



Procedência: Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais

Interessada: Superintendência de Planejamento e Finanças da SES

Número: 15.898

Data: 14 de julho de 2017

Classificação Temática: Contratos Administrativos. Penalidades.

Ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO CONTRATUAL. PENALIDADES.

Compensação entre valores devidos pela Administração e penalidades de caráter financeiro resultantes de condenações em processos administrativos punitivos.

Havendo concordância expressa do contratado é possível realizar a compensação tanto nas relações jurídicas originárias de um mesmo contrato, quanto em relações jurídicas provenientes de contratos distintos.

Possibilidade da compensação legal (art. 369, CC) caso haja inscrição em dívida ativa da penalidade pecuniária imposta ao contratado decorrente de processo administrativo punitivo, por tornar o crédito líquido e exigível e desde que ocorra no mesmo contrato.

Impossibilidade no âmbito de relações contratuais distintas.

RELATÓRIO

1. Trata-se de encaminhamento do Ofício AJ. 635/2016, oriundo da Assessoria Jurídica da SES, ao Núcleo de Assessoramento Jurídico da Advocacia-Geral do Estado, cujo teor é a consulta realizada pela Superintendência de Planejamento e Finanças da SES sobre a possibilidade de compensação entre valores devidos pela SES e penalidades de caráter financeiro resultantes de condenações em processos administrativos punitivos.



2. É informado que eventual compensação ou “encontro de contas” ocorreria entre relações contratuais distintas formalizadas entre a SES e seus fornecedores de medicamentos.

3. Originariamente, a consulta surgiu em uma reunião que envolveu diversas Superintendências da SES e, ao final, foram formuladas os seguintes questionamentos (constantes do MEMO.SES/SPF nº 0149/2016 que acompanha o presente expediente):

a) Há possibilidade de se efetuar a compensação entre créditos, a receber e a descontar, de idêntica pessoa jurídica, sendo matriz/filial, provenientes do fornecimento de medicamentos, tendo em vista a inobservância ao PMVG-Preço Máximo de Venda ao Governo, à multa contratual por atraso na entrega ou por descumprimento contratual?

b) É possível efetuar a compensação no âmbito de relações jurídicas distintas com o mesmo fornecedor, matriz/filial? Ou seja, é possível compensar penalidades/ressarcimentos aplicados aos processos punitivos dessa natureza com valores devidos pela SES/MG em outros contratos, mas que também têm por objeto o fornecimento de medicamento pela mesma pessoa jurídica, matriz/filial?

c) Nesses casos, é necessária a concordância expressa do fornecedor?

d) Como proceder na instrução processual dos pagamentos?

4. O expediente veio instruído ainda com manifestação prévia da Assessoria Jurídica da SES, por meio da Nota Jurídica nº 586/2016, que, em breve síntese, formulou as seguintes respostas:

a) “(...) a princípio, no que tange ao instituto da compensação, entendemos que a aplicação do mesmo, quando presente a aquiescência expressa do contratado, seria possível, tanto em relações jurídicas originárias de um mesmo contrato quanto em relações jurídicas provenientes de contratos distintos, desde que tal compensação se verifique entre as mesmas partes, se embase no atendimento ao interesse público, preserve a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, ainda, que o débito imputado ao contratado tenha se originado de um processo administrativo prévio, no qual se procedeu à apuração acerca da existência dos requisitos necessários à configuração da infração contratual, *do quantum debeatur*, oportunizando-se o contraditório e a ampla defesa do administrado.”



