



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS
COORDENAÇÃO-GERAL DE ORIENTAÇÃO

PARECER Nº *111* /2012/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO Nº 00402.000564/2011-81

INTERESSADO: Consultoria Jurídica da União no Estado de Pernambuco – CJU/PE.

ASSUNTO: Retenção ou glosa no pagamento versadas no a rt. 36, § 6º, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP.

ADMINISTRATIVO. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. RETENÇÃO OU GLOSA NO PAGAMENTO. ART. 36, § 6º, DA IN Nº 02/2008, DA SLTI/MP. LEGALIDADE. INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO TAMBÉM NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS CELEBRADOS PELA UNIÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE SANÇÃO DISFARÇADA. JURISPRUDÊNCIA. NECESSIDADE DE SE ESTABELECEM CRITÉRIOS CLAROS E OBJETIVOS PARA AFERIR O DESCUMPRIMENTO. ON AGU Nº 09/2009.

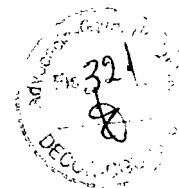
I – É legal o art. 36, § 6º, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP, vez que a retenção ou glosa no pagamento nele versadas constituem aplicação da exceção do contrato não cumprido também aos contratos de prestação de serviços contínuos pactuados pela União. Art. 476, CC, arts. 66, 69 e 76, da Lei nº 8.666/1993 e arts. 62 e 63, da Lei nº 4.320/1964;

II – Medidas que não representam uma sanção disfarçada, dada a natureza distinta e o disposto no art. 36, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP, que as estrema;

III – Retenção ou glosa no pagamento vedadas pela jurisprudência quando em face contratada que, embora apresentando irregularidade fiscal ou não mantendo as condições de habilitação, presta ou serviço ou entrega o bem em conformidade com o ajustado em contrato;

IV – Necessidade de se estabelecer critérios claros e objetivos para a aferição do descumprimento das obrigações contratuais, de modo a assegurar a proporcionalidade entre ele e a retenção ou glosa no pagamento;

V – Proposta de revisão da ON AGU nº 9/2009 ou edição de outra que ponha fora de dúvida que o pagamento pelos serviços já prestados não fica condicionado à regularidade fiscal da contratada.



Senhora Coordenadora-Geral de Orientação,

- I -

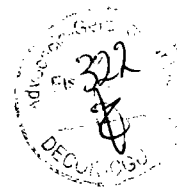
1. Trata-se do MEMORANDO nº 024/CJU-PE/CGU/AGU, de 14 de abril de 2011 (fl. 01), por intermédio do qual o ilustre Coordenador-Geral da Consultoria Jurídica da União no Estado de Pernambuco – CJU/PE, Luciano Cavalcanti Batista, encaminha a este Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos – DECOR/CGU cópia do PARECER CJU/PE/CGU/AGU Nº 359-2011 (fls. 02/06), da lavra do Advogado da União Ronny Charles Lopes de Torres e aprovado pelo DESPACHO DO COORDENADOR DO CJU/PE/CGU/AGU Nº 394/2011 (fl. 07), para que se tome conhecimento da proposta de manifestação nele contida.

2. Sugeriu o nobre parecerista que este Departamento, com base em suas atribuições regimentais, exare opinativo acerca *“dos dispositivos editalícios comumente identificados nos editais federais, que, escorados no § 6º do artigo 36 da IN 02/2008, vem estabelecendo cláusulas de retenção de pagamento ou glosa para os contratos de prestação de serviços”*, haja vista que eles têm encontrado guarida em órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União – AGU.

3. Alegou, ainda, que esses mesmos dispositivos vêm sendo utilizados amiúde como um modo disfarçado de se infligir sanção de multa nas situações em que não se revela possível aferir objetivamente se a prestação contratual foi cumprida, sem que nelas se oportunize à contratada os indispensáveis contraditório e ampla defesa.

4. Por fim, sublinhou que essa conduta pode acarretar o ajuizamento de demandas e, portanto, eventuais prejuízos à União, na medida em que o eg. Superior Tribunal de Justiça – STJ sufraga o entendimento de que, dada a sua ausência no rol do art. 87, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, não é lícita a retenção do pagamento pelos serviços prestados, sob pena de se malferir o princípio constitucional da legalidade. Daí ter reputado imperiosa na espécie a realização de trabalho jurídico consultivo voltado para a uniformização de teses e a prevenção de possíveis litígios.

