



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Ref.: PA Nº 9257/2018

**Manifestação do Pregoeiro em face da
Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico
nº 058/2018 apresentada pela
ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.,**

I - ADMISSIBILIDADE

A empresa **ELEVADORES ATLAS SCHINDLER LTDA.** inconformada com os termos do Edital do Pregão nº 058/2018, apresentou impugnação no dia 24 de setembro de 2018, por meio do endereço eletrônico slc.comissao@trt18.jus.br.

A impugnação é tempestiva e foi processada segundo as normas legais e editalícias.

II - DO MÉRITO



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A impugnante aduz que o Edital no item 1.1 e o termo de referência, item 3.4, trazem risco à competitividade do certame e à possibilidade de execução adequada do contrato.

Pede a exclusão da licitação do objeto “manutenção preditiva”, sob as seguintes alegações:

“...5. Ressalta-se que esse tipo de manutenção compreende soluções de Inteligência Artificial (IA) e Internet das Coisas (IoT), tecnologias recém-chegadas às maiores empresas de elevadores do país.

6. Sabe-se do grande valor que esse tipo de tecnologia agrega à manutenção de elevadores, cita-se como exemplo (i) redução pela metade o tempo atual que os elevadores ficam fora de operação; (ii) aumento significativo de disponibilidade dos equipamentos; (iii) eficiência de transporte nas grandes cidades; e, (iv) ampliação de alternativas de comunicação com os técnicos de manutenção.

7. Entretanto, é importante frisar que esse tipo de tecnologia não é possível de ser aplicada em equipamentos mais antigos, como é o caso dos instalados nas vossas dependências. Além disso, não há possibilidade, atualmente, de uma empresa prestar esse tipo de solução tecnológica em equipamentos que não sejam de sua própria fabricação...”

Alega que as multas, por conduta atribuída ao contratado, previstas no item 13.2.2 do termo de referência:

“...são inquestionavelmente exorbitantes, pois poderão atingir patamar superior a 20%, de forma que poderá prejudicar a execução plena do contrato...”

Ressalta falta de proporcionalidade pois:

“...12. Observando as condutas que ensejam multa de 10%, nota-se uma desproporcionalidade, pois a mesma multa será aplicada em caso de rescisão por



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

culpa da empresa, somada às penalidades da tabela 2. Assim, a multa poderá atingir patamar de 20%. ...”

Argui que:

“...o art. 3º da Lei nº 8.666/93 busca a proposta mais vantajosa, sendo vedada aos agentes públicos incluir, nos atos de convocação, cláusula ou condições que comprometam, estrinjam ou frustrem seu caráter competitivo, bem como sejam impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato.

25. Logo, ao manter penalidades tão severas, o interesse público não poderá ser atingido, além de poder configurar um enriquecimento ilícito da Administração Pública. ...”

Pede, com fundamento no princípio da razoabilidade, a revisão das “...condutas de grau 6 que incidem multa de 10%...”. Sob pena de ser responsabilizado “...por danos causados por outrem...”. Bem como:

“...a não cumulatividade das multas previstas, excluindo-se do edital toda e qualquer cláusula que cumule penalidades extrapolando o percentual adequado para os meios e os fins de 10% (dez por cento). ...”

Opõe-se ao subitem 3.15.9 do termo de referência:

“...28. Ora, suponhamos que a empresa conserte um defeito de uma peça promovendo sua substituição. Mas, a peça nova apresenta defeito de fábrica ou por mal uso de terceiros, o mesmo problema volta à tona dentro do prazo de trinta dias. Não é razoável que a empresa seja responsabilizada por defeito do fabricante ou por danos gerados por terceiros. ...”

Requer, sob pena de violação do art. 3º da lei 8666/93, que a minuta contratual disponha sobre:

“...impossibilidades de cobertura total, como por exemplo, pelo mal uso das peças e equipamentos...”



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Aduz ser:

“...exorbitante atribuir multa de 10% em caso de acidente de trabalho à empresa que tomou todos os cuidados necessários. Logo, deve essa conduta ser excluída do edital para constar apenas a obrigatoriedade em emissão de CATs em caso de acidentes e o uso de EPIs. ...”

Não concorda com a necessidade de autorização do gestor da contratação para realizar reparos de defeitos. Alega que poderia ser prejudicada pela demora na autorização acarretando multa do item 8 da tabela 2.

Pede alteração do item para:

“...(i) aplicar penalidade ao gestor caso o não cumprimento de qualquer prazo estabelecido no edital etnha (sic) ocorrido por sua culpa exclusiva; (ii) razoabilizar (sic) o grau de reprovabilidade da conduta do item 7 do edital; (iii) cumprir com os princípios basilares das Licitações, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/93. ...”

Pugna a cláusula décima sétima da minuta contratual que trata da aplicação subsidiária do código de defesa do consumidor. Requer “...alteração do edital para conferir às contratantes apenas responsabilidades de caráter de direito público. ...”

Reclama da omissão do edital:

“...quanto a possibilidade de subcontratação e cessão de mão de obra para a realização dos serviços de manutenção preventiva e corretiva.

60. A omissão também reside na porcentagem permitida para a cessão de mão de obra.

61. Essa omissão caracteriza prejuízos para ambas as partes do contrato, ensejando dúvidas a todas as empresas licitantes e a possibilidade de reformulação de projetos durante a execução dos serviços.



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

62. Portanto, tem-se que a parte técnica descrita no referido item e alíneas deve ser revista para (i) aprimoramento da “avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução” e (ii) “minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem”, nos termos do artigo 6º, IX, da Lei nº 8.666/93.

Pede a alteração do item 8.7 do termo de referência para fazer constar que:

“responderá pelos danos causados à obra, na medida de sua culpabilidade....”

Pleiteia que se faça constar no edital a indenização devida pela rescisão contratual sem culpa da contratada.

Aduz que o subitem 3.16.3 combinado com o subitem 8.13, que tratam respectivamente do prazo para atendimento e da necessidade de manter escritório de representação na região metropolitana de Goiânia, ambos do termo de referência, farão com que as empresas deixem de participar do certame causado, assim, prejuízo a ele.

Alega que o subitem 8.13 do termo de referência foi omissivo quanto a:

“...(i) prévia existência de escritório de representação ou estabelecimento (matriz/filial) com atendimento ao cliente; (ii) exclusividade de atendimento ao Órgão; e, (iii) reflexos de investimentos monetários ao preço final das propostas para a instalação de escritório.

109. Nota-se também que o prazo de sessenta dias não condiz com a realidade. Uma empresa para abrir uma filial ou escritório de representação, deve contratar ou relocar pessoal, alugar espaço, contratar serviços básicos como energia e água, além de registrar-se em autoridade competente e etc. Todos esses procedimentos podem levar mais de sessenta dias facilmente, sem contar com os feriados que podem existir pelo caminho. ...”



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Requer a complementação deste subitem para sanear suas dúvidas.

Opondo-se à cláusula décima quinta e décima sexta da Minuta do Contrato, alega que qualquer retenção de valores pela administração pública configuraria enriquecimento ilícito:

“...Assim sendo, a retenção preventiva de parcela dos créditos devidos pela contratada é medida inequivocamente desprovida de fundamentação legal e em contradição com a interpretação do STF a respeito no RE nº 760.931, em sede de repercussão geral. Assim, referida prática configura-se como ato arbitrário e ilícito, trazendo não apenas prejuízos financeiros à contratada, mas, acima de tudo, desequilibrando a relação jurídica constituída, cabendo a propositura de ação judicial de obrigação de não fazer em face do órgão contratante.

100. Logo, deve o edital excluir qualquer cláusula sobre retenção de valores de serviços já prestados.

Discorda dos itens 15.1 e 15.2 do termo de referência, que trata da apresentação da garantia, sob alegação de impossibilidade de cumprimento devido a estipulação de prazo exíguo e que:

“...não se configura razoável estabelecer prazos fixos para o atendimento de exigências que não dependam das partes contratantes, de modo que se faz necessário aumentar o limite do prazo de 10 dias úteis para 30 dias úteis ou 50 dias corridos, independentemente de renovação.

III - DA FUNDAMENTAÇÃO E DECISÃO

A) DA MANUTENÇÃO PREDITIVA.

Contrapondo-se as alegações do recorrente o solicitante manifestou-se nos seguintes termos:

“...Em resposta ao questionamento do item II – Manutenção Preditiva, informamos



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

que as manutenções, constantes do item 3.4 do Termo de Referência, não trazem nenhuma inovação recente no modo de se realizar manutenções no Brasil. Tal manutenção preditiva vem sendo implementada desde a década de 90, em instalações que necessitem alto nível de confiabilidade no funcionamento de máquinas.

Neste sentido, cumpre-nos informar que a manutenção preditiva pode ser aplicada em qualquer tipo de equipamento e instalação. Análise de vibração, termografia, análise de energia, por exemplo, são técnicas não invasivas de medição de parâmetros construtivos de equipamentos (não precisam parar o equipamento para que sejam realizadas) feitas com medidores de metrologia, portáteis e independentes, que levam a diagnósticos precoces de possíveis quebras de equipamentos. Portanto, entendemos que o acréscimo deste tipo de manutenção, nos Termos de Referência, que embasam as contratações de manutenção deste E. Tribunal Trabalhista, somente trazem melhorias com vistas a minimizar paradas indesejadas, por pura falta de conhecimento de manutenção.