b) “Entretanto, na hipótese de não haver a concordância expressa do contratado, no que tange à compensação de valores eventualmente devidos, entendemos que a possibilidade de se efetuar uma compensação automática, somente se justificaria se tal possibilidade estivesse expressa no contrato celebrado entre as partes ou no edital respectivo e apenas se aplicaria no âmbito de mesmo contrato, não alcançando contratos distintos, ainda que celebrados entre as mesmas partes. Ademais, entende-se como necessário, ainda, que a compensação automática, operada dentro do mesmo contrato, seja devidamente justificada pela autoridade competente, embasando-se no atendimento ao interesse público, bem como que se preserve a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato e, ainda, que o débito imputado ao contratado tenha se originado de um procedimento administrativo prévio, no qual se procedeu à apuração acerca da existência de requisitos necessários à configuração da infração contratual, do *quantum debeatur*, oportunizando-se, de forma plena, o contraditório e a ampla defesa do administrado.”

c) “No que tange à possibilidade de se operar a compensação automática, sem a concordância do contratado, nas relações contratuais distintas, a despeito da polêmica sobre o tema, coadunamos com o entendimento que preceitua pela impossibilidade de compensação neste caso, vez que tal medida poderia impor um desvirtuamento do equilíbrio econômico financeiro do contrato, pois em se tratando de relações jurídicas distintas, o contratado estaria sendo privado da contraprestação devida por serviços efetivamente prestados.”

d) Quanto ao último ponto questionado, é dizer, sobre a forma mais adequada de instrução processual dos pagamentos, entendeu a subscritora da referida Nota Jurídica tratar-se de matéria de ordem orçamentária e contábil que foge da competência de análise da Assessoria Jurídica daquele órgão. Razão pela qual, sugeriu o encaminhamento à área técnica competente para orientar nesse sentido.

5. Em suma, opinou o órgão emissor da Nota Jurídica nº 586/2016 que em tese é possível efetuar-se a compensação entre créditos, a receber e a descontar, de idêntica pessoa jurídica, relacionados ao mesmo contrato, provenientes do fornecimento de medicamentos, nos casos de inobservância ao PMVG, ou de aplicação de multa contratual por atraso na entrega ou por descumprimento contratual, desde que cumpridas as orientações exaradas no corpo da referida Nota Jurídica.



6. Por fim, foi formado o entendimento de ser possível cogitar a aplicação da compensação automática, desde que previstas no edital e no contrato e, em se tratando da mesma relação contratual, pactuada entre as mesmas partes. Já no caso de relações jurídicas distintas, mesmo quando celebradas entre as mesmas partes, exigir-se-ia a concordância expressa do contratado como medida de cogente observância.

7. A consulta nos foi encaminhada pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico da AGE em razão do ineditismo da matéria e a possibilidade de elaboração de parecer referencial sobre o tema.

8. É o relatório.

PARECER

9. De início, faz-se necessário esclarecer que o estudo prévio realizado pela Assessoria Jurídica da SES, através da Nota Jurídica nº 586/2016 retro mencionada, nos parece muito bem fundamentado e firme nas orientações ali apresentadas. Podendo, por si só, ser adotado pela SES/MG, caso o órgão entenda ser esta a melhor medida.

10. No entanto, numa tentativa de otimizar o interesse público e obter a máxima eficácia na consecução das penalidades de ordem financeira eventualmente impostas nos processos administrativos punitivos, ousamos trazer aqui para reflexão a possibilidade de inscrição em dívida ativa do débito não tributário para posterior compensação.

11. Antes, porém, necessário se faz analisar o que traz a Lei 8666/93 no tocante a compensação/retenção de crédito pela Administração Pública em relação ao contratado.

12. A legislação pátria prevê expressamente a possibilidade de retenção de pagamento nos contratos administrativos nas seguintes hipóteses: a) rescisão



unilateral do contrato, até o limite dos prejuízos causados à Administração (art. 80, IV c/c art. 79, I, ambos da Lei 8666/93); b) no caso de atraso injustificado na execução do contrato ou no caso de inexecução total ou parcial do contrato, em que pode ser imputado ao contratado multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. Nestas hipóteses, 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 cobrados judicialmente (art. 86, caput c/c § 2º e § 3º e art. 87, II c/c § 1º, ambos da Lei 8666/93). Vejamos:

Seção V

Da Inexecução e da Rescisão dos Contratos

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

(...)