5. Distribuídos os autos a mim, defendi liminarmente que se seguisse o costume adotado neste DECOR/CGU nos casos de pedido de uniformização, a saber, a de solicitar aos demais órgãos consultivos da AGU que elaborem ou remetam cópia de opinativo que aborde a questão, *“buscando, assim, não apenas obter subsídios para a futura manifestação deste Departamento, mas também que tais órgãos possam participar, com seus argumentos, da*

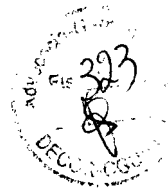


construção da tese que poderá se tornar de observância obrigatória no âmbito da Instituição” (cf. despacho de fls. 11/12).

6. Expediu-se, então, o Memorando Circular nº 098/2011-DECOR/CGU/AGU, de 18 de maio de 2011 (fl. 13), em cujo bojo o ilustre Diretor do DECOR/CGU solicitou manifestação sobre a questão em foco.

7. Acorreram à provocação os seguintes órgãos: Consultoria Jurídica da União no Estado do Amapá – CJU/AP, Consultoria Jurídica da União no Estado de Alagoas – CJU/AL, Consultoria Jurídica Adjunta do Comando da Aeronáutica – COJAER, Consultoria Jurídica da União no Estado de Santa Catarina – CJU/SC, Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio Grande do Norte – CJU/RN, Consultoria Jurídica da União no Estado do Amazonas – CJU/AM, Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Trabalho e Emprego – CONJUR/MTE, Consultoria Jurídica junto ao Ministério de Minas e Energia – CONJUR/MME, Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Esporte – CONJUR/ME, Assessoria Jurídica junto à Agência Brasileira de Inteligência – AJUR/ABIN, Consultoria Jurídica da União no Município de São José dos Campos/SP – CONJUR/SJC, Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Integração Nacional – CONJUR/MI, Consultoria Jurídica da União no Estado do Ceará – CJU/CE, Consultoria Jurídica junto ao Ministério dos Transportes – CONJUR/MT, Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Cidades – CONJUR/MCID, Consultoria Jurídica da União no Estado da Paraíba – CJU/PB, Consultoria Jurídica ao Ministério do Desenvolvimento Agrário – CONJUR/MDA, Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio Grande do Sul – CJU/RS, Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Esporte – CONJUR/ME, Assessoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União – ASJUR/CGU-PR, Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo – CJU/SP, Consultoria Jurídica da União no Município de São José dos Campos/SP – CJU/SJC, Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – CONJUR/MP, Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – CONJUR/MDS, Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Meio Ambiente – CONJUR/MMA, Consultoria Jurídica da União no Estado de Sergipe – CJU/SE e, finalmente, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN.

8. Afora a CJU/SC, a CJU/RN, a CONJUR/MME e a CONJUR/MMA, que alegaram nunca terem tratado do assunto, todos os demais órgãos manifestaram sua opinião, seja elaborando opinativo específico, seja carreando cópia de outros que, exarados no bojo de procedimentos licitatórios, abordam incidentalmente a questão da retenção ou glosa no pagamento, medidas versadas no art. 36, § 6º, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP.



9. Após relatar sucintamente os autos, passo doravante a enfrentar a matéria que me foi posta.

- II -

10. Impende, de início, tentar definir qual o posicionamento adotado pela CJU/PE acerca do assunto ora em debate.

11. Conquanto pareça, num primeiro súbito de vista, que o órgão consultivo pernambucano tem por vedada a retenção ou glosa no pagamento em qualquer situação, sob o fundamento de que se trataria de sanção imprevista na legislação de regência dos contratos administrativos, constata-se, seja pela jurisprudência por ele colacionada, seja pela exegese que faz do art. 36, § 6º, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP, que ele admite a adoção de tais medidas quando o contratado pela Administração Pública incorre em inexecução do contrato, parcial ou total, e desde que tal inexecução seja aferida com base em critérios claros, objetivos e previamente estabelecidos.

12. Se for essa a exegese correta dos opinativos da CJU/PE encartados nos autos, é possível afirmar que sua tese é perfilhada de forma quase unânime pelos órgãos que responderam à solicitação emanada deste DECOR/CGU e, também, por minha pessoa.

