

APELAÇÃO EM AÇÃO ANULATÓRIA AJUIZADA POR FORNECEDOR, EM RAZÃO DE GLOSAS REALIZADAS EM CONTRATO DE PRESTAÇÃO E SERVIÇOS CONTÍNUOS¹

Cristiana Meira Monteiro²
Juliana Melissa Lucas Vilela e Melo³

1 SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de ação que visa à declaração de nulidade das glosas aplicadas pela Administração em contrato de prestação de serviços de nutrição hospitalar, sob alegação de divergência no número de empregados em relação à planilha de custos. A sentença julgou procedente o pedido, reconhecendo que, na modalidade empreitada por preço global, a planilha é mera referência, não vinculando a execução contratual, e que não houve prejuízo na qualidade ou quantidade do serviço prestado. Determinou-se a nulidade das glosas e a devolução dos valores retidos, por ausência de contraditório e ampla defesa no processo administrativo.

2 MÉRITO DO RECURSO

2.1 Legalidade das glosas. princípio da vinculação à proposta. alocação de mão de obra como parte das atividades a serem desolvidas. normativas aplicáveis.

Para melhor compreensão e impugnação da sentença, trataremos inicialmente da questão sobre a previsão de alocação de mão

¹Peça processual emitida no processo judicial nº 1011363-49.2021.4.01.3400, em versão adaptada para publicação.

² Advogada com 21 anos de experiência, graduada em Direito pelo UNICEUB/DF, com pós-graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário pela mesma instituição e em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela PUC-RS. Atua como advogada pública na Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), exercendo atualmente a chefia do Setor Jurídico de Judicialização da Saúde, vinculado à Consultoria Jurídica (Conjur).

³ Advogada com 19 anos de experiência, graduada pela PUC-MG, mestre em Gestão de Serviços de Saúde pela UFMG, com MBA em Licitações e Contratos e pós-graduações em Direito Público e Privado. Atua como advogada pública na Ebserh, tendo chefiado o Setor Jurídico do Hospital das Clínicas da UFMG, o Setor de Judicial Administrativo da Consultoria Jurídica da empresa, e atualmente ocupa o cargo de Chefe da Divisão Jurídica de Contencioso Judicial da Conjur.

de obra como questão obrigatória no contrato, para depois tratar sobre a legalidade das glosas da forma como foram operadas.

Com a devida vênia, a r. sentença equivoca-se quando indica que o contrato não traz previsão de obrigatoriedade de alocação de mão de obra. É preciso verificar que o contrato em questão não foi executado sob o regime de empreitada de preço global, como tenta fazer crer a Apelada. **Ao contrário, o referido contrato observa objeto de prestação de serviços continuados em regime de dedicação exclusiva de mão de obra.**

Com efeito, o contrato firmado indica expressamente qual o objeto da prestação, a saber:

CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

Contratação de empresa para **a Prestação de Serviços Contínuos** de Nutrição e Alimentação Hospitalar, visando o fornecimento de Dietas Normais, Dietas Especiais, Dietas Enterais, Fórmulas Infantis e Manipulação de Leite Humano, destinadas a Pacientes Internados e Ambulatoriais, Acompanhantes, Funcionários, Internos e Residentes, para atender as necessidades do Hospital Universitário de Brasília.

Com efeito, o objeto é a prestação de serviços contínuos, ou seja, serviços não se limitam ao fornecimento de alimentos, mas a sua distribuição, alocação, produção, manutenção de espaços, dentre outras obrigações.

Da leitura do TR é possível verificar que os serviços em questão deveriam ser realizados dentro das dependências do HUF, com fornecimento, também, de equipamento, além do atendimento à normas regulatórias a serem observadas, tais como normativas relativas à fiscalização profissional de nutrição. Ademais, havia a necessidade de **postos de trabalho com dedicação exclusiva**, sendo certo que o TR previu longamente, inclusive, as obrigações da recorrida acerca de dos empregados que estariam dedicados a essa atividade, conforme será verificado adiante.

Merece observância, ainda, o item 1.1.1 e seguintes do TR, *in verbis*:

1.1.1. A operacionalização e desenvolvimento de todas as etapas que envolvem produção e distribuição de dietas normais, especiais, terapia nutricional via oral, dietas enterais e fórmulas infantis no Centro de Produção de Refeições, no Refeitório e no Centro de Nutrição Enteral;

1.1.2. A disponibilização de mão-de-obra para a operacionalização e desenvolvimento das etapas que envolvem recolhimento, porcionamento, distribuição, e controle de qualidade do leite humano no Banco de Leite Humano (BLH); (...)