Seção II

Das Sanções Administrativas

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente 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 Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

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.

§ 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.**

§ 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.

(...)

13. Percebe-se que o texto da lei é bem categórico em dispor que o processo punitivo é de índole contratual, segundo artigos 86 e 87 da Lei 8666/93, sendo, a rigor, necessário primeiro recorrer à garantia e depois aos valores devidos ao contratado para fazer frente ao valor da multa.

14. Eis o ponto do debate. Teria a retenção, mesmo na hipótese legal, precedência em relação a execução da garantia para o pagamento de multa e prejuízos causados à Administração?

15. A Advocacia-Geral da União através de sua Câmara Permanente de Licitações e Contratos (CPLC)¹ firmou entendimento por meio do Parecer nº

¹ Ressalta-se que a CPLC incumbe-se de discutir questões jurídicas relevantes e polêmicas sobre "Licitações e Contratos Administrativos", comuns aos Órgãos de Execução da PGF, atinentes às atividades de consultoria e assessoramento jurídico às autarquias e fundações públicas federais. Sob a coordenação e orientação do



001/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU², datado de 17/03/2016, que no caso de ressarcimento por perdas e danos em que se pretende recompor patrimonialmente à Administração de um dano que lhe tenha sido causado (art. 80, IV), como o legislador não foi expresso quanto à ordem de aplicação de cada ato da rescisão unilateral do contrato administrativo, primeiramente deverá ocorrer a retenção dos créditos da contratada (art. 80, IV, Lei 8666/93), para somente depois executar a garantia (Art. 80, III, Lei 8666/93). Sendo exigido, de qualquer maneira, a instauração do devido processo administrativo. Assim, entendeu que:

“Devidamente apurado o montante das perdas e danos, a Administração deverá efetuar a compensação dos créditos com os valores devidos à contratada, na forma do art. 368 do Código Civil, aplicável aos contratos administrativos por força do disposto no art. 54 da Lei 8666/93.”³

16. Ademais, posicionou-se a AGU que a ordem de preferência relativa ao ressarcimento das perdas e danos *“pode e deve ser estabelecida em cláusula contratual, a fim de evitar qualquer dúvida quanto ao seu caráter cogente, na forma do dispositivo retro, sendo recomendável sua inclusão também no edital de licitação.”*

17. Já em relação à sanção prevista no artigo 86, decorrente do atraso injustificado na execução do contrato, assim como no tocante à multa compensatória prevista no inciso II do art. 87, a posição adotada foi no sentido de que aqui não haveria a possibilidade de inversão, pois teria o legislador sido expresso em primeiro determinar a execução da garantia com precedência na retenção dos créditos decorrentes do contrato. Confira:

“CONCLUSÃO:

Ante o exposto, opina-se no sentido de que:

(...)

b) Quando se tratar de pagamento de multa, não se permite a infringência da ordem de preferência estabelecida nos parágrafos 2º e 3º do art. 86 e parágrafo 1º do art. 87, devendo ser primeiro executada

Departamento de Consultoria da PGF, a referida Câmara Permanente busca o aperfeiçoamento de teses jurídicas e a uniformização de entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da PGF.

² O inteiro teor do parecer pode ser consultado no endereço eletrônico: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/238680.

³ Trecho do Parecer nº 001/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/238680



a garantia e, caso não haja êxito nessa operação, por qualquer razão, ou se a multa for superior ao valor da garantia, será possível a retenção, com o desconto dos valores devidos de qualquer fatura ou crédito existente em favor da contratada.”⁴

18. Cumpre esclarecer que a este Parecer nº 001/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU foram incorporadas as conclusões apresentadas na Nota nº 03/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, datada de 01/09/2016, donde se extrai:

I - Nas hipóteses de rescisão contratual ou de proximidade do termo final do contrato, é possível à Administração efetuar a retenção de faturas ou créditos decorrentes do contrato até o limite do valor das multas aplicadas ou em curso de aplicação, paralelamente à execução da garantia ofertada, para posterior desconto desses valores, caso o órgão contratante não obtenha êxito na excussão da garantia.