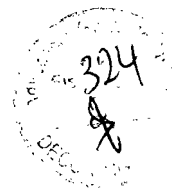
- III -

13. Vários são os fundamentos aptos a sustentar a tese acima exposta. A seguir trago à baila aqueles que reputo de maior robustez, pinçados das manifestações exaradas pelos nobres colegas dos órgãos de execução.

14. O principal deles é que o art. 36, § 6º, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP (incluído pela IN nº 03, de 15 de outubro de 2009, também da SLTI/MP), longe de representar sanção não prevista em lei, apenas deixa estreme de dúvidas que a exceção de contrato não cumprido (igualmente conhecida pelo brocardo latino *exceptio non adimpleti contractus*) também vale para os contratos de prestação de serviços continuados celebrados pela União. Para melhor ilustrar, vejamos o que ele aduz:

Art. 36. (...)

§ 6º A retenção ou glosa no pagamento, sem prejuízo das sanções cabíveis, só deverá ocorrer quando o contratado:



I - não produzir os resultados, deixar de executar, ou não executar com a qualidade mínima exigida as atividades contratadas; ou

II - deixar de utilizar materiais e recursos humanos exigidos para a execução do serviço, ou utilizá-los com qualidade ou quantidade inferior à demandada.

15. Não poderia ser diferente. Segundo a teoria geral dos contratos, nos contratos bilaterais, tais como os abordados nesta manifestação, faz-se presente uma relação jurídica biunívoca, na qual suas partes estabelecem direitos e obrigações recíprocos, cabendo a cada uma delas, em regra, primeiro cumprir com estas (as suas obrigações) para somente depois poderem reclamar aqueles (os seus direitos).

16. A exceção mencionada permite que um dos contraentes se negue a adimplir suas obrigações quando o outro não tenha observado as que lhe cabem. É regra positivada entre nós no art. 476, do Código Civil, igualmente aplicável, por disposição expressa, aos contratos administrativos¹. Giza o dispositivo:

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

17. Consabido é que, ao pactuar a prestação de um serviço, a Administração Pública compromete-se a pagar determinado valor desde que a pessoa contratada execute o serviço na forma e prazo avençados. Ora, se o serviço não é prestado ou não o é de modo satisfatório, deve o Poder Público se recusar a efetuar o pagamento, total para o primeiro caso e parcial para o segundo, alegando, para tanto, a exceção do contrato não cumprido.

18. Nessa situação não se pode falar em enriquecimento indevido do Estado às custas da contratada. Ele haveria, de fato, se a contratada tivesse cumprido à risca suas obrigações e o Estado se recusasse a adimplir sua obrigação correspectiva de pagar o valor concertado. Além disso, a corroborar que a Administração Pública não obtém vantagem ilícita ao reter ou glosar o pagamento na hipótese, tem-se o fato de que se trata de medida temporária, que perdurará até que a contratada cumpra sua obrigação ou corrija-a para que se conforme ao inicialmente pactuado.

19. Outrossim, vale observar que se mesmo descumprindo ou cumprindo de modo deficiente suas obrigações a contratada exigisse o pagamento integral, é ela que estaria

¹ O art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, põe a questão fora de dúvida ao verberar o seguinte:

"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."



buscando locupletar-se em prejuízo do Estado, que, caso venha a atendê-la, desembolsará cifras por algo que não foi realizado ou realizado de forma que não atende por completo suas necessidades.

20. Afora a aplicação subsidiária do já transcrito art. 476, do CC, a própria Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, traz dispositivo que enseja a aplicação da exceção do contrato não cumprido. Trata-se do art. 66, a rezar que:

Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial.

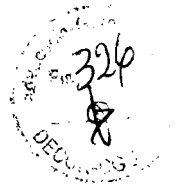
21. Com amparo nele é possível deduzir que ao não cumprir com suas obrigações, a contratada assume que não receberá, parcial ou integralmente, o valor concertado, além de se sujeitar às penalidades fixadas na avença, visto que, para fazer valer o princípio da proibição do enriquecimento ilícito e resguardar o erário, o Poder Público deverá suscitar a exceção do contrato não cumprido para engendrar retenção ou glosa no pagamento e, ainda, aplicar as sanções devidas pelo inadimplemento.