1.1.5. A disponibilização de mão de obra especializada, todos os equipamentos e móveis necessários para a perfeita execução dos serviços que se fizerem necessários a este Termo de Referência, assim como todos os insumos de caráter administrativo que viabilizem a execução do serviço (impressoras, etiquetas, papel, fita, canetas marcadoras, etc.); (...)

1.1.13. Disponibilização de mão-de-obra de apoio à nutrição clínica através de técnicos em nutrição e dietética;

A previsão contratual de dedicação exclusiva de mão de obra era tão evidente que a cláusula décima segunda do contrato firmado previa expressamente a repactuação, com possibilidade de oneração da Administração em razão de reajustes convencionais incidentes sobre a folha de pagamento. Vejamos tais disposições:

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA DA REPACKTUAÇÃO Dada a especificidade do presente Objeto, o reequilíbrio da equação econômico-financeira dar-se-á através da aplicação dos institutos da Repactuação (Art. 54 da In nº 005/2017) e do Reajuste em sentido estrito (Art. 61 da In nº 005/2017).

[...] PARÁGRAFO QUINTO - Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, com datas-bases diferenciadas, a repactuação deverá ser dividida em tantos quanto forem os Acordos, Convenções ou

Dissídios Coletivos de Trabalho das categorias envolvidas na contratação. A repactuação para reajuste do contrato em razão de novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho deve repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos.

[...] PARÁGRAFO SÉTIMO - É vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de benefícios não previstos na proposta inicial, exceto quando se tornarem obrigatórios por força de instrumento legal, Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho, desde que observado o disposto no art. 6º da In nº 005/2017.

Para que não parem dúvidas sobre o regime de dedicação exclusiva, é preciso verificar que o contrato em questão, no trecho que acima foi transcrito, expressamente menciona o teor do art. 54, da IN 5, que trata sobre a hipótese de incidência da repactuação nos contratos. Vejamos o que diz a norma:

Art. 54. **A repactuação de preços**, como espécie de reajuste contratual, **deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra**, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir. – grifo nosso

Ora, Excelência, se o contrato administrativo previa, inclusive, repactuação em razão de convenção coletiva de trabalho, reajustes remuneratórios e outros, como afirmar que o quantitativo de empregados indicados na proposta comercial era meramente estimativo? Se o contrato previa regime de dedicação exclusiva de mão de obra, como sustentar que os postos de trabalho constantes da proposta comercial eram meramente estimativos? Evidentemente que não eram! **Tais postos estavam sob dedicação exclusiva e jamais poderiam ser reduzidos, independentemente de qualquer discussão sobre perda ou não de qualidade e/ou eficiência.**

Não se pode concluir que a ausência de indicação de quantitativos de postos de trabalho no Edital ou TR indicam se tratar de empreitada por preço global. Isso jamais ocorreu no presente caso, que sempre deixou claro que caberia a fixação de postos com dedicação exclusiva, o que está cristalino nos documentos do Pregão. Tanto que, para que houvesse a adequada mensuração dos postos de trabalho necessários pelos próprios licitantes, a Apelante forneceu no TR todas as informações sobre quantitativos de refeições servidas por dia, número de leitos, previsão de alimentação para acompanhantes, vagas no banco de leite e tudo o quanto fosse necessário para que a empresa vencedora pudesse adequadamente mensurar e precificar seus serviços.

O argumento da Apelada, acolhido em sentença, de que o quantitativo de postos de trabalho indicados na proposta comercial era meramente estimativo, não encontra lastro nas regras editalícias.

Analizando a **cláusula 8 do TR, temos a relação de obrigações e responsabilidades da contratada**. A atenta leitura das obrigações ali constantes, notadamente as aqui transcritas, nos dão clara noção de que **os postos de trabalho deveriam ser mantidos rigorosamente durante a execução do contrato**, na medida que haveria dedicação exclusiva dos mesmos dentro da recorrente, com controle sobre obrigação de imediata substituição dentre outros. Vejamos:

8.1 A empresa contratada deverá executar o objeto do contrato de forma ininterrupta com eficiência, eficácia e presteza, dentro dos padrões exigidos pela contratante, **obrigando-se especialte a:** [...]

8.1.131 **Prover a substituição imediata de funcionários** em caso de folgas, faltas, férias, demissões, licenças e qualquer outro afastamento de pessoal da área técnica, operacional e administrativa, **mantendo sempre o quadro de pessoal completo e observar sempre para que a substituição seja realizada entre funcionários da mesma função e capacidade técnica**, bem como os pré-requisitos para o cargo; [...]

8.1.134 **Manter no Hospital arquivo de cópia dos exames admissionais, periódicos,**

demissionais, mudança de função e retorno ao trabalho, [...]