11 - A Administração também poderá realizar diretamente a retenção e compensação dos valores das multas nas faturas em aberto, em vez de tentar primeiramente executar a garantia quando o próprio contratado externar esta vontade, autorizando, de forma expressa a realização do desconto direto dos valores nas faturas ou créditos existentes.

19. A doutrina não é uníssona, neste sentido. Diversamente do posicionamento adotado pela AGU, nos casos de atraso injustificado na execução do contrato, Marçal Justen Filho⁵ opina que a compensação da multa com os créditos que o particular tenha a receber preceda à execução da garantia. Isto é, a Administração apenas recorrerá à garantia se os créditos a compensar fossem insuficientes.

20. Fato é que por qualquer ótica que se analise as hipóteses de compensação/retenção de créditos pela Administração Pública, a compensação se opera dentro do mesmo contrato administrativo, entre as mesmas partes contratuais, cujos limites sancionatórios são expressos em lei.

21. Aliás, nem mesmo as retenções de pagamento frente à irregularidade fiscal superveniente do contratado têm sido admitida pelo TCU e pelo STJ, sob

⁴ Cf. Parecer nº 001/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU citado.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1336-1337.



pena de caracterizar enriquecimento sem causa da Administração ao reter valores de serviços já executados ou fornecidos pelo contratado. Confira o julgado abaixo:

“A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, apesar da exigência, de regularidade fiscal para a contratação com a Administração Pública, **não é possível a retenção de pagamento de serviços já executados em razão do não cumprimento da referida exigência, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração e violação do princípio da legalidade, haja vista que tal providência não se encontra abarcada pelo art. 87 da Lei 8666/93**” (AgRg no Agravo em Resp 43.254/DF, decisão monocrática, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 20.02.2013, Dje de 20.02.2013)

22. Portanto, qualquer outra forma de compensação, além das hipóteses expressas da Lei 8666/93, exige cautela e estrita observância aos requisitos dos artigos 369 e 370 do Código Civil, a saber:

Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

*Art. 369. A compensação efetua-se entre **dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis**.*

Art. 370. Embora sejam do mesmo gênero as coisas fungíveis, objeto das duas prestações, não se compensarão, verificando-se que diferem na qualidade, quando especificada no contrato.

23. Veja que não basta a existência de créditos e débitos recíprocos para que se viabilize a compensação. Há, também, de estar presente: a) a liquidez das dívidas, que consiste na certeza quanto à existência e determinação quanto ao objeto; b) as obrigações somente são compensáveis quando vencidas, pois o advento do termo ou do evento que as torna imediatamente exigíveis possibilita a confrontação capaz de extingui-las até onde se encontrem e; c) as obrigações tem que ser homogêneas, o que importa em dizer que as prestações nelas inseridas são marcadas pela fungibilidade entre si.⁶

24. Está é a hipótese da compensação legal, aplicável aos contratos administrativos por força do disposto no artigo 54 da Lei 8666/93 que, salvo

⁶ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Código Civil Comentado. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 255-256.



melhor juízo, pode ser verificável quanto aos seus requisitos (liquidez, obrigações vencidas/exigíveis e homogêneas) quando houver a inclusão de um crédito não tributário no cadastro de dívida ativa pelo Poder Público.

25. É dizer, claro que após procedimento administrativo prévio para apurar a infração contratual do fornecedor da SES, estabelecer o *quantum debeatur* e assegurar, inarredavelmente, a ampla defesa e o contraditório ao contratado, poderíamos vislumbrar a constituição do crédito oriundo da penalidade pecuniária imposta pela Secretaria de Estado de Saúde em Dívida Ativa para que apresente as seguintes características:

- a) torne pública a cobrança;
- b) atribua ao crédito a presunção relativa de certeza e liquidez, sendo prova pré-constituída para a cobrança judicial;
- c) constitua controle administrativo de legalidade e possibilite a cobrança judicial pela emissão da CDA (Certidão de Dívida Ativa).

