos previstos no subitem 8.2.2. não acarretará retenção do pagamento. Entretanto, a CONTRATADA será comunicada quanto à apresentação de tais documentos em até 30 (trinta) dias, sob pena de cancelamento desta Autorização de Fornecimento e demais penalidades cabíveis.

De outra parte, a cláusula 9ª, disciplinando as penalidades pelo descumprimento da Autorização de Fornecimento, dispõe:



9.1. Pelo descumprimento das obrigações desta Autorização de Fornecimento, a CONTRATANTE poderá aplicar à CONTRATADA as seguintes sanções, sem prejuízo da reparação dos danos causados à CONTRATANTE, garantidos a ampla defesa e o contraditório:

9.1.1. Advertência: (...)

9.1.2. Multa: (...)

9.1.2.1. Multa de mora: (...)

9.1.2.2. Demais multas: (...)

9.1.2.7. O valor da multa e os prejuízos causados pela CONTRATADA serão executados pela CONTRATANTE, nos seguintes termos:

a) retenção dos créditos decorrentes desta AF, até o limite dos prejuízos causados à CONTRATANTE;

b) retenção dos créditos existentes em outras contratações, porventura vigentes entre a CONTRATANTE e a CONTRATADA, até o limite dos prejuízos causados;

c) retenção/execução da garantia contratual, quando essa exigência estiver contida neste Instrumento, para ressarcimento da CONTRATANTE dos valores das multas e indenizações a ela devidos.

Assim, seja nos termos da lei, seja segundo as disposições do contrato, a retenção só encontra guarida nos casos de imposição de multa como penalidade pelo descumprimento do contrato em execução, não havendo qualquer previsão que autorize retenção em razão de penalidade imposta em contrato anterior, tal qual se deu no caso dos autos.

Ainda acerca da controvérsia, cumpre destacar que inexistem nos autos quaisquer informações de inexecução, seja total ou parcial, do contrato AF 022/2020, que, eventualmente, pudesse resultar na retenção de valores.

O documento de ID 57799002 aponta que o desconto, de fato, ocorreu em razão de multa referente ao contrato nº 110/2016.

Assim, inexistem autorização para realização de compensação de ofício, tal qual operada no caso em apreço.

Em decorrência da fundamentação alinhavada, verifico a relevância da presente impetração, devendo ser concedida a segurança para ratificar os dizeres da liminar outrora proferida.

Diante do exposto, confirmo a liminar de ID 70138227, **JULGO PROCEDENTE** o pedido e **CONCEDO A SEGURANÇA**, para impedir a retenção da quantia de R\$ 7.390,85 do contrato AF 022/2020 para pagamento da penalidade imposta no contrato nº 0110/2016. Em consequência, **JULGO EXTINTO O PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO**, com amparo no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.



Sem condenação em honorários advocatícios, consoante legislação de regência do mandado de segurança.

Custas pela União.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição em virtude do disposto no art. 14, parágrafo 1º, da Lei nº 12.016/2009, que prevalece sobre a lei geral, não sendo o caso de aplicação do art. 496, parágrafo 4º, inciso III, do NCPC.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, determino a liberação do depósito judicial de ID 104980608 em favor da impetrante.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

São Paulo, data da assinatura eletrônica.

Paulo Alberto Sarno

Juiz Federal

[1] MAZZA, Alexandre. *MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p.207.