A monitoração de parâmetros construtivos pode ser feita em qualquer equipamento, independente da tecnologia utilizada, basta que a empresa contratada possua medidores específicos para a realização de manutenção preditiva.

Ademais, a manutenção preditiva é feita de modo periódico. Os parâmetros monitorados devem ser interpretados de tal forma que possam gerar de imediato uma manutenção corretiva, ou, um acompanhamento, a fim de prever a melhor oportunidade da troca da peça ou acessório danificado, ou ainda, apenas o acompanhamento periódico da tendência de normalidade no funcionamento do equipamento. O intuito disso é antever a quebra e programar a parada para a realização da manutenção corretiva de modo planejado.

Acrescente-se a este entendimento que a lista de procedimentos de manutenção preditiva, constante no Termo de Referência (item 3.5), é apenas exemplificativa e não exaustiva, assim, a empresa contratada poderá apresentar outras formas de diagnósticos preditivos, que detectem, com antecedência suficiente, quebras de equipamentos, de modo a poder planejar a realização da manutenção corretiva de reparo.



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Diferentemente do que consta nas alegações feita pela empresa, no subitem 5, não há necessidade de se ter “inteligência artificial” ou mesmo “internet das coisas”, conceitos estes vinculados a um modo novo de controlar equipamentos, que surgiu recentemente no mundo, através da eminente revolução proposta pelos conceitos de indústria 4.0.

Portanto, manutenção preditiva não tem nada a haver com este tipo de inovação proposta pela indústria 4.0.

Assim, não entendemos que haja risco de competitividade, como relatado pela empresa Atlas, pois o acréscimo deste tipo de manutenção simplesmente demonstra a preocupação do Tribunal em buscar as melhores práticas de manutenção com a finalidade de se manter o patrimônio público em condições de oferecer uma boa prestação de serviços aos seus jurisdicionados.

Diante das alegações do solicitante, área técnica responsável por essa avaliação, restou comprovada a não violação do princípio da competitividade.

Sem razão, o impugnante.

B) DAS PENALIDADES CONTRATUAIS.

Quanto às penalidades de multa, subitem 13.2.2 do termo de referência, o gestor do contrato a ser celebrado manifestou-se da seguinte forma:

“...Em relação ao item 10 – DAS PENALIDADES CONTRATUAIS – entendemos razoável a aplicação da multa limitada a 10% do valor mensal da contratação. Levando-se em consideração o valor estimado mensal para todos os lotes (R\$ 14.341,22), e que a empresa ganhe todos os lotes, o valor máximo da multa será de R\$ 1.443,41.

Ao contrário do que a impugnante diz no item 18, o valor da multa é sobre o valor mensal do contrato, e não sobre o valor anual.

As penalidades definidas como grau 6 por esta unidade durante a elaboração do estudo preliminar, diz respeito às questões mais sensíveis para a execução contratual, motivo pelo qual foi estabelecido uma gradação maior da penalidade. No



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

caso em tela, foram estabelecidos o grau 6 para os itens 7 e 19 da TABELA 2, os demais foram estabelecidos pelos modelos de Termos de Referência, cabendo à unidade competente avaliar sobre o tema.

Em relação à multa de 10% para o caso de rescisão contratual, não cabe a esta unidade estabelecer qualquer juízo de valor, já que sua redação é prevista pelos modelos de Termos de Referência, cabendo à unidade competente avaliar sobre o tema.

Por fim, qualquer aplicação de penalidade é precedida de processo administrativo, sendo sempre fundamentada, assegurada a ampla defesa à contratada.

Em relação ao item 27, esclarecemos que eventual repetição do problema no intervalo de 30 (trinta) dias PODERÁ ensejar a aplicação de penalidade, quando esta advir de ação/omissão, negligência, imprudência ou imperícia por parte da contratada. Ou seja, no caso concreto será instaurado processo de aplicação de penalidade onde a contratada será chamada a esclarecer os fatos.

Em relação ao item 32, o tema já foi tratado quando da resposta do item 10. Grande parte dos questionamentos referem-se a itens que estão inseridos nos modelos de Termo de Referência, devendo, portanto, serem avaliados pela unidade competente.

Pois bem.

O solicitante apresentou justificativa fundamentada sobre a necessidade de aplicação de multa no percentual de 10%, descrita na TABELA 2 nos itens 7 e 19. Demonstrou razoabilidade e proporcionalidade da sanção fixada.

Assim, improcedente a alegação do impugnante.

Da mesma forma, não procede a alegação em relação aos outros itens que fixam tal percentual, em especial a afirmação de que as multas são “inquestionavelmente exorbitantes, pois poderão atingir patamar superior a 20%”, esclarecemos que a interpretação do edital, por parte da impugnante, é equivocado.



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A TABELA 2 de penalidades, prevista no edital, estabelece de forma objetiva as condutas do contratado que poderão ensejar a aplicação da penalidade de multa e a respectiva dosimetria. Tratam-se de condutas que podem acarretar multa de caráter “moratório”, caso a Administração permaneça com a contratação, ou que podem ensejar a rescisão contratual, que, neste, será aplicado o subitem 13.2.2.1, com a aplicação da multa prevista naquele subitem de caráter “compensatório”, que não se somam, como esta de forma clara e expressa no edital:

13.2.2.1. A multa, no caso de rescisão por ato unilateral da Administração e motivado por culpa da Contratada, será de 10% (dez por cento) sobre o valor mensal da contratação, **não cumulativa com as multas presentes na Tabela 2.** Tal multa não exime a Contratada pelas reparações dos prejuízos e das demais sanções cabíveis.

Quando o edital estabelece na TABELA 2 que a incidência da penalidade será “Por ocorrência, sem prejuízo da possibilidade de rescisão da contratação”, não pretende somar multas, mas regular que, caso aquela conduta ocasione dano/prejuízo maior à Administração, ela poderá, em vez de aplicar apenas a penalidade de multa, rescindir o contrato e aplicar a multa de natureza sancionatória.

Desta forma, o edital atende ao princípio do *non bis in idem*, que proíbe reiterado sancionamento por uma mesma infração. Portanto, o edital prevê a possibilidade de aplicação apenas de multa, ou em casos mais gravosos, a multa e a rescisão contratual, tudo amparado pelo devido processo legal.

C) DA RESPONSABILIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO.

Sob alegação de violação do art. 3º da lei 8666/93, a impugnante requer a inclusão/reconhecimento na minuta contratual da “...impossibilidades de cobertura total, como por exemplo, pelo mal uso das peças e equipamentos...”.

Pois bem.



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

No item 1 da TABELA 2 “Permitir situação que crie a possibilidade de causar ou que cause dano físico, lesão corporal ou consequências letais”, o edital não refere-se a penalidade por acidente de trabalho como alega a empresa, trata-se do poder dever de acompanhamento e fiscalização da Administração, para evitar a culpa “in vigilando” deste Tribunal.

A eventual responsabilização da empresa por um acidente de trabalho não afasta o dever de fiscalizar e, conseqüentemente, de aplicar as penalidades cabíveis da Administração.

A minuta do contrato, em nenhum ponto, leva a outra conclusão.

Sem razão o impugnante.

D) DO REPARO DE PEÇAS

Sobre as disposições referentes a autorização para reparo de peças o gestor/fiscal do contrato considerou:

Em relação ao item 43, 44, 45 e 46, trata-se de medida estabelecida a fim de controlar a autenticidade das peças a serem substituídas. Como trata-se de um contrato por performance, há o interesse por parte da CONTRATANTE em fiscalizar a correta substituição de peças, evitando o uso de peças genéricas ou seminovas.

Conforme estabelecido no item 3.11 do Termo de Referência, toda manutenção deverá ser precedida das etapas ali estabelecidas, situação onde serão verificadas eventuais peças a serem substituídas, portanto, a aprovação será imediata, mediante inspeção visual da peça. O que se quer aqui é evitar que a contratada realize manutenções de qualquer tipo sem antes notificar a contratante.

Ainda, caso a contratante, por qualquer motivo, retarde a autorização para alguma peça, este prazo será consignado na respectiva ordem de serviço, não sendo computada para fins de contagem do prazo para execução do serviço.



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Considerando as alegações em epígrafe desnecessária a alteração requerida pelo pugnante em relação ao item 8 da tabela 2, pois parte de premissa equivocada – nenhuma penalidade será aplicada e o prazo não começará a correr quando “...a contratante, por qualquer motivo, retarde a autorização...”.

Improcedente, o pedido.

E) DA SUBSIDIARIEDADE DO CDC.