8.1.135 Apresentar mensalmente relatórios com os resultados dos exames admissionais, periódicos, demissionais, por mudança de função, [...]

8.1.137 Apresentar, para fins de fiscalização, todo e qualquer documento relativo aos funcionários que estejam ou tenham estado a serviço da contratada nas dependências da contratante como [...]

8.1.141 Fornecer aos seus empregados uniformes que estejam em conformidade com as estações do ano, [...]

8.1.154 Manter copeiras nas áreas externas do CNE diariamente e em todos os turnos para higienização e distribuição de fórmulas infantis e de nutrição enteral; (...)

8.1.158 Apresentar para aprovação a escala diária e mensal dos funcionários do serviço a contratante, [...].

Como se verifica, o TR previu como obrigações da contratada questões relacionadas diretamente ao controle de empregados e manutenção dos postos, sendo evidente que tais postos seriam de dedicação exclusiva e, portanto, vinculativos à execução ao contrato durante toda a vigência do mesmo. A que postos se referiria o TR senão àqueles aos quais a contratada voluntariamente se obrigou, quando da apresentação da sua proposta? Se existe obrigação de reposição de pessoal é justamente porque os quantitativos são obrigatórios e vinculantes, fato que era de conhecimento de todas as licitantes quando do certame.

Importante verificar, ainda, que **o TR previu na cláusula 13 o INSTRUMENTO DE MEDIÇÃO DE RESULTADO (IMR), onde ficou expresso a existência, sim, de postos de trabalho expressos e vinculados ao contrato, conforme apresentação de propostas.**

Ora, Excelências, se a quantidade de postos de trabalho indicada na proposta era meramente estimativa, como tenta fazer crer a recorrida e restou reconhecido na sentença, por que estava previsto no contrato pontuação no caso de não substituição imediata de postos de trabalho? Evidente que isso ocorre justamente porque havia obrigação

de manutenção de postos de trabalho, conforme a proposta apresentada! Por isso havia a possibilidade de penalidade da empresa contratada no caso de não substituição dos postos, porque era obrigatória a fixação de postos de trabalho dentro do HUF, como parte da obrigação de prestação de serviços contínuos ao qual a autora se obrigou.

Importa, ainda, para melhor compreendermos a lógica sobre a qual o Edital e o TR da competição se estruturam, analisar o item 8.2 do TR, que trata de mão de obra. O referido item indica um quantitativo mínimo e funções que não poderiam, de forma alguma, deixar de serem previstas na proposta. No entanto, essas previsões não limitam os postos de trabalho, mas apenas indicam o seu mínimo a ser previsto.

A leitura isolada do referido dispositivo como sendo os únicos postos de trabalhos exigidos pelo Edital é equivocada e não reflete a realidade do certame. Foi exigido dos competidores que eles estabelecessem os quantitativos de postos necessários para a execução do contrato, dentro da sua melhor organização de produtividade. Certo é tal previsão está em acordo com os termos do subitem 7.3, do Anexo VII-A, da Instrução Normativa n. 5 de 2017 (IN 5), do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que “dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional”.

O Anexo em questão estabelece as diretrizes gerais para a elaboração do ato convocatório. Importa verificar que a referida elaboração deve sempre ter por diretriz a ampliação da concorrência e a busca da melhor proposta para a Administração, de forma a não criar restrições e permitir que o mercado apresente, dentro do quanto possível, soluções mais econômicas e eficientes para o produto ou serviço que se busca contratar.

Dito isso, o subitem 7.3, do Anexo VII-A da IN 5, assim preceitua:

7.3. De acordo com as regras previstas nesta Instrução Normativa, o ato convocatório **deverá permitir que os licitantes possam apresentar produtividades diferenciadas daquela estabelecida pela Administração como referência**, desde que não alterem o objeto da contratação, não contrariem dispositivos legais vigentes e, **caso não estejam**

contidas nas faixas referenciais de produtividade, comprovem a exequibilidade da proposta; - grifos nossos

A não indicação de quantitativo específico de postos de trabalho pela recorrente se deu justamente porque poderia vir dos próprios licitantes a apresentação de produtividades diferenciadas, que tornem mais competitiva as suas propostas, sem prejuízo do objeto contratado e das normas legais aplicáveis, além da necessária eficiência na prestação de serviços. Esse, justamente, o fundamento de haver previsão de postos de trabalho com dedicação exclusiva, mas não a sua designação em quantitativos e cargos expressos. Esse, também, o mesmo motivo pelo qual o Anexos VI do TR ndica expressamente que sejam designados quais postos de trabalho seriam alocados na execução do contrato, com valores e quantitativos, custos envolvidos, justamente para que fosse possível a aferição do IMR (cláusula 13 do TR), conforme debatido em linhas anteriores.