26. Assim, constituído o crédito em favor do Poder Público, de modo a permitir a execução fiscal e todos os meios de constrição patrimonial a ela inerentes, como a penhora, por exemplo, até mais gravosa que a compensação, entendemos ser viável o instituto da compensação após a inscrição em dívida ativa da penalidade pecuniária decorrente do processo administrativo punitivo.

27. Ressalta-se, todavia, que a compensação neste caso apenas poderia ocorrer numa mesma relação contratual, isto é, no mesmo contrato em que haja créditos a receber e a descontar entre SES e seus fornecedores.

28. Em relações contratuais distintas, coadunamos com posição da Assessoria Jurídica da SES, externada na Nota Jurídica nº 586/2016, de que somente seria possível a compensação mediante expressa concordância do contratado, sob pena “*de impor um desvirtuamento do equilíbrio econômico financeiro do contrato*”, na medida em que ao contratado seria negada a contraprestação devida pelos serviços já prestados em outro contrato.

29. Ademais, o artigo 370 do Código Civil é categórico em dispor que embora sejam do mesmo gênero as coisas fungíveis (no caso, dinheiro devido pela SES ao fornecedor pelo medicamento entregue e dinheiro devido pelo fornecedor



à SES decorrente de penalidade pecuniária resultante de um processo administrativo punitivo), o objeto das duas prestações não se compensarão, pelo fato de se diferirem na qualidade (objetos diversos em relações contratuais distintas).

30. De toda sorte, recomenda-se que tanto no edital convocatório como no contrato administrativo haja a previsão da possibilidade de se realizar a compensação.

31. É o parecer que se propõe a apreciação.

CONCLUSÃO

32. Diante todo o exposto, concluímos que as sanções impostas pela SES aos seus fornecedores em razão de inobservância ao Preço Máximo de Venda ao Governo, ou imputação de multa por atraso na entrega de medicamento ou imputação de multa por descumprimento contratual, conferem à Administração o poder-dever de apurar e instaurar o devido procedimento administrativo punitivo, todavia, a compensação decorrente de créditos a receber e a descontar entre o órgão e seus fornecedores devem observar as seguintes situações:

a) Se há concordância expressa do contratado é possível realizar a compensação tanto nas relações jurídicas originárias de um mesmo contrato, quanto em relações jurídicas provenientes de contratos distintos. Por todos os fundamentos apresentados na Nota Jurídica nº 586/2016 e em razão dos que ora apresentamos, coadunamos com este posicionamento;

b) Sem expressa aquiescência do contratado, no âmbito do mesmo contrato, a possibilidade de compensação automática apenas se justificaria se tal medida estivesse expressa no contrato celebrado entre as partes, conforme entendimento da Assessoria Jurídica da SES na referida Nota Jurídica. Inovamos aqui, no sentido de achar possível que após a inscrição em dívida ativa da penalidade pecuniária imposta ao contratado no processo administrativo punitivo, por tornar o crédito líquido e exigível, permitir-se-ia a compensação legal;

c) Sem expressa aquiescência do contratado, no âmbito de relações contratuais distintas, entendemos pela impossibilidade da compensação neste caso,



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO
Consultoria Jurídica

seja pelo risco de se verificar o desequilíbrio econômico financeiro (como bem argumentado na Nota Jurídica nº 586/2016), seja pela restrição imposta pelo artigo 370 do Código Civil.

Belo Horizonte, 02 de fevereiro de 2017.