No tocante à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos administrativos, há muito tempo o Tribunal de Contas da União já entendeu ser possível, tendo publicado em sua revista esse posicionamento em 2001 (R. TCU, Brasília, v. 32, n. 87, jan/mar 2001), senão vejamos:

Por todo o exposto, pode-se concluir que é razoável a interpretação de que são aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos, em caráter subsidiário, desde que atendidas as seguintes condições:

a) o órgão ou entidade pública estiver em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, visto que a superioridade jurídica do ente público é presumida nos contratos administrativos;

b) o órgão ou entidade pública estiver adquirindo o produto ou serviço na condição de destinatário final, ou seja, para o atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma atividade negocial.

Os contratos consumeristas têm como característica a proteção da parte considerada vulnerável na relação contratual. Esta proteção, por sua vez, deve ser concedida a todos que dela participem, devendo, entretanto, ser auferida no caso concreto a existência de vulnerabilidade. Essa conceituação demonstra, de maneira



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

clara, que a proteção consumerista não exclui, de maneira automática, as pessoas jurídicas.

A existência de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, a despeito de fornecer mais segurança nas tratativas consumeristas, não fornece uma proteção completa à Administração Pública, que, nos termos do art. 54 da Lei Federal nº 8666/93 pode se utilizar supletivamente das normas de direito privado.

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.

Assim, consideramos possível que em determinadas situações o ente público possa ser considerado parte vulnerável nos contratos de consumo, fazendo jus à proteção do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, a minuta de contrato anexa ao edital está em perfeita consonância com a legislação e jurisprudência.

F) DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONTRATADA

Alega a empresa impugnante que o item 8.7 do Termos de Referência, da forma como redigido, viola inciso I do §1º do art. 3º da Lei 8.666/1993, prejudicando o caráter competitivo do certame e, por consequência, impede a Administração Pública de obter a proposta mais vantajosa.

Em suma, pretende seja alterado o item 8.7 do Termos de Referência para que passe a dispor que a contratada responderá pelos danos causados à obra, na medida de sua culpabilidade.

Sem razão, no entanto.



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

No Termo de Referência, o mencionado item 8.7, ao fixar as obrigações da futura contratada assim estabelece:

“8.7. Assumir integral responsabilidade pela boa execução e eficiência dos serviços que realizar, assim como pelos danos causados, direta ou indiretamente, decorrentes da realização desses;”

Alega a impugnante que “a empresa poderá ser responsabilizada civilmente, sem considerar os atos de terceiros, força maior e caso fortuito, que são expressamente excluídos da responsabilidade da parte pela legislação pátria, conforme disposição legal dos arts. 186, 393 e 927 do Código Civil Brasileiro.”

Afirma ainda ser “...imprescindível fazer constar e limitar a responsabilização da empresa para, exclusivamente, aos danos diretos, sob pena de violação aos dispositivos legais relativos à responsabilidade civil, desequilíbrio contratual que pode comprometer sua execução e, consequentemente, o objetivo do certame...”

Ocorre que, diferente do que alega a impugnante, o item 8.7 do Edital estabelece que a empresa deverá assumir a responsabilidade pelos danos que pessoalmente der causa em decorrência da prestação dos serviços contratados. Não trata o Edital, como entende a impugnante, da chamada responsabilidade indireta, ou seja, de eventual responsabilidade por atos de terceiros, força maior ou caso fortuito, mas, tão somente, de eventual “dano indireto”, que a empresa contratada pessoalmente venha a causar em razão dos serviços prestados.

Não procede pois, a alegação de violação aos dispositivos legais relativos à responsabilidade civil, ou de eventual desequilíbrio contratual que possa comprometer sua execução.

G) POSSIBILIDADE DE CESSÃO OU SUBCONTRATAÇÃO.



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

O instituto jurídico da “subcontratação” está previsto no artigo 72 da lei nº 8.666/93:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o **limite admitido**, em cada caso, pela Administração. (grifo nosso)

Assim, verifica-se, primeiramente, que a admissão de subcontratação, ou não, constitui decisão administrativa de cunho técnico e/ou administrativo, e não obrigação.

A Administração contratante define todos os contornos da avença, inclusive o de admitir a subcontratação, conforme suas necessidades, as características do mercado e a disponibilidade deste em relação ao objeto do certame.

Nesse diapasão, no Acórdão TCU nº 2002/2005 – Plenário, o Ministro Relator consignou em seu voto que a subcontratação deve ser adotada unicamente quando necessária para garantir a execução do contrato e desde que não atente contra os princípios constitucionais inerentes ao processo licitatório, e nem ofenda outros princípios relacionados às licitações, notadamente o da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, Lei nº 8.666/93). (Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU 4. ed. Brasília: TCU, 2010).

No caso em tela, tendo em vista a inter-relação de todos os serviços que envolvem a manutenção dos elevadores e a dificuldade de delimitar a responsabilização pelos serviços prestados, a Administração entendeu não ser adequada a subcontratação, razão pela qual não consta a possibilidade e os limites definidos no edital.

Diante da inexistência de omissão a ser suprida, julgo improcedente o pedido.



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

H) DA RESCISÃO CONTRATUAL SEM CULPA DA CONTRATADA.

O pugnante requer a inclusão no Edital da indenização devida no caso de rescisão contratual sem sua culpa.

O art. 78, incisos XIII a XVII da lei 8.666/93 traz as hipóteses de rescisão do contrato administrativo sem culpa do contratado:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65 desta Lei;

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Já o art 79, § 2º, dispõe:

§ 2o Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.

Verifica-se que tal matéria é tratada através dos dispositivos legais mencionados. Pelo princípio da indisponibilidade dos bens públicos, não poderia ser de outra forma.

O Administrador não pode, muito menos deve, incluir cláusulas indenizatórias disponibilizando valores que não são de sua propriedade.

Improcedente.

I) ESCRITÓRIO DE REPRESENTAÇÃO/ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA.

Opondo-se sobre as alegações relativas ao escritório de representação e ao atendimento de emergência, manifestou o solicitante:

“...ATENDIMENTO EMERGÊNCIA

Quanto ao questionamento do prazo para atendimento de emergência (Item X), trata-se de situação excepcional quando da ocorrência de eventos onde há pessoas retidas dentro das cabinas ou acidentes. Logo, situações que envolvem riscos à integridade dos usuários, quando o tempo de atendimento é crítico.

Cumprе esclarecer que o subitem 8.13.1 estabelece que para o Grupo 3 será



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

facultado a instalação do escritório no município de Anápolis-GO. Portando caso a licitante ganhe o grupo 3 terá que fazer juízo de conveniência em criar/manter escritório naquela localidade a fim de atender todos os requisitos da contratação.

Em relação ao item XIII, a licitante vencedora poderá instalar ou manter um escritório, sendo suficiente a indicação do endereço do escritório e de seus responsáveis, onde a contratante irá encaminhar notificações e outros tramites relativos à contratação.

Diante dos esclarecimentos prestados pelo gestor, considero infundadas as alegações feitas pela impugnante.

Sem razão.

J) RETENÇÃO DE VALORES.

Em relação a possibilidade de retenção de valores adotamos entendimento disposto no parecer da câmara permanente de licitações e contratos administrativos, departamento de consultoria da Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal nº 001-2016 revisado pela nota 003-2016 que seguirá anexo a esta decisão.

K) PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DA GARANTIA CONTRATUAL.

Quanto ao prazo para apresentação da garantia contratual, entendemos não ser adequado sua alteração, pois a garantia é uma cláusula necessária para a contratação, dada a complexidade, vulto e importância dos serviços a serem prestados e dos bens envolvidos, sendo pois, o cumprimento da determinação ali contida uma condição inafastável para a manutenção do ajuste. Assim, a dilatação do prazo como solicitado pela impugnante traria insegurança ao contrato e poderia acarretar prejuízos à Administração.

O edital exige a apresentação da garantia no ato da assinatura do contrato, porém, levando-se em conta que as instituições financeiras e empresas



PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

seguradoras apenas operacionalizam fianças bancárias e seguros-garantia, respectivamente, mediante a apresentação do contrato assinado que se pretende “caucionar”, existe a possibilidade de solicitação da concessão do prazo de 10 (dez) dias para a apresentação da garantia contratual.

Ressalta-se que o prazo previsto no edital encontra-se de acordo com as práticas de mercado, pois é utilizado em todos os nossos contratos que necessitam de garantia contratual e todas as empresas contratadas conseguem cumpri-lo.

Desse modo, considerando que foram respeitados todos os princípios e dispositivos legais relativos ao procedimento licitatório, não há a possibilidade de atender ao pleito apresentado.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, decido pelo conhecimento da impugnação e, no mérito, **nego provimento.**

Goiânia, 27 de setembro de 2018.

EDUARDO FREIRE GONÇALVES

Pregoeiro



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

PARECER Nº *001* 2016/CPLC/DEPCONS/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00840.000001/2016-38

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

EMENTA. Contrato administrativo. Ordem de preferência para pagamento de multa e prejuízos causados à Administração. Execução da garantia ou retenção dos créditos do contrato. Lei 8.666/93 e precedente doutrinário e jurisprudencial.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Dando continuidade ao projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal por intermédio da Portaria 359, de 27 de abril de 2012, que criou Grupo de Trabalho com objetivo de uniformizar questões jurídicas afetas a licitações e contratos, foi constituída a presente Câmara Permanente de Licitações e Contratos (CPLC), através da portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, cujo art. 2º estabelece como objetivos:

- I – identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;
- II – promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e
- III – submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Dentre os temas que merecem uniformização, foi destacada a questão relativa à relativa à ordem de preferência entre a retenção de créditos do contrato e a execução de garantia para o pagamento de multa e prejuízos causados à Administração.