Para melhor exemplificar do que estamos tratando, imagine-se que o Edital tivesse previsto a necessidade de 6 cozinheiros como postos de trabalho fixos. No entanto, uma determinada empresa, que se utiliza de um maquinário especial de cozimento, poderia atender à demanda indicada no TR com apenas 3 cozinheiros. Veja-se que dentro do escopo da licitação em questão estava também o fornecimento de toda a estrutura de maquinário e utensílios necessários para a realização das atividades.

O que o item da IN 5 acima transcrito indica é que o Edital, ao ser elaborado, deve considerar a possibilidade de que os competidores tenham métodos produtivos diferenciados que tornem as suas propostas mais competitivas que de outros licitantes. Assim, usando nosso exemplo acima, o ideal seria não haver previsão de número de cozinheiros, já que a licitante pode apresentar proposta mais competitiva e econômica para a Administração Pública.

E foi justamente com essa finalidade que o Edital do Pregão Eletrônico n. 116/2017 não previu, especificamente, quantidade de postos, donde não se pode concluir que tais postos, uma vez indicados pelo licitante vencedor, poderiam sofrer alteração, para redução, durante o curso do contrato, como fez a recorrida. Isso porque de tal flexibilidade, que se admite na fase de apresentação de propostas, não

decorre alteração da natureza de mão de obra alocada com dedicação exclusiva após a celebração do contrato.

Ao abrir aos competidores a indicação de quais e quantos postos de trabalho seriam necessários para a execução do contrato, a recorrente não abriu mão de exigir que, ao longo do contrato firmado, tais postos fossem executados integralmente. Muito ao contrário, essa vinculação estabelecida na proposta tornou-se lei entre as partes, com a assinatura do contrato. Isso decorre, inclusive, da própria leitura dos subitens 7.4 e seguintes, do Anexo VII-A da IN 5, senão vejamos:

7.4. Para efeito do subitem 7.3 acima, o ato convocatório deverá prever a **possibilidade de adequação técnica da metodologia empregada pela contratada, visando assegurar a execução do objeto**, desde que mantidas as condições para a justa remuneração do serviço;

7.5. **A apresentação das propostas nos termos do subitem 7.4 acima implica obrigatoriedade do cumprimento das disposições nelas contidas**, assumindo o proponente o compromisso de executar os serviços nos seus termos, **bem como de fornecer todos os materiais, equipamentos, ferramentas e utensílios necessários, em qualidade e quantidades adequadas à perfeita execução contratual, promovendo, quando requerido, sua substituição**; - grifo nosso

Retomando o exemplo que demos sobre maquinário e número de postos, o subitem 7.5 acima transcrito estabelece exatamente essa lógica: se a empresa apresentou proposta em que o número de postos de trabalho era de 3 empregados em razão da utilização do maquinário X, não poderá, posteriormente, retirar o referido maquinário da execução do contrato, tanto quanto não poderá reduzir o número de empregados vinculados à atividade. O que a referida norma estabelece é que, justamente, há vinculação da proposta nos seus estritos termos.

Essa vinculação decorre do fato de que a análise de exequibilidade da mesma se estabelece a partir de tais quantitativos. É

o que se depreende da leitura do subitem 7.6 e seguintes do mesmo Anexo VII-A da IN 5. Vejamos:

7.6. A análise da exequibilidade da proposta de preços nos serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra deverá ser realizada com o auxílio da planilha de custos e formação de preços, a ser preenchida pelo licitante em relação à sua proposta final;

7.7. O modelo de planilha de custos e formação de preços previsto no Anexo VII-D desta Instrução Normativa deverá ser adaptado às especificidades do serviço e às necessidades do órgão ou entidade contratante, de modo a permitir a identificação de todos os custos envolvidos na execução do serviço, e constituirá anexo do ato convocatório a ser preenchido pelos proponentes;

Nesse ponto, merece destaque o fato de que a planilha de formação de preços apresentada pelo recorrido no Anexo VII tem rigorosamente o mesmo formato e segue as mesmas premissas do Anexo VII-D da IN 5.

Tal exigência compôs rigorosamente o anexo do Edital do Pregão Eletrônico 116/2017, conforme se verifica do Anexo VI, anexado aos autos com a contestação.