22. São normas da Lei nº 8.666/1993 das quais também exsurge a licitude da retenção ou glosa no pagamento as hospedadas em seus arts. 69 e 76. O art. 69 preconiza que “[o] contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados”. O art. 76, ao seu giro, estabelece que “[a] Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato”.

23. A respeito desses dois artigos assevera a CONJUR/MCID em seu PARECER CONJUR/MCIDADES/Nº 297/2011 (cópia às fls. 99/104),

Se a rejeição é impositiva, é óbvio que não poderá a Administração realizar o pagamento pelos serviços até que o contratado promova a adequação na forma do art. 69. Por conseguinte, de maneira implícita, a retenção de pagamento está autorizada pelas referidas normas, que, assim, também servem como fundamento de validade do art. 36, § 6º, da IN nº 2/2008.

24. Cumpre destacar, nesse ponto, que se mitigação há do direito de aduzir a exceção do contrato não cumprido, ela é em favor do ente público. Em homenagem aos princípios da supremacia do interesse público e da continuidade do serviço público, o art.



78, XV, da Lei nº 8.666/1993 estabelece que, em regra, a contratada só poderá arguir a falta de pagamento pela Administração Pública como motivo para a rescisão do contrato ou suspensão do cumprimento de suas obrigações após 90 dias de atraso:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

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;

- IV -

25. Outro argumento de que se valem os órgãos consultados para justificar a licitude das disposições do art. 36, § 6º, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP é o preceituado nos arts. 62 e 63, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, diploma que estatui normas gerais de direito financeiro a serem seguidas pelos entes federativos.

26. Prescrevem os aludidos dispositivos, *in verbis*:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

27. Deles se deduz de forma hialina que a efetuação do pagamento depende da liquidação da despesa, sendo que esta, por sua vez, tem escoro, dentre outros



elementos, na comprovação de que o material foi entregue ou que o serviço foi efetivamente prestado.

28. Vale dizer, também pelas normas de direito financeiro se revela indiscutível que se houve alguma falha no cumprimento das obrigações pela contratada ou se elas não foram cumpridas, fica vedado o pagamento pela parcela ou total inadimplidos. Reter ou glosar no pagamento é o que se impõe nessa situação.

29. Em abono desse entendimento cabe colacionar interessante lição doutrinária² transcrita pela CONJUR/MCID na sua manifestação já citada:

A fase de liquidação da despesa pública acaba se tornando “chave” em todo o desenrolar do processo, pois nela é que se verifica toda a documentação comprobatória, desde a autorização da reserva de valores da dotação orçamentária, visando ao atendimento de um anseio social reputado necessidade pública. Assim sendo, haverá a avaliação do efetivo cumprimento daquilo que ficou fixado entre as partes, no que concerne aos seus respectivos direitos e deveres, a fim de viabilizar a ulterior solvência da obrigação, mediante o pagamento do numerário anteriormente apurado.

Dessa forma, além de materializar o vínculo obrigacional assumido pela Administração Pública, a liquidação prévia do valor a ser satisfeito pelos agentes públicos é ainda profícua para colocar em evidência se houve ou não o devido adimplemento por parte do credor potencial da obrigação, haja vista que o pagamento da despesa pública pressupõe que este último também tenha observado as condições legais e contratuais que lhe competiam.

(...)

A verificação do montante devido ao fornecedor do bem ou ao prestador do serviço surge da necessidade de se dimensionar a contraprestação que incumbe ao Poder Público: saldar, desde que constatado o implemento de uma condição: a concreta prestação do serviço ou o efetivo fornecimento de bem, tanto nos moldes da avença que deu causa ao nascimento da relação obrigacional quanto em conformidade com o que dispõe a legislação vigente.

Assim sendo, durante a fase de liquidação da despesa, há uma espécie de inspeção dos títulos e documentos que instruem todo o processo de sua realização, com o escopo de atestar se houve a observância dos recíprocos direitos e deveres que permeiam a relação contratual firmada entre a Administração Pública e seus fornecedores ou prestadores de serviços, podendo estes serem qualificados como credores daquela, na qualidade de legítimos destinatários do valor apurado, apenas se adimplirem, na prática, suas obrigações.