3. O questionamento surgiu em consulta formulada pela Procuradoria Federal junto ao Instituto Federal – Sudeste/MG, em razão do entendimento fixado por aquela unidade através do Parecer n. 266/2015 – AGU/PF IF SUDESTE MG, no sentido de que seria possível a retenção dos valores devidos à contratada antes da execução da garantia para resguardar o pagamento da multa ou outros prejuízos eventualmente causados à Administração.

4. Esse é o quadro.

FUNDAMENTAÇÃO

5. Consta-se a relevância do tema e a necessidade de uniformidade nos entendimentos adotados pelas consultorias cujos integrantes pertencem aos quadros da Procuradoria-Geral Federal, na medida em que todas as áreas atuantes na esfera de licitações e contratos no âmbito das autarquias e fundações federais esbarram na mesma questão, em virtude das disposições contidas nos artigos 80, 86 e 87 da Lei 8.666/93 e artigo 36, parágrafo 6º da Instrução Normativa n. 2/2008 SLTI/MPOG.

6. Eis o teor dos dispositivos mencionados:

Lei 8.666/93

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 consequências, 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;

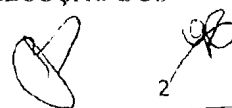
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração 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.

(...)

IN n. 2/2008 SLTI/MPOG

DO ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DOS
CONTRATOS



(...)

Art. 34-A. O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, **sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento.**

Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação.

(...)

Do Pagamento

Art. 36. O pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura pela contratada, que deverá conter o detalhamento dos serviços executados, conforme disposto no art. 73 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no art. 35 desta Instrução Normativa e os seguintes procedimentos: **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

(...)

§ 6º A retenção ou glosa no pagamento, sem prejuízo das sanções cabíveis, só deverá ocorrer quando o contratado: **(Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

I – não produzir os resultados, deixar de executar, ou não executar com a qualidade mínima exigida as atividades contratadas; ou **(Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

II – deixar de utilizar materiais e recursos humanos exigidos para a execução do serviço, ou utilizá-los com qualidade ou quantidade inferior à demandada. **(Incluído pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)**

7. Observa-se que, em relação às consequências da rescisão unilateral do contrato administrativo, previstas nos incisos do artigo 80, o legislador não foi expresso quanto à ordem de aplicação de cada ato, diferentemente do que fez em relação à sanção prevista no art. 86, decorrente do atraso injustificado na execução do contrato, assim como no tocante à multa compensatória prevista no inciso II do art. 87.

8. Em função desse silêncio do legislador, entende-se que é possível adotar o entendimento de que o ressarcimento dos eventuais prejuízos causados à Administração possa se dar primeiramente com a retenção dos créditos decorrentes do contrato (inciso IV), antes da execução da garantia contratual (inciso III).

9. Aliás, entendimento diverso poderia implicar em prejuízo ao erário de difícil reparação, dado que uma vez liquidados os pagamentos devidos à contratada pela execução dos serviços e, não sendo a garantia suficiente para cobrir os prejuízos causados, restaria à Administração recorrer a um lento processo judicial na tentativa de ressarcir os cofres públicos dos danos patrimoniais, uma vez que o contrato já estaria encerrado.

10. A premência de recompor os prejuízos patrimoniais da Administração, causados por um dano concreto e mensurável justifica a retenção dos créditos antes da execução da garantia, sobretudo ante a possibilidade de perda da sua validade antes da conclusão do procedimento para apuração dos valores devidos, por força do disposto no inciso XIX do art. 19 da IN n. 2/2008 SLTI/MPOG.¹

¹ A garantia deverá ter validade durante a execução do contrato e 3 (três) meses após o término da vigência contratual.

11. Além disso, no caso de ressarcimento por perdas e danos pretende-se recompor patrimonialmente à Administração de um dano certo e atual, diversamente do que ocorre com a aplicação da multa, a qual muitas vezes é devida pelo simples descumprimento do contrato, independentemente de ter ocorrido qualquer prejuízo.

12. Confira-se o entendimento defendido por Marçal Justen Filho, sobre o assunto:

O inc. IV prevê uma modalidade acautelatória de retenção de valores, visando à compensação entre os créditos da Administração (por perdas e danos) e os créditos do particular pela execução das correspondentes prestações. Na verdade, a retenção tem preferência sobre a excussão da garantia contratual. A Administração apenas recorrerá à garantia caso os créditos dos particulares sejam inferiores ao montante das perdas e danos. A “retenção” a que alude o inc. IV corresponde à apropriação dos valores devidos ao particular contratado, tendo em vista os créditos contra ele.

A lei autoriza a retenção dos créditos do particular na pendência da apuração do inadimplemento. Concretizada a rescisão administrativa, a apuração do montante das perdas e danos pode ser demorada. A própria necessidade de obediência ao princípio do contraditório acarreta uma maior delonga. Se o particular dispusesse de créditos ainda por receber, os prazos para pagamento deles se esgotariam muito antes de exaurido o procedimento administrativo de apuração das perdas e danos. A Administração teria o dever de liquidar os créditos pendentes do particular. Ficaria impossibilitada, salvo raras exceções, a compensação acima aludida. Seria um contrassenso, ademais, que a Administração liquidasse espontaneamente seus débitos e, posteriormente, ficasse sujeita ao risco de não encontrar bens suficientes em poder dele para satisfazer a indenização por perdas e danos.

Por isso, a rescisão do contrato por ato imputável ao particular acarreta a suspensão de sua faculdade de exigir o pagamento por créditos pendentes. Somente se tomará exigível o pagamento após liquidadas as perdas e danos e na medida em que os créditos do particular ultrapassem os seus débitos.

O evento do inadimplemento não afeta a determinação do valor do crédito do particular. Quanto às prestações corretamente executadas, deverão ser regularmente reajustadas até o momento do pagamento (mesmo se a compensação se concretizar).²

13. Sobre a legalidade da retenção dos pagamentos que seriam efetuados à contratada por subsunção a um dos incisos do art. 78 c/c art. 80 da Lei 8.666/93, confira-se alguns julgados dos Tribunais Regionais Federais:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RETENÇÃO DE PAGAMENTOS E DE GARANTIA CONTRATUAL. NÃO EMISSÃO DE TERMO DE ACEITE. APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE NA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS E NAS ORDENS DE SERVIÇO APRESENTADAS. POSSIBILIDADE. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA.

I – Appreciado o mérito da questão controvertida, tendo sido julgado improcedente o pedido inicial, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional e aplicação do § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, cuja incidência é restrita à hipótese de extinção do processo sem resolução de mérito.

II – A retenção temporária de pagamento por serviços realizados e de garantia contratual depositada em dinheiro, enquanto não concluídas as apurações na esfera administrativa acerca da inexecução parcial ou total do contrato e de superfaturamento das horas constantes de ordens de serviço

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1129-1130

apresentadas pelo contratado, longe de se caracterizar como sanção por inadimplemento contratual (art. 87 da Lei nº 8.666/93), se reveste de prudência e de legalidade na medida em que conduta em sentido contrário se consubstanciaria em lesão ao erário.

III – A necessidade de que se conclua na esfera administrativa processo em que se apuram irregularidades na execução de contrato e superfaturamento de ordens de serviço, antes de envolver discussão acerca da independência das instâncias administrativa e judicial, se justifica pela presunção de validade de que se revestem os atos administrativos, sendo assegurado ao interessado, ao final, questionar eventuais vícios formais ou materiais que se façam existentes.

IV – Questões relacionadas à conclusão do processo administrativo em prazo razoável e à eventual inobservância do devido processo legal devem ser objeto de demanda própria, sendo objeto do presente feito apenas a pretensão da autora de pagamento pelos serviços alegadamente prestados, liberação de garantia contratual depositada em dinheiro e emissão de termo de aceite em relação a ordem de serviço específica. É de se ressaltar, por outro lado, já tramitar na Seção Judiciária do Distrito Federal mandado de segurança impetrado antes do ajuizamento da presente demanda e no qual se objetiva a conclusão do processo administrativo em prazo razoável, sendo vedado a esta Corte, pois, se pronunciar sobre a matéria.

V – Recurso de apelação interposto pela autora a que se nega provimento. Processo Numeração Única: AC 0008313-13.2013.4.01.3400 / DF; APELAÇÃO CÍVEL Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN. Órgão: SEXTA TURMA. Publicação: 17/09/2014 e-DJF1 P. 420. Data Decisão: 01/09/2014.