Portanto, sendo evidente que o contrato previa alocação de postos de trabalho com dedicação exclusiva, a consequência **jurídica é que a proposta vincula o contratante em seus estritos termos e quantitativos, pelo que era obrigação da empresa manter os 101 empregados previstos na proposta vencedora. A própria recorrida indica os cargos e quantitativos eram necessários, conforme se verifica do Anexo VII da proposta da empresa.**

A composição geral dos custos novamente indicou o valor do custo de mão de obra e replica o valor de R\$ 303.978,08 (trezentos e três mil, novecentos e setenta e oito reais e oito centavos) a esse título, conforme se verifica da planilha COMPOSIÇÃO GERAL DOS CUSTOS, agora obtido pela soma do item 1 (custo de mão de obra) com o item 2 (custos indiretos, tributos e lucro sobre a mão de obra).

Portanto, o que se observa é que jamais poderia ser admitido que no curso do contrato a Apelada tenha reduzido o número de postos de trabalho sem o regular abatimento de tais valores do montante devido à recorrida. É evidente o enriquecimento sem justo motivo, na medida em que a vinculação se deu aos estritos termos da proposta aceita pela recorrente. Não se olvide que estamos tratando de contratos administrativos, em que as previsões de lucro estão previamente estabelecidas pelas partes.

Não se pode admitir que pretenda a recorrida aumentar a sua lucratividade no contrato com a redução dos postos de trabalho contratados. Portanto, se a autora se vinculou para prestar serviços utilizando-se de 101 profissionais, caberia a ela manter esse quantitativo até o fim do contrato. No entanto, **é incontroverso nos autos que a recorrida reduziu o número de postos de trabalho no curso da sua execução, tendo em vista que os fundamentos da presente ação se limitam a i) tentar enquadrar o regime de execução do contrato à empreitada por preço global, o que claramente não é o caso, ii) a suposta inexistência de prejuízo ao erário, consubstanciado na inexistência de queixas quanto à qualidade dos serviços prestados.**

Portanto, é inconteste que a Apelada, de fato, reduziu o quantitativo de pessoas na execução do contrato de trabalho, sem proporcional redução dos valores cobrados da Ebserh, em evidente violação aos termos do art. 884, do Código Civil. Inconteste, ainda, que o contrato em questão previa a alocação de postos fixos de trabalho, com dedicação exclusiva de mão de obra, o que não permite a redução de tais postos na execução do contrato.

Em razão disso, resta evidente que deve ser reformada a decisão de piso, para julgar improcedente o pleito de anulação das glosas realizadas, posto que as mesmas se deram dentro dos estritos ditames legais. É o que se requer.

2.2 Inexistência de nulidade do processo de glosa. simples conta aritmética. inexistência de penalidade.

A sentença, equivocadamente, entendeu que as glosas deveriam ser realizadas após a oitiva da empresa recorrida.

Com a devida vênia, não deve prevalecer tal entendimento, inclusive e justamente porque **a oitiva da empresa autora se deu antes de qualquer glosa**. Senão vejamos.

Com efeito, em setembro de 2018, numa atividade de fiscalização rotineira, verificou-se que havia divergência entre os postos de trabalho executados e os que haviam sido apresentados pela empresa autora na planilha de formação de custos.

Ao contrário do quanto dito em sentença, a empresa foi notificada para prestar esclarecimentos a respeito, conforme se verifica da notificação encaminhada em 03/10/2018. A resposta da recorrida veio em 09/10/2018.

Em razão da resposta, a empresa foi notificada a realizar a readequação da execução do contrato, conforme se verifica do Ofício n. 024/2018 encaminhado. A resposta da empresa foi apresentada em 24/10/2018, sendo certo que até então nenhuma glosa se operou no contrato. Somente após a afirmação expressa da autora de que não faria os ajustes contratuais, por entender que os valores e quantitativos da proposta eram meramente estimativos é que a recorrida passou a operar as glosas, dali por diante.

As glosas não são penalidades, são descontos pela ausência de prestação dos serviços e estão expressamente previstas nas regras do Edital ao qual se vinculou a autora. Com efeito, a previsão das glosas consta do item 13.3.3 do TR que assim preceitua:

13.3.3. A glosa poderá ser aplicada mensalmente de acordo com a pontuação do período/mês, não sendo possível o acúmulo de pontuação entre períodos/meses;

Considerando que a empresa confessou não estar mantendo nos postos de trabalho o quantitativo indicado no contrato, surge o direito de compensação de tal descumprimento na glosa das cobranças como consequência imediata dos termos do contrato. Trata-se de devida contraprestação dos serviços.