RAFAELLA BARBOSA LEÃO
Procuradora do Estado
MASP 1.186.062-4 – OAB/MG 107.724

Aprovado em:

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Advogado-Geral do Estado



Procedência: Secretaria de Estado de Saúde - SES

Interessadas: Superintendência de Planejamento e Finanças da SES

Número:

Data:

Classificação Temática: Contratos Administrativos. Penalidades.

Ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO CONTRATUAL. PENALIDADES.

Compensação entre valores devidos pela Administração em razão da execução de contratos administrativos e penalidades de caráter financeiro resultantes de condenações da mesma pessoa contratada em processos administrativos punitivos.

Necessidade de a Administração promover, em qualquer caso, o procedimento administrativo pertinente, com observância dos princípios a este inerentes.

Possibilidade de compensação, nos termos de expressa previsão da medida no edital e/ou contrato administrativo do qual a obrigação de pagamento é oriunda, assim como em caso de expressa aquiescência do contratado. Indiferença, nessas hipóteses, se o pagamento devido e a penalidade a ser com este compensada referem-se a relações jurídicas originárias de um mesmo contrato ou provenientes de contratos distintos.

Possibilidade de compensação – a despeito de expressa previsão da medida no edital e/ou contrato administrativo do qual a obrigação de pagamento é oriunda, e independentemente de expressa aquiescência do contratado - se o pagamento devido e a penalidade a ser com este compensada referem-se a relação jurídica originária de um mesmo contrato.

Possibilidade da compensação legal (art. 369, CC) caso haja inscrição em dívida ativa da penalidade pecuniária imposta ao contratado, decorrente de processo administrativo punitivo, por tornar o crédito líquido e exigível, independentemente de se dar no âmbito da mesma relação contratual ou de relações contratuais distintas, desde que as relações subjacente aos créditos e débitos refiram-se à mesma pessoa jurídica.



DESPACHO

1. Trata-se de questionamentos acerca da possibilidade de compensação entre valores devidos pela Secretaria de Estado de Saúde - SES -, em razão da execução de contratos administrativos, e penalidades de caráter financeiro resultantes de condenações da mesma pessoa contratada em processos administrativos punitivos, estas referentes ao mesmo contrato ou a contratos diversos.

2. Informa a consulente que hipotética compensação ou “encontro de contas”, eventualmente, no âmbito de relações contratuais distintas, formalizadas entre a SES e seus fornecedores.

3. A fim de bem delimitar o objeto da consulta, consignam-se os questionamentos originalmente suscitados pela SES, inicialmente abordados na Nota Jurídica nº 586/2016, da Assessoria Jurídica daquela Secretaria. Indagou-se, então:

a) Há possibilidade de se efetuar a compensação entre créditos, a receber e a descontar, de idêntica pessoa jurídica, sendo matriz/filial, provenientes do fornecimento de medicamentos, tendo em vista a inobservância ao PMVG-Preço Máximo de Venda ao Governo, à multa contratual por atraso na entrega ou por descumprimento contratual?

b) É possível efetuar a compensação no âmbito de relações jurídicas distintas com o mesmo fornecedor, matriz/filial? Ou seja, é possível compensar penalidades/ressarcimentos aplicados aos processos punitivos dessa natureza com valores devidos pela SES/MG em outros contratos, mas que também têm por objeto o fornecimento de medicamento pela mesma pessoa jurídica, matriz/filial?

c) Nesses casos, é necessária a concordância expressa do fornecedor?

d) Como proceder na instrução processual dos pagamentos?

4. Tais questões mereceram as seguintes considerações na citada manifestação prévia da Assessoria Jurídica da SES:

[A] princípio, no que tange ao instituto da compensação, entendemos que a aplicação do mesmo, quando presente a aquiescência expressa do contratado, seria possível, tanto em relações jurídicas originárias de um mesmo contrato quanto em relações jurídicas provenientes de contratos distintos, desde que tal compensação se verifique entre as mesmas partes, se embase no atendimento ao interesse público, preserve a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, ainda, que o débito imputado ao contratado tenha se originado de um processo administrativo prévio, no qual se procedeu à apuração acerca da existência dos requisitos necessários à configuração da



infração contratual, do *quantum debeatur*, oportunizando-se o contraditório e a ampla defesa do administrado.