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. RETENÇÃO DE PAGAMENTO EM FACE DA INEXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Trata-se de ação de cobrança relativa a faturas vencidas referentes a contrato de prestação de serviço de manutenção preventiva e corretiva de ar-condicionado, em face de inexecução contratual.

2. A não prestação dos serviços pela parte autora enseja a retenção do pagamento das faturas pela Administração, não havendo que se aplicar ao caso o disposto no art. 884 do Código Civil.

3. Comprovação do devido processo legal por meio de documentos colacionados aos autos que indicam a cobrança de cumprimento de cláusulas contratuais, sem, entretanto, constar justificativas da empresa pela não realização dos serviços.

4. Possibilidade de desconto/retenção no pagamento das faturas, após decisão final do TCU em processo de Tomada de Contas, em face de acordo firmado entre a Administração e a empresa contratada.

5. Apelação improvida. Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região. Classe: Apelação Cível - AC511159/AL. Número do Processo: 200980000029084. Código do Documento: 298591. Data do Julgamento: 12/06/2012. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Desembargador Federal Edilson Nobre

14. Considerando os argumentos ora expostos, conclui-se ser possível a retenção dos créditos da contratada, com precedência sobre a execução da garantia, para fins de ressarcimento da Administração Pública por perdas e danos, quando da rescisão contratual. Contudo, deverá ser instaurado o devido processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, além da duração razoável do processo.

15. Devidamente apurado o montante das perdas e danos, a Administração deverá efetuar a compensação dos seus créditos com os valores devidos à contratada, na forma do art. 368 do



Código Civil,³ aplicável aos contratos administrativos, por força do disposto no art. 54 da Lei 8.666/93, que dispõe:

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.

16. Cabe salientar 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 da licitação.

17. Aliás, é salutar que todos os contratos administrativos contenham cláusula que disponha acerca da retenção prioritária dos créditos da contratada para o caso de compensação por perdas e danos, sendo executada a garantia apenas quando o valor retido não for suficiente.

18. Por fim, conclui-se que a vedação contida no parágrafo 6º do art. 36 da IN n. 2/2008, não conflita com o entendimento aqui exposto, considerando que as hipóteses previstas nos incisos I e II acabam por envolver a maior parte das situações motivadoras da rescisão unilateral previstas no art. 78 da Lei 8.666/93.

19. Verifica-se, em verdade, que a disposição normativa supramencionada corrobora o entendimento aqui colacionado, na medida em que autoriza a retenção quando o contratado incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento, hipóteses que poderão ensejar a rescisão unilateral do contrato.

20. Cumpre esclarecer que a regra foi introduzida pela IN n. 3/2009, editada num contexto em que parte da Administração retinha os pagamentos por serviços prestados em virtude de irregularidades fiscais, o que configurava enriquecimento ilícito. Daí a razão da vedação contida no parágrafo 6º do art. 36.

21. **No tocante à ordem de preferência estabelecida no art. 86 da Lei 8.666/93 com fins ao pagamento de multa**, entende-se que a inversão não será possível. É que nesse caso, o legislador foi expresso quanto à necessidade de execução da garantia com precedência na retenção dos créditos decorrentes do contrato. Veja-se:

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.**

³ Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

22. Observa-se claramente que o legislador estabeleceu que o desconto nos pagamentos devidos pela Administração somente ocorrerá se o valor da multa for superior à garantia. A mesma condicionante foi prevista no §1º do art. 87:

§ 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.

23. É tão clara a intenção da lei que, no art. 80, não foi prevista a possibilidade de retenção de crédito para o pagamento de multa, mas tão somente a execução da garantia.

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, 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.

24. Apesar de entendimento da doutrina em sentido contrário, baseado na impossibilidade de execução direta da garantia, salvo no caso de ter sido prestada em moeda corrente⁴, o cotejo minucioso da norma demonstra a inviabilidade da inversão. Registre-se que a retenção prevista no inciso IV, conforme dito alhures, justifica-se pelo grande risco de a Administração não ser ressarcida dos danos causados, tendo em vista que se trata de contrato findo e garantia válida por apenas três meses após a rescisão.

25. No caso da multa prevista nos arts. 86 e 87, a inversão da ordem com a retenção dos pagamentos poderia acarretar prejuízo na própria execução do contrato em curso, uma vez que os valores das faturas mensais, via de regra, são utilizados para custeio das despesas decorrentes da prestação dos serviços contratados.

26. Contudo, considera-se que não só a insuficiência do valor da garantia, mas também a impossibilidade de execução direta autoriza a retenção dos créditos em favor da contratada.

27. Com efeito, se o objetivo da garantia é cercar a Administração das cautelas para evitar prejuízos ao patrimônio público, não seria razoável impedir a retenção dos créditos quando a garantia prestada não atender aos fins a que se destina.

⁴ JUSTE FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.1137. "O valor da multa será compensado com os créditos que o particular tiver a receber. Se insuficientes esses créditos, a Administração poderá recorrer à garantia e promover a cobrança judicial, nos termos aludidos no comentário ao art. 80, III. A lei determina que, primeiramente, a multa seja descontada do valor da garantia. Usualmente, a regra será inaplicável, tal como exposto a propósito do art. 80, III e IV. Havendo garantia real, a Administração não pode apropriar-se do bem ou executar a garantia extrajudicialmente. Apenas no caso de garantia em moeda corrente é que a solução seria diversa. A solução prevista somente se coaduna com essa hipótese. Quando se tratar de outra modalidade de garantia, será inviável dar cumprimento textual ao dispositivo enfocado. Seria impossível aludir a "perda da garantia" quando tivesse sido prestada caução real ou fiança bancária. Mesmo quando a caução envolvesse títulos da dívida pública da União, a garantia teria de ser executada através de processo judicial.

28. Nesse caso, muito embora não seja obrigatório, é recomendável que conste nos editais e nos contratos, cláusula prevendo que, caso haja aplicação de multa, o valor será descontado da garantia prestada e, caso não haja êxito nessa operação, por qualquer razão, ou se a multa for superior ao valor da garantia, será possível o desconto direto dos valores devidos de qualquer fatura ou crédito existente em favor da contratada⁵.

29. Cumpre salientar que todo o procedimento para a aplicação de multa e execução da garantia deverá ser devidamente observado e documentado. Somente com o insucesso da execução da garantia é que se poderá reter valores devidos à contratada, na forma prevista no parágrafo 3º do art. 86 e §1º do art. 87.

30. Noutro giro, como a consulta formulada diz respeito aos casos em que será possível ou não a retenção de pagamentos devidos à contratada, cumpre **avançar um pouco além da indagação inicial**, para mencionar o que vem entendendo o Tribunal de Contas da União - TCU e os Tribunais Superiores para os casos de **retenção de pagamentos frente à superveniente irregularidade fiscal** da contratada e retenção parcial de valores devidos à prestadora de serviços continuados com dedicação de mão de obra, face o **descumprimento de obrigações trabalhistas**.

31. No primeiro caso, pertinente à constatação da irregularidade fiscal, filiando-se ao entendimento firmado pelo TCU e pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ sobre o tema, entende-se pela impossibilidade de retenção do pagamento pelos serviços comprovadamente prestados, sob pena de caracterizar enriquecimento ilícito da Administração. Confira-se:

ACÓRDÃO 0964/2012 ATA 14 - PLENÁRIO

Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES - CONSULTA. EXECUÇÃO CONTRATUAL. PAGAMENTO A FORNECEDORES EM DÉBITO COM O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL QUE CONSTEM DO SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES. CONHECIMENTO. RESPOSTA À CONSULTA.

1. Nos contratos de execução continuada ou parcelada, a Administração deve exigir a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal, segundo o qual "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".

2. Nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, deve constar cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento dessa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93).

3. Verificada a irregular situação fiscal da contratada, incluindo a seguridade social, é vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. 25/04/2012.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ART. 41, § 2º, DA LEI 8.666/93. FUNDAMENTO DO ARESTO REGIONAL QUE REMANESCEU ÍNTEGRO. SÚMULA 283/STF. INCIDÊNCIA. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL DURANTE O PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

⁵ A ausência de previsão expressa no edital e/ou no instrumento contratual não obsta que se tome a providência recomendada neste parágrafo.

RETENÇÃO DE PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS. DESCABIMENTO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 83/STJ.

1. O Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. O recurso especial não impugnou o fundamento basilar que ampara o acórdão recorrido. Inafastável, pois, o óbice da Súmula 283/STF.

3. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, não obstante o poder conferido à Administração de exigir a comprovação de regularidade fiscal durante toda a vigência do contrato, não pode proceder à retenção do pagamento pelos serviços comprovadamente prestados, sob pena de caracterizar enriquecimento ilícito. Incidência, na hipótese, da Súmula 83/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. AgRg no AREsp 561262 / ES AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0199765-0. Ministro SÉRGIO KUKINA (1155). T1 - PRIMEIRA TURMA. 20/08/2015. DJe 31/08/2015.

32. Sobre o segundo ponto - **retenção em virtude do descumprimento de obrigações trabalhistas** -, em decorrência do julgamento da ADC nº 16/DF (publicação 09.09.2011), embora se tenha reconhecido a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93⁶, restou assentada a tese da responsabilidade subsidiária da Administração quando demonstrado que ela agiu com culpa *in elegendo* e/ou culpa *in vigilando*. Esta última, em especial, se fosse omissa na fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas pelo contratado.