A partir daí, o processo e as motivações da APELADA foram analisados e julgados pela autoridade administrativa. Neste passo, foi recebida a manifestação recursal da empresa em 23/10/2020, apesar de denominada defesa prévia, seguindo-se a partir daí o iter previsto na lei do processo administrativo, até que, no dia 09/11/2020, a autoridade

competente da área, o gerente administrativo do hospital, proferiu decisão definitiva denegando o recurso administrativo interposto.

Desta forma, considerou a autoridade máxima do hospital que as glosas aplicadas às faturas emitidas em desalinhamento com o que fora contratado poderiam ser mantidas, já que o serviço terceirizado deveria atender as necessidades do HUF e ser executado nos moldes de sua contratação. Julgada correta a aplicação da glosa, os valores pagos durante os meses de julho de 2018 a julho de 2020 - R\$ 112.888,44 (cento e doze mil oitocentos e oitenta e oito reais e quarenta e quatro centavos) - e de julho de 2020 a setembro de 2020 - R\$ 69.054,96 (sessenta e nove mil, cinquenta e quatro reais e noventa e seis centavos) - foram abatidos, totalizando a quantia reclamada de R\$181.943,40 (cento e oitenta e um mil novecentos e quarenta e três reais e quarenta centavos).

Observa-se, portanto, que não é verdadeiro o entendimento de que a autora não teria tido o devido contraditório e ampla defesa. Ao contrário, antes de qualquer situação, houve a evidente interpelação da recorrida para que explicasse o contexto da situação em tela. Foi garantido, antes das glosas, que a empresa explicasse o fundamento da discrepância identificada. Confirmada a alocação a menor de empregados, todo o resto resultou apenas e tão somente de uma aplicação da letra fria do contrato administrativo firmado.

No curso da discussão do processo administrativo, ainda houve notificação por parte da APELADA para o HUF, resultando daí uma reunião entre as partes, a qual foi realizada virtualmente, em 26/02/2021. Naquela oportunidade, a RECORRIDA se comprometeu, a formular novo requerimento ou, até mesmo, apresentar novo recurso administrativo, mas não o fez, preferindo ajuizar a presente demanda. Conclui-se daí que foram atendidos todos os princípios informadores do processo administrativo, tendo sido facultado à APELADA se manifestar previamente sobre o descumprimento contratual, tendo sido possibilitado ainda que fosse apresentado recurso administrativo para a autoridade superior à que aplicou a glosa.

Finalmente, em reunião, ainda foi oportunizada a apresentação de uma nova manifestação recursal, porém a empresa abdicou de interpor o recurso - certamente para poder alegar que seus direitos ao contraditório e ampla defesa foram cassados, o que não é a realidade, conforme se verifica.

Comprova-se, assim, que foram respeitados integralmente os princípios informadores do processo administrativo, já que houve manifestação prévia da Autora, também foi dado a ela a oportunidade de apresentar recurso administrativo contra a decisão administrativa da glosa e, por fim, ainda foi assegurada mais uma instância recursal, da qual ela não se serviu.

O exame do desenvolvimento do processo que culminou com a aplicação das glosas respeitou, de igual modo, os princípios informadores do processo administrativo, previstos na Lei 9.784/1999.

Foi atendido o devido processo legal, pois a glosa foi aplicada segundo os requisitos mínimos necessários para que não ocorressem arbitrariedades, com preservação dos direitos de ambas as partes. Também houve observância ao contraditório e ampla defesa, tendo sido garantido à RECORRIDA livre e completa manifestação sobre as acusações que lhe foram imputadas. Em outras palavras, ela pode se defender, pelos métodos legais, das acusações de descumprimento contratual. Da mesma forma, atendido o princípio da legalidade, pois não houve nenhuma atuação que se situasse fora do que estipulam as leis, sem aviltamento de competências ou procedimentos. O princípio da motivação também foi atendido, já que os fundamentos para a aplicação da glosa foram explicitados e fundamentaram a ratificação da decisão administrativa.

Por fim, há que se dizer que houve respeito aos direitos da empresa, como previsto no art. 3º da Lei do processo administrativo:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Ela foi cientificada dos atos administrativos, sempre foi tratada com respeito e urbanidade, pôde trazer suas alegações, apresentar documentos, manifestações e recursos, até mesmo sendo representada por advogado em reunião com a administração do HUF.

Portanto, era mandatário à Administração que procedesse às glosas em questão, tendo em vista que a obrigação de manter o quantitativo de postos de trabalho vinculados ao contrato era inconteste, conforme se demonstrou em linhas anteriores. Ora, Excelências, havendo a confirmação de descumprimento do contrato, a prejuízo da Administração, após oitiva da empresa que não negou tal desalocação, porque deveria a Ebserh seguir pagando a integralidade da cobrança? Sob qual fundamento legal se deveria impor à recorrente o pagamento por postos de trabalho que sabidamente não estão preenchidos junto ao contrato? Não há! A obrigação é oposta, de preservação ao erário!