Entretanto, na hipótese de não haver a concordância expressa do contratado, no que tange à compensação de valores eventualmente devidos, entendemos que a possibilidade de se efetuar uma compensação automática, somente se justificaria se tal possibilidade estivesse expressa no contrato celebrado entre as partes ou no edital respectivo e apenas se aplicaria no âmbito de mesmo contrato, não alcançando contratos distintos, ainda que celebrados entre as mesmas partes. Ademais, entende-se como necessário, ainda, que a compensação automática, operada dentro do mesmo contrato, seja devidamente justificada pela autoridade competente, embasando-se no atendimento ao interesse público, bem como que se preserve a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato e, ainda, que o débito imputado ao contratado tenha se originado de um procedimento administrativo prévio, no qual se procedeu à apuração acerca da existência de requisitos necessários à configuração da infração contratual, do *quantum debeatur*, oportunizando-se, de forma plena, o contraditório e a ampla defesa do administrado.

(...)

No que tange à possibilidade de se operar a compensação automática, sem a concordância do contratado, nas relações contratuais distintas, a despeito da polêmica sobre o tema, coadunamos com o entendimento que preceitua pela impossibilidade de compensação neste caso, vez que tal medida poderia impor um desvirtuamento do equilíbrio econômico financeiro do contrato, pois em se tratando de relações jurídicas distintas, o contratado estaria sendo privado da contraprestação devida por serviços efetivamente prestados.”

d) Quanto ao último ponto questionado, é dizer, sobre a forma mais adequada de instrução processual dos pagamentos, entendeu a subscritora da referida Nota Jurídica tratar-se de matéria de ordem orçamentária e contábil que foge da competência de análise da Assessoria Jurídica daquele órgão. Razão pela qual, sugeriu o encaminhamento à área técnica competente para orientar nesse sentido.

5. Em análise do tema, a ilustre Procuradora do Estado Rafaella Barbosa Leão concluiu que “a compensação decorrente de créditos a receber e a descontar entre o órgão e seus fornecedores devem observar as seguintes situações:

a) Se há concordância expressa do contratado é possível realizar a compensação tanto nas relações jurídicas originárias de um mesmo contrato, quanto em relações jurídicas provenientes de contratos



distintos. Por todos os fundamentos apresentados na Nota Jurídica nº 586/2016 e em razão dos que ora apresentamos, coadunamos com este posicionamento;

b) Sem expressa aquiescência do contratado, no âmbito do mesmo contrato, a possibilidade de compensação automática apenas se justificaria se tal medida estivesse expressa no contrato celebrado entre as partes, conforme entendimento da Assessoria Jurídica da SES na referida Nota Jurídica. Inovamos aqui, no sentido de achar possível que após a inscrição em dívida ativa da penalidade pecuniária imposta ao contratado no processo administrativo punitivo, por tornar o crédito líquido e exigível, permitir-se-ia a compensação legal;

c) Sem expressa aquiescência do contratado, no âmbito de relações contratuais distintas, entendemos pela impossibilidade da compensação neste caso, seja pelo risco de se verificar o desequilíbrio econômico financeiro (como bem argumentado na Nota Jurídica nº 586/2016), seja pela restrição imposta pelo artigo 370 do Código Civil.

6. Contudo, parece-nos que, apurado, mediante o procedimento administrativo pertinente, valor devido pelo contratado em face da Administração, tal valor deverá ser exigido daquele.

7. Caso haja expressa previsão de compensação no edital e/ou contrato administrativo do qual a obrigação de pagamento é oriunda, assim como em caso de expressa aquiescência do contratado, por óbvio, tal compensação far-se-á nos exatos termos da disposição contratual ou editalícia. É indiferente, pois, nessas hipóteses, se o pagamento devido e a penalidade a ser com este compensada referem-se a relações jurídicas originárias de um mesmo contrato ou provenientes de contratos distintos.