33. Dentre os poderes-deveres conferidos à Administração nos contratos administrativos, destaca-se o de fiscalizar sua execução (art. 58, III, c/c art. 67 da Lei nº 8.666/93), o que garante a utilização de medidas acautelatórias como a retenção, da qual deve o ente público lançar mão para garantir que as cláusulas contratuais sejam rigorosamente observadas, em especial no tocante ao adimplemento das obrigações trabalhistas.

34. Assim, ao tempo em que se confere à Administração Pública a competência para fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas (dever de vigiar), autoriza-se que ela se cerque das cautelas necessárias para garantir a sua realização (aqui inclusa a retenção e o pagamento direto) e, em consequência, afastar a responsabilidade subsidiária escorada no Enunciado nº 331 da Súmula do eg. TST.

35. Percebe-se, desse modo, que o direito de retenção e do subsequente pagamento direto encontra fundamento na teoria dos “poderes implícitos”, princípio basilar de hermenêutica constitucional, segundo a qual a outorga de competência a um determinado ente importa no deferimento implícito, a esse mesmo ente, dos meios necessários à sua consecução.

⁶ “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (...)”

36. Consta-se, ademais, que a retenção não constitui sanção, mas sim uma medida acautelatória imposta com a finalidade de salvaguardar o erário de futuro prejuízo (responsabilidade subsidiária).

37. No mesmo sentido, vem entendendo o TCU e o STJ, confira-se:

ACÓRDÃO 3301/2015 ATA 51 - PLENÁRIO

Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES - REPRESENTAÇÃO. CEAGESP. PREGÃO PRESENCIAL. COLETA SELETIVA, TRANSPORTE E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS. CONCESSÃO DE CAUTELAR. OITIVA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA.

1. É legal retenção parcial de valores devidos à prestadora de serviços continuados com dedicação de mão de obra, para fazer frente ao descumprimento de obrigações trabalhistas.

2. A possibilidade de retenção parcial tem como fundamento os "poderes implícitos", princípio basilar de hermenêutica constitucional, segundo o qual a outorga de competência a determinado ente estatal importa no deferimento implícito, a esse mesmo ente, dos meios necessários à sua consecução.

3. Retenção parcial não constitui sanção, mas medida preventiva e acautelatória, destinada a evitar que a inadimplência da contratada com suas obrigações trabalhistas cause prejuízo ao erário.

4. Somente é possível retenção de valores devidos à contratada, por descumprimento de obrigação contratual acessória, nos casos em que o ente estatal possa ser responsabilizado por essas obrigações, que não é o caso do descumprimento de obrigações comerciais e fiscais stricto sensu, nem da inadimplência de obrigações trabalhistas relativas a empregados não dedicados exclusivamente ao contrato.

5. Retenção integral dos pagamentos à contratada só é admissível nas hipóteses de inadimplemento de obrigações trabalhistas com valores superiores aos devidos pela Administração e de desconhecimento do montante inadimplido.

6. À exceção da hipótese de inadimplemento em valores superiores aos devidos à Administração, retenção integral não pode dar-se por prazo indeterminado, para não caracterizar enriquecimento ilícito da Administração. Como regra, deve ser mantida por prazo suficiente para quantificação das obrigações não adimplidas, após o que deverá ser convertida em retenção parcial.

7. É lícita a previsão contratual de provisionamento, em conta vinculada, de valores relativos a férias, décimo terceiro e multa sobre o FGTS, prevista no art. 19-A, I, da IN/SLTI/MP 6/2013, haja vista tratar-se de procedimento de pagamento de valores devidos, e como tal, livremente pactuável pelas partes.

8. Não é ilícita a previsão contratual de retenção parcial de faturas em montantes correspondentes aos valores reclamados judicialmente pelos empregados da prestadora de serviços, haja vista que tais valores não apresentam, necessariamente, correspondência com os efetivamente devidos pela empresa. 09/12/2015.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ESTADO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 71, §1º, DA LEI N. 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. RETENÇÃO DE VERBAS DEVIDAS PELO PARTICULAR. LEGITIMIDADE.

1. O STF, ao concluir, por maioria, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ADC 16/DF, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade.

2. Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa in vigilando (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do

enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente.

3. Recurso especial provido. REsp 1241862 / RS RECURSO ESPECIAL 2011/0052780-0. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141). T2 - SEGUNDA TURMA. 28/06/2011. DJe 03/08/2011.

38. A partir dos julgados acima transcritos, percebe-se a cristalina aceitação da Teoria dos Poderes Implícitos.

39. Além de resguardar o erário, vale consignar que **a principal função da retenção e do pagamento direto é tutelar a integridade dos empregados das empresas prestadoras de serviços à Administração**. Destarte, além do cânone dos “poderes implícitos”, a retenção e pagamento direto, conforme destacado no Parecer nº 73/2013/DECOR/CGU/AGU (doc. anexo), que acolheu a tese defendida no Parecer nº 0697/2011/RMM/CJU-SP/CGU/AGU, possuem **alicerce constitucional** no inciso III do art. 1º, atinente à proteção da dignidade da pessoa humana; nos objetivos fundamentais da nossa República, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da marginalização e promoção do bem de todos (art. 3º, I, III e IV); nos direitos sociais à saúde, alimentação, trabalho, moradia e lazer (art. 6º, *caput*); e no art. 5º, LXXVIII, que garante a todos a razoável duração do processo.

40. Já no **plano infraconstitucional**, o pagamento direto, conforme igualmente assentado no supracitado parecer, encontra amparo no **art. 45 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**⁷, que autoriza a Administração, em caso de risco eminente, e desde que motivadamente, a adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

41. Somando-se ao amparo nos dispositivos constitucionais destacados, no princípio dos poderes implícitos e no texto legal (art. 45 da Lei nº 9.784/99), a IN nº 06, de 23 de dezembro de 2013, promoveu a alteração do art. 19-A, V, da IN nº 02/2008, para recomendar a inclusão expressa da medida no contrato, consoante se vê:

Art. 19-A. O edital **deverá** conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra: **(Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

(...)

V - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, **autorizar a Administração contratante a fazer o desconto nas faturas e realizar os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos trabalhadores**, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos; **(Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)**

42. Note-se que a retenção da garantia e dos valores das faturas também foi introduzida na IN nº 02/2008, pela IN nº 6/2013, por meio da inclusão do parágrafo único ao art. 35, *verbis*:

Art. 35. Quando da rescisão contratual, o fiscal deve verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou a comprovação de que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

⁷ Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Parágrafo único. Até que a contratada comprove o disposto no caput, o órgão ou entidade contratante **deverá reter a garantia prestada e os valores das faturas correspondentes a 1 (um) mês de serviços**, podendo utilizá-los para o pagamento direto aos trabalhadores no caso de a empresa não efetuar os pagamentos em até 2 (dois) meses do encerramento da vigência contratual, conforme previsto no instrumento convocatório e nos incisos IV e V do art. 19-A desta Instrução Normativa. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013)

[Destacou-se]

43. Não obstante os apontamentos retro, **questão controvertida diz respeito à possibilidade ou não da Administração realizar a retenção e fazer o pagamento direto, em razão do descumprimento de obrigações trabalhistas, quando em curso a vigência contratual, sem que o edital ou o contrato tenha contemplado expressamente a autorização recomendada pelo inciso IV do art. 19-A.**

44. Com efeito, no **Parecer nº 73/2013/DECOR/CGU/AGU**, muito embora se tenha destacado os fundamentos constitucionais e legais que autorizariam a Administração a realizar o pagamento direto sem a participação do Judiciário (vide item 40 e 41, supra), **concluiu-se**, com base no princípio da segurança jurídica, pelo ajuizamento de ação perante a justiça do trabalho, preferencialmente, e, apenas em casos excepcionais, naqueles em que houver risco para a integridade dos trabalhadores terceirizados, que se dispensasse a participação do Poder Judiciário. Veja-se:

d) perfilhando a tese advogada pelo colega Advogado da União "ADRIANO DUTRA CARRIJO", a imprevisão do pagamento direto em edital e contrato não obsta a sua utilização pela Administração Pública Federal, que poderá dele se valer, preferencialmente, através do ajuizamento de ação perante a justiça do Trabalho (pagamento em juízo), ou mesmo sem a participação do Poder judiciário em casos excepcionais, nos quais houver risco para a integridade dos trabalhadores terceirizados (v.g. **inadimplência reiterada**, desaparecimento dos titulares da empresa interposta etc.);

45. Conforme explicado pormenorizadamente no corpo do referido parecer, a tese sustentada pelo Advogado da União Adriano Dutra Carrijo para adotar, como regra, o pagamento judicial, se fundou no princípio da segurança jurídica. No entanto, em casos excepcionais, ponderando o indigitado princípio com o da razoável duração do processo, admitir-se-ia o pagamento direto. Por pertinência, transcreve-se abaixo trecho do parecer:

63. Outrossim, a falta de amparo contratual torna recomendável, aos olhos do insigne colega, que o ente público contratante solicite ao órgão de contencioso da AGU a propositura de ação judicial com vistas ao pagamento direto, haja vista a maior segurança jurídica proporcionada.