Nesse ponto, merece reforço o fato de que a Autora não debate o valor das glosas, não nega os quantitativos indicados pela recorrente, de forma que é inconteste tais parâmetros, a demonstrar o acerto dos valores pretendidos. Portanto, forçoso verifica, nos termos do art. 344, do CPC, que os valores são incontroversos, na medida em que não existe irresignação quanto aos quantitativos apurados na ação fiscalizatória.

Dito isso, resta evidente que a conduta da recorrente está pautada na legislação federal e constitucional, posto que não é obrigada a pagar por serviços que não foram prestados. O contraditório e a ampla defesa foram devidamente cumpridos, na medida em que a recorrida foi ouvida antes de sofrer a glosa, tendo sido oportunizado, ainda, a sua regularização contratual antes dos descontos previstos.

Logo, não há que se falar em qualquer irregularidade no caso em tela. A bem da verdade o que se identifica é uma equipe de fiscalização extremamente diligente e preparada, comprometida com os princípios reguladores da Administração Pública, buscando que o contrato administrativo firmado seja cumprido com regularidade e eficiência, notadamente como forma de proteção aos beneficiados em derradeira análise, quais sejam, toda a coletividade SUS atendida pelo

Hospital Universitário, além dos residentes e alunos que estão em processo de formação na instituição.

Assim, roga-se seja reformada a r. sentença de piso, para que se reconheça o acerto do procedimento administrativo adotado, pautado na lei e no contrato firmado, em que houve a garantia do contraditório e ampla defesa, nos termos da lei.

2.3 Da impossibilidade de revisão judicial do ato administrativo. Inexistência de ato ilícito praticado. Doutrina Chenery. Ofensa ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CR/88)

O que se verifica no presente caso é que a Apelada pretende que o Poder Judiciário intervenha diretamente nas decisões administrativas da Ebserh, na gestão dos assuntos que lhe foram atribuídas pelo ordenamento jurídico.

Dentro do contexto envolvendo a contratação pública de um serviço extremamente técnico, pede-se *venia* para destacar a Teoria Chenery, que defende a impossibilidade de o Poder Judiciário anular um ato praticado pela Administração Pública, sob o argumento de que ele não se valeu de metodologia técnica.

Isso porque, em temas envolvendo questões técnicas e complexas, *concessa venia*, os Tribunais não gozam de *expertise* para efetivamente avaliar a correção dos critérios adotados pela Administração. Como consequência, as escolhas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário. Foi nesse sentido como decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, à luz da doutrina Chenery:

A interferência judicial para invalidar a estipulação das tarifas de transporte público urbano viola a ordem pública, mormente nos casos em que houver, por parte da Fazenda estadual, esclarecimento de que a metodologia adotada para fixação dos preços era técnica. **Segundo a “doutrina Chenery”, o Poder Judiciário não pode anular um ato político adotado pela Administração Pública sob o argumento de que ele não se valeu de metodologia técnica. Isso porque,**

em temas envolvendo questões técnicas e complexas, os Tribunais não gozam de expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos ou não. Assim, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário”. (STJ, AgInt no AgInt na SLS 2240-SP, Corte Especial, Relator(a): Min. Laurita Vaz, Julgado em 07/06/2017 - Info 605). (grifo nosso)

É certo que na condução das licitações cabe aos gestores o estabelecimento prévio das normas aplicáveis e requisitos exigíveis e, em conclusão, firmar contrato administrativo com aquele que observou todas as regras aplicáveis, tudo tem do como principal objetivo a obtenção da melhor oferta em face do interesse público.

Ato contínuo, após firmada contratação, as obrigações permanecem, notadamente a de fiscalizar se o serviço contratado está sendo prestado nos moldes previamente estabelecidos e, para tantos, são estabelecidos, desde o momento da seleção, instrumentos objetivos e técnicos de acompanhamento da execução contratual.

No mesmo sentido, em sendo identificados vícios, impositivo que a Administração reveja o ato irregular, corrigindo em tempo e adequando a situação, tudo como forma de manter a efetiva legalidade.

Os procedimentos adequados no caso em tela, além de se enquadrarem perfeitamente às previsões legais e jurisprudenciais, evidenciam atuação dos agentes públicos envolvidos pautadas especialmente pelos **Princípios da Legalidade, da Eficiência e da Impessoalidade, na medida em que assegura o efetivo e fiel cumprimento aos termos do que fora estabelecido na contratação.**

No caso dos autos, a Administração baixou o edital do certame em estrito cumprimento do dever legal, primando pelos preceitos constitucionais da isonomia e impessoalidade em relação aos licitantes, buscando os parceiros que comprovassem ser mais qualificados e vantajosos ao interesse público e, ao final, contratando a empresa vencedora.