8. A despeito de expressa previsão da medida no edital e/ou contrato administrativo do qual a obrigação de pagamento é oriunda, e independentemente de expressa aquiescência do contratado, há possibilidade de compensação se o pagamento devido e a penalidade ou eventuais perdas e danos a serem com este compensadas referem-se a relação jurídica originária de um mesmo contrato.

9. Conforme esclarece Marçal Justen Filho, *“seria um contrassenso, ademais, que a Administração liquidasse espontaneamente seus débitos e, posteriormente, ficasse sujeitada ao risco de não encontrar bens suficientes em poder dele para satisfazer a indenização por perdas e danos”* (“Comentários à lei de licitações e contratos administrativos”, 17.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 1326). O mesmo



autor ainda reforça que retenção de créditos por receber que o contratado disponha deve preferir a execução da garantia, salvo no caso de garantia em moeda corrente.

10. Na mesma linha, no caso de relações contratuais distintas, afigura-se possível, igualmente, a compensação legal (art. 369 do Código Civil) caso haja inscrição em dívida ativa da penalidade pecuniária imposta ao contratado ou de perdas e danos sofridos pela Administração na relação contratual. Esses valores, apurados em processo administrativo punitivo ou relativo a apuração de perdas e danos sofridos pela Administração, deverão estar inscritos em dívida ativa, por ser a medida que torna o crédito líquido e exigível. Neste caso, em face da inscrição em dívida ativa, independe a circunstância de os valores haverem sido apurados no âmbito da mesma relação contratual ou de relações contratuais distintas, desde que as relações subjacentes aos créditos e débitos refiram-se à mesma pessoa jurídica.

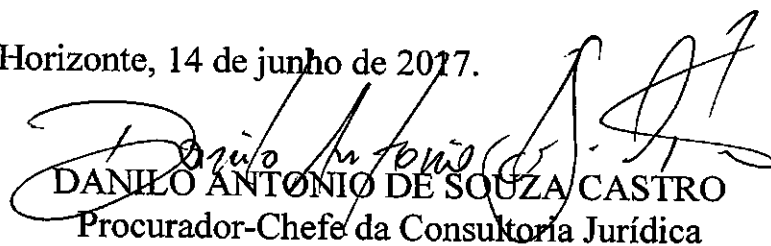
11. É o que se depreende de interpretação sistemática, não apenas dos dispositivos constantes da Lei Federal nº 8.666/93, como também do Código Civil e no ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Não é demais reforçar que a Administração Pública atua premida pelos princípios da indisponibilidade do interesse público, da eficiência e da probidade administrativa. Confirma-se, a este teor, o que dispõe a Lei Federal nº 8.666/93:

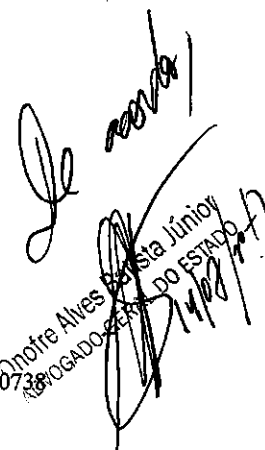
Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

11. Com efeito, conforme leciona Marçal Justen Filho, *“toda atuação administrativa orienta-se à satisfação dos interesses supra individuais. O administrador não possui disponibilidade do interesse que persegue.”* (obra citada, p.46).

Dentro desse contexto, aprova-se o Parecer em tela, optemperado nos termos expostos, passando-se a adotar a ementa acima apresentada.

Belo Horizonte, 14 de junho de 2017.


DANILO ANTONIO DE SOUZA CASTRO
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica


Otonir Alves de Souza Júnior
PROCURADOR GERAL DO ESTADO