64. Sem embargo, advoga logo em seguida que; em situações concretas muito extremas, excepcionalíssimas, nas quais somente o pagamento direto pela via administrativa pode elidir um dano grave e iminente aos trabalhadores terceirizados, é possível excluir a via judicial mesmo frente à imprevisão contratual da medida em foco. Compreende que em tais situações poderia haver um grande desequilíbrio entre os princípios da duração razoável do processo e o da segurança jurídica:

48. Então, nessa situação extrema, a Administração teria motivação para privilegiar o primeiro (menor prazo), em maior proporção que o segundo (segurança jurídica), porque o primeiro está ligado a vários objetivos e direitos fundamentais previstos na Constituição (solidariedade, vida, saúde, alimentação), enquanto o segundo relaciona-se a um aspecto de um direito fundamental (a estabilidade ou a segurança das relações interpessoais).

49. E não se está falando em escolha de um princípio, com o afastamento completo de outro, mas sim em uma ponderação entre eles, mesmo porque não há uma antinomia própria. A consecução do processo em um prazo razoável deve ser buscada de forma eficiente e também capaz de gerar segurança jurídica, senão de nada valeria.

50. No caso, a segurança não é completamente afastada quando se efetua o pagamento direto sem a intermediação do Poder Judiciário, mesmo sem a previsão contratual, mas sim diminuída. Privilegia-se um princípio, sem excluir o outro, que encontra amparo nos fundamentos, objetivos e direitos fundamentais previstos na constituição, somados à previsão normativa do artigo 45 da Lei de Processo Administrativo e à previsão do art. 19-A, da IN 02, de 2008, da SLTI/MPOG, aplicada, neste caso, analogicamente.

46. **No entanto, a despeito da conclusão, os fundamentos constitucionais e legais evidenciados no corpo do parecer do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR, somados à aplicação da teoria dos poderes implícitos, constituem embasamento jurídico suficiente para autorizar a retenção e o pagamento direto no caso de inadimplemento de obrigações trabalhistas. Assim, a previsão contratual expressa deve ser compreendida como reforço e não condicionante do agir administrativo ora tratado.**

47. Por outro lado, no tocante à necessidade ou não da participação do Poder Judiciário para a realização do pagamento direto, entende-se que não é uma via obrigatória, mas sim facultativa. Assim, caso a Administração tenha todas as informações necessárias para realizar o referido pagamento, é possível que o faça diretamente, ainda que diante do inadimplemento de apenas um mês de salário.

48. Ora, tratando-se do inadimplemento de verbas de trabalhadores terceirizados, deve-se partir da premissa de que o não pagamento de apenas uma remuneração já põe em risco sua integridade física e psicológica, atingindo todos os direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal adunados no **Parecer nº 73/2013/DECOR/CGU/AGU** podendo vir a causar graves danos à vida pessoal do empregado e de sua família, sem falar do prejuízo certo na qualidade e/ou quantidade do serviço prestado à própria Administração contratante. Fora o efetivo prejuízo econômico decorrente das multas e juros moratórios das obrigações não adimplidas pelo trabalhador, que consumirão boa parte do seu próximo salário, senão todo.

49. Assim, diante dos potenciais danos de ordem psíquica, física e econômica que o não pagamento de obrigações trabalhistas, ainda que não reiterado, pode causar aos trabalhadores terceirizados e, ainda, com base no amplo arcabouço constitucional e legal que respalda o agir administrativo, entende-se que a Administração poderá reter e realizar o pagamento direto das obrigações trabalhistas sem a necessidade de se socorrer do Judiciário, ainda que não haja previsão contratual.

CONCLUSÃO:

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

- a) No caso de ressarcimento de prejuízos causados à Administração, apurados quando da rescisão contratual (art. 80, inciso IV), é possível ser feita a retenção dos créditos decorrentes do contrato, como medida acautelatória, para fins de compensação após regular processo administrativo para definição do *quantum debeatur*, em que seja assegurada a ampla defesa, o contraditório e a razoável duração do processo. Nesse caso, em sendo

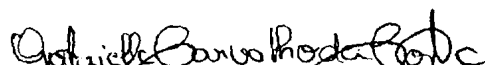
insuficiente o valor dos créditos retidos, deverá ser executada a garantia no valor remanescente do débito;

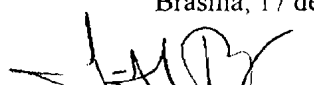
- b) Quando se tratar de pagamento de multa, não se permite a infringência da ordem de preferência estabelecida nos parágrafos 2º e 3º do art. 86 e parágrafo 1º do art. 87, devendo ser primeiro executada a garantia e, caso não haja êxito nessa operação, por qualquer razão, ou se a multa for superior ao valor da garantia, será possível a retenção, com o desconto dos valores devidos de qualquer fatura ou crédito existente em favor da contratada;
- c) A Administração não poderá reter pagamentos por serviços regularmente prestados em razão da constatação de irregularidade fiscal da empresa contratada; e
- d) É legal a retenção parcial ou total de valores devidos à prestadora de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, para fazer frente ao descumprimento de obrigações trabalhistas, ainda que não reiterado, podendo a Administração efetuar o pagamento direto aos trabalhadores, mesmo nos casos em que não houver previsão contratual.

51. Por derradeiro, como a questão objeto do item “d” já foi discutida no **Parecer nº 73/2013/DECOR/CGU/AGU**, opina-se pelo encaminhamento deste Parecer ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos – DECOR.

52. É o parecer que se propõe a apreciação.

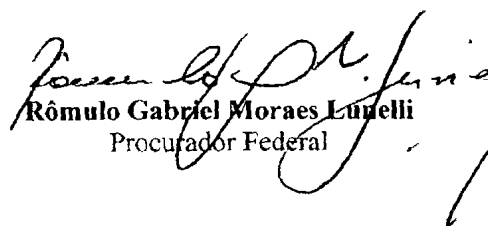
Brasília, 17 de março de 2016.

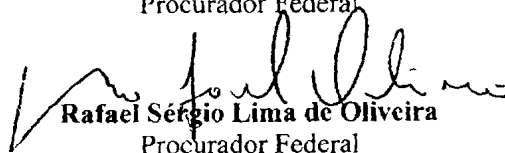

Gabriella Carvalho da Costa
Procuradora Federal


Ingrid Pequeno Sá Girão
Procuradora Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013).

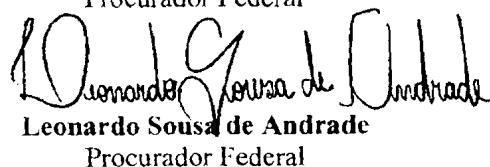
Alessandro Quintanilha Machado
Procurador Federal

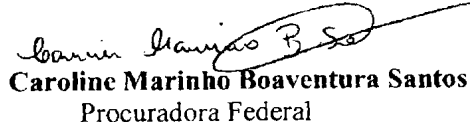

Rômulo Gabriel Moraes Lunelli
Procurador Federal


Rafael Sérgio Lima de Oliveira
Procurador Federal

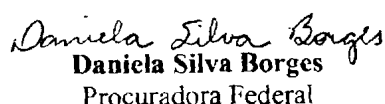
Diego da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão
Procurador Federal


Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal


Leonardo Sousa de Andrade
Procurador Federal


Caroline Marinho Boaventura Santos
Procuradora Federal

Renata Cedraz Ramos Felzemburg
Procuradora Federal


Daniela Silva Borges
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 23 de maio de 2016.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a PARECER Nº 001 /2016/CPLC/DEPCONS/PGE/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 23 de maio de 2016.

RENATO RODRIGUES VIEIRA
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N 100/2016

I - No caso de ressarcimento de prejuízos causados à Administração, apurados quando da rescisão contratual (art. 80, inciso IV), é possível ser feita a retenção dos créditos decorrentes do contrato, como medida acautelatória, para fins de compensação após regular processo administrativo para definição do *quantum debeatur*, em que seja assegurada a ampla defesa, o contraditório e a razoável duração do processo. Nesse caso, em sendo insuficiente o valor dos créditos retidos, deverá ser executada a garantia no valor remanescente do débito;

II - 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 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;

III - A Administração não poderá reter pagamentos por serviços regularmente prestados em razão da constatação de irregularidade fiscal da empresa contratada; e

IV - É legal a retenção parcial de valores devidos à prestadora de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, para fazer frente ao descumprimento de obrigações trabalhistas, ainda que não reiterado, podendo a Administração efetuar o pagamento direto aos trabalhadores, mesmo nos casos em que não houver previsão contratual.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA
CÂMARA PERMANENTE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

NOTA Nº 03 /2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00840.000001/2016-38

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Pedido de revisão do Parecer nº 001/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. Cuida-se de pedido de revisão do entendimento veiculado pela Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos – CPLC no Parecer nº 001/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU.