A Empresa contratada, passa-se a execução do contrato, momento em que permanece a exigência de observância das regras e princípios.

De modo que restou evidenciado que a Apelante, por meio de seus prepostos, **atuou de forma lícita, célere e necessária na fiscalização do contrato administrativo.**

De outro modo, caso a Apelante assim não o fizesse, aí sim estaria agindo em descompasso com o ordenamento legal e, como consequência, passível de penalização.

O que resta demonstrado, pois, é uma efetiva e diligente atuação de toda a equipe envolvida no acompanhamento da execução contratual, em fiel observância aos termos dos regramentos aplicados.

Portanto, não pode agora a Apelada pretender, ou o Judiciário determinar, com todo respeito, que a Administração Pública anule atos regulares de fiscalização.

Por força do princípio constitucional da separação dos poderes estatais, o Poder Judiciário não pode intervir em questões que constituam matéria sob reserva de governo ou que consubstanciem atos funcionalmente político-administrativos.

Assevera-se que o Judiciário não pode interferir no mérito do ato administrativo, uma vez ser este o campo de liberdade constante na lei para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato entendimento da finalidade legal.

A atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativo cinge-se aos aspectos de legalidade e moralidade, sendo vedado adentrar no âmbito do mérito. Com isso, tem-se a preservação da autonomia do administrador público, no uso dos poderes que lhe foram conferidos, em definir os rumos da administração e o atendimento do interesse público segundo a conveniência e oportunidade.

Sobre o tema, destacamos elucidativa passagem do voto proferido pelo eminente Ministro Luiz Fux, no RE 632.853/CE:

Por outro lado, é certo que o Poder Judiciário não pode substituir a Administração Pública. Em primeiro lugar, um braço estatal que concentrasse todas as

prerrogativas de autoridade dificilmente seria compatível com a ideia de Estado de Direito. O postulado da Separação dos Poderes surge aí como instrumento de racionalização e moderação no exercício do poder, essencial para a própria existência da liberdade individual, como historicamente registrado por Montesquieu na clássica obra “Do Espírito das Leis”. (grifo nosso)

O posicionamento do Excelso Supremo Tribunal Federal é deveras acertado, pois quando o Poder Judiciário profere uma decisão flexibilizando a norma do Edital, ou seja, substitui a decisão da Administração em situação em que não houve ilegalidade, viola-se os princípios da vinculação ao edital e da isonomia (art. 5º, *caput*, CR/88) e, principalmente, a segurança jurídica do procedimento licitatório.

Para além da interferência no mérito administrativo e primando pelo princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, CR/88), como corolário dos atos administrativos, tem-se que não assiste razão à impetrante, vez que o pretense provimento judicial implicaria em tratamento prejudicial a determinado licitante em detrimento do próprio interesse público envolvido.

Isto porque, não há motivos para intervenção do Poder Judiciário no caso *sub judice*, porquanto não houve e não há nenhuma irregularidade ou ilegalidade por parte da Apelante que pudesse comprometer a lisura e a legalidade dos procedimentos adotados.

Desta feita, caracterizar se houve ou não cumprimento do contratado é competência única da Administração, por intermédio da equipe de fiscalização e, do mesmo modo, da gestão do hospital universitário, o que, repita-se, foi realizado com base nos Princípios da Legalidade, Isonomia e Transparência.

Firme em tais argumentos roga-se seja reformada a r. sentença de piso, para que se reconheça o acerto do procedimento administrativo adotado, pautado na lei e no contrato firmado, em que houve a garantia do contraditório e ampla defesa, nos termos da lei.

3 CONCLUSÃO

Ante o exposto, roga-se pelo conhecimento e provimento do presente recurso para que:

- a) Seja reformada a sentença para julgar improcedente a ação, com a consequente autorização da recorrente em proceder às glosas dos valores apurados na fiscalização, nos termos da fundamentação supra;
- b) Seja provido o presente apelo para que seja reconhecido os benefícios da Fazenda Pública em favor da recorrente, sob pena de violação aos termos do art. 927, I, do CPC, e o art. 102, §2º, da Constituição Federal, nos termos da lei e da fundamentação supra. Na remota hipótese de assim não se entender, o que não se espera, a Apelante pede para que, nos termos do art. 1.007, § 6º, do CPC, seja-lhe concedido o prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo não realizado neste momento por justo impedimento.

Nestes termos, pede deferimento.