2. Em síntese, por meio da Nota nº 00028/2016/DEPCONSU/PGF/AGU, destacou-se a necessidade de ser revisitado um dos pontos abordados na supramencionada manifestação, notadamente: a possibilidade jurídica ou não de se efetivar a retenção dos créditos decorrentes do contrato rescindido unilateralmente pela Administração, antes da execução da garantia contratual, para assegurar o pagamento de multas contratuais.

3. Do exame da referida Nota, verificou-se a necessidade de se acrescentar às conclusões do Parecer nº 001/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU esclarecimento específico sobre a situação levantada com base nos fundamentos que se passa a expor.

4. Com efeito, o Parecer em apreço ateve-se a explorar duas situações isoladas: ordem de preferência estabelecida pela Lei nº 8.666/93 para adimplemento das multas contratuais (arts. 86 e 87) e inexistência de ordem preestabelecida para fins de ressarcimento de eventuais prejuízos na hipótese de rescisão unilateral do contrato (art. 80).

5. No intuito de fundamentar a possibilidade de retenção direta dos créditos para ressarcimento ao erário quando da rescisão unilateral, além da inexistência de comando legal expresso estabelecendo uma ordem de preferência, justificou-se a medida acautelatória nos seguintes argumentos: a) seria uma forma de impedir prejuízo de difícil reparação, caso a garantia não fosse suficiente para cobrir os prejuízos; b) risco da perda da validade da garantia contratual antes da

conclusão do procedimento administrativo para apuração dos valores; e c) previsão expressa no inciso IV do art. 80 autorizando a retenção como medida acautelatória.

6. De modo diverso, tratando-se de aplicação de multa contratual, entendeu-se que os arts. 86 e 87 previam expressamente uma ordem que precisaria ser observada. Assim, primeiramente, se deveria descontar a multa da garantia contratual e, apenas se seu valor superasse o da garantia, poder-se-ia descontar a diferença dos pagamentos eventualmente devidos à contratada. Em reforço ao entendimento extraído da literalidade da norma, entendeu-se pela inexistência, nessas situações, dos riscos observados quando a Administração estava diante de uma rescisão contratual (perda da validade da garantia, insuficiência de seu valor e prejuízo de difícil reparação). Destacou-se, ainda, que a inversão da aludida ordem poderia acarretar prejuízo na própria execução do contrato em curso, na medida em que os valores das faturas, como regra, eram utilizados para cobrir as despesas decorrentes da prestação dos serviços contratados (item 26).

7. Conforme evidenciado na Nota nº 00028/2016/DEPCONSU/PGF/AGU, existirão situações em que o contrato será rescindido e que a Administração terá créditos a receber decorrentes de multas já aplicadas ou ainda no curso de regular processo administrativo para sua aplicação. Nessas ocasiões, constata-se que o fim do contrato ou a sua proximidade atrai para a Administração o perigo de liquidar todos os seus débitos e, posteriormente, correr o risco de não conseguir executar a garantia contratual (insuficiência ou perda da validade) e, conseqüentemente, ficar sujeita a não satisfazer os créditos decorrentes das multas.

8. No contexto, vale rememorar que o § 3º do art. 86 e o § 1º art. 87, ambos da Lei nº 8.666/1993, embora estabeleçam a preferência da execução da garantia para pagamento de multas, preveem que a Administração Pública poderá lançar mão do desconto dos pagamentos eventualmente devidos, *verbis*:

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.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (grifo nosso)

9. Na situação ora discutida, a do fim do contrato administrativo, impedir a retenção para obrigar a Administração a excutir ou tentar excutir a garantia contratual, seguindo a ordem de preferência prevista nos parágrafos dos art's. 86 e 87 da Lei nº 8.666/1993, poderá acarretar esvaziamento do direito de desconto que o Legislador a ela conferiu, já que não existirão mais faturas a serem pagas.

10. Percebe-se, assim, que a interpretação que melhor preserva a utilidade das medidas legalmente estipuladas em favor da Administração (§ 3º do art. 86 e § 1º art. 87, ambos da Lei nº 8.666/1993) é a que lhe permite efetuar a retenção, para posterior desconto, caso a Administração não obtenha sucesso na execução da garantia ofertada.

11. Por derradeiro, outra situação peculiar, que autorizaria a Administração a realizar diretamente a retenção e compensação dos valores das multas nas faturas abertas, seria aquela em que o próprio contratado externa esta vontade para a Administração, de não executar a garantia ofertada, e a autoriza a realizar o desconto direto na fatura.

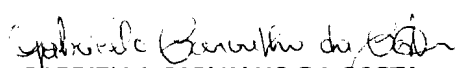
12. A partir do então exposto, é forçoso concluir, a fim de conferir plena efetividade aos comandos insertos nos parágrafos dos art's. 86 e 87 da Lei nº 8.666/1993, que a rescisão do contrato ou a proximidade de seu termo final autoriza a Administração a realizar a retenção de valores, para futura satisfação das multas aplicadas, caso não se obtenha êxito na execução da garantia contratual.

13. Recomenda-se, então, que, no caso de rescisão contratual ou de proximidade do termo final do contrato, paralelamente à execução da garantia ofertada, os valores das multas aplicadas ou em fase de aplicação sejam retidos da fatura a ser paga até que se obtenha o resultado da execução da garantia. Caso

não se obtenha sucesso na execução da garantia ou ela seja insuficiente, os valores correspondentes às multas deverão ser descontados da fatura.

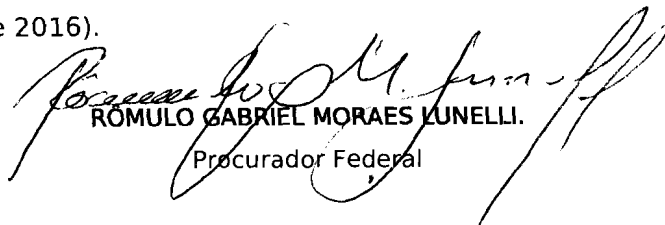
14. À consideração superior com sugestão, se assim concordar, de que sejam incorporadas as conclusões aqui alcançadas ao Parecer nº 001/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU.

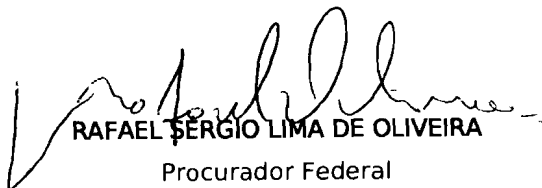

INGRID PEQUENO SÁ GIRÃO
Procuradora Federal

Brasília, 1 de setembro de 2016.

GABRIELLA CARVALHO DA COSTA
Procuradora Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria nº 338/PGF/AGU, de 12 de maio de 2016).

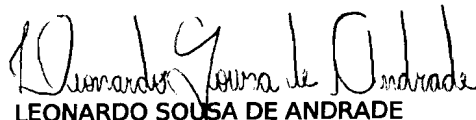
ALESSANDRO QUINTANILHA MACHADO
Procurador Federal

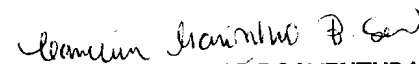

ROMULO GABRIEL MORAES LUNELLI
Procurador Federal


RAFAEL SÉRGIO LIMA DE OLIVEIRA
Procurador Federal

DIEGO DA FONSECA HERMES O. DE GUSMÃO
Procurador Federal


DANIELA SILVA BORGES
Procurador Federal

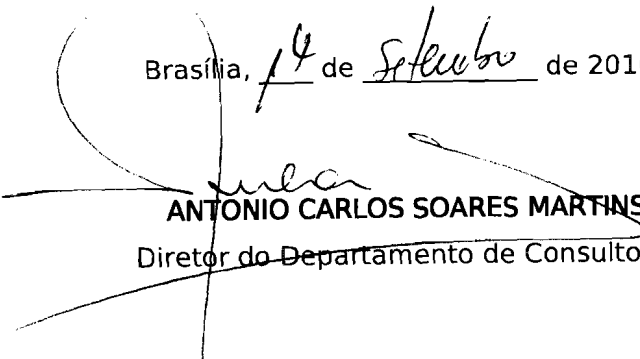

LEONARDO SOUSA DE ANDRADE
Procurador Federal


CAROLINE MARINHO BOAVENTURA SANTOS
Procuradora Federal

RENATA CEDRAZ RAMOS FELZEMBURG
Procuradora Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 14 de Setembro de 2016.

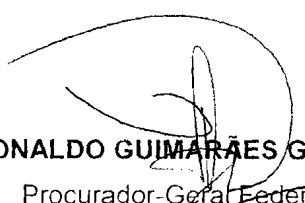

ANTÔNIO CARLOS SOARES MARTINS
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO a **NOTA Nº 03 /2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU**, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 28 de 09 de 2016


RONALDO GUIMARÃES GALLO
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 19/2016

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.

II - A Administração também poderá realizar diretamente a retenção e compensação dos valores das multas nas faturas em aberto, em vez de tentar primeiramente excutir 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.