(...)

Dessa forma, conforme a inteligência do § 1º deste artigo (art. 63, § 1º da Lei nº 4.320/64), a fase de liquidação da despesa pública permite que haja a investigação dos reais motivos da sua realização, tendo como pano de fundo as metas com a sua correspondente autorização nas leis orçamentárias, além da determinação do que deve ser pago e a quem, de modo a eximir o Estado-administração do ônus correspondente ao crédito apurado.

² FILHO. Sérgio Assoni. In: CONTI. José Mauricio (coord.) *Orçamentos Públicos: A Lei nº 4.320/1964 comentada*. São Paulo: RT, 2009.



No mais, tal condição de credor do Poder Público, de uma quantia determinada, resulta do exame pormenorizado de, no mínimo, os seguintes documentos declinados no § 2º do presente artigo:

- a) o contrato, ajuste ou acordo respectivo;
- b) a nota de empenho;
- c) os comprovantes de entrega do material ou da prestação efetiva do serviço.

Por meio dos quais, inclusive, poderá ser apreciada a qualidade do bem fornecido ou do serviço prestado, confrontando-se estes documentos com as especificações exigidas no momento da celebração contratual, eventualmente, acarretando a aplicação de multas ou abatimentos no valor devido pela Administração ao fornecedor ou prestador de serviço, em caso de inobservância quanto aos critérios fixados naquela oportunidade.

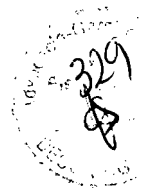
- V -

30. No que toca à temida utilização da retenção ou glosa no pagamento como uma sanção escamoteada, aventada pela CJU/PE, creio que é possível elencar dois aspectos que afastam a possibilidade de que isso ocorra.

31. O primeiro é a própria diferenciação entre os dois institutos, bem explicitada pela PGFN em seu PARECER PGFN/CJU/COJLC/Nº 1175/2011 (fls. 311/315):

De qualquer forma, entendemos que a retenção ou glosa do pagamento não é uma aplicação dissimulada de sanção de multa por uma simples razão, qual seja, a multa uma vez aplicada pela Administração por descumprimento contratual não será desconsiderada caso futuramente a contratada cumpra o contrato, ou seja, tem natureza de punição, já a retenção ou glosa de pagamento uma vez aplicada pela Administração por descumprimento total ou parcial do contrato deve ser relevada caso a contratada futuramente implemente corretamente sua prestação contratual, isto é, conforme exposto acima, a retenção ou glosa do pagamento nada mais é do que um dispositivo que visa aplicar concretamente, no âmbito da Administração Pública Federal, o instituto do direito civil denominado exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*).

32. O outro aspecto é que a própria IN nº 02/2008, da STLI/MP, infirma um suposto jaez punitivo da retenção ou glosa quando prevê que tais medidas serão adotadas sem prejuízo da aplicação das sanções cabíveis. É que consta do seu multicitado art. 36, § 6º:



Art. 36. (...)

§ 6º A retenção ou glosa no pagamento, sem prejuízo das sanções cabíveis, só deverá ocorrer quando o contratado: (sublinhou-se)

33. Se sanções fossem, não seria essa a redação do dispositivo, mas uma que referenciasse, *v.g.*, a “outras sanções cabíveis”.

34. De mais a mais, o que a jurisprudência, notadamente a do eg. Superior Tribunal de Justiça – STJ, considera como sanção imprevista em lei é a retenção ou glosa no pagamento feita a despeito de a contratada ter entregue o bem ou prestado o serviço em harmonia com o registrado no contrato. É a hipótese, *v.g.*, da retenção ou glosa no pagamento em virtude de a contratada apresentar alguma irregularidade no que toca à manutenção das condições de habilitação (especialmente no aspecto fiscal) ou às suas obrigações trabalhistas.

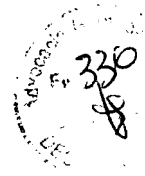
35. Todavia, o art. 34-A, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP (também incluído pela IN nº 03/2009, do mesmo órgão) esclarece que não é caso de retenção ou glosa no pagamento, expressamente vedadas, mas de rescisão do contrato e aplicação das penalidades que cabem. Em textual:

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. (sublinhou-se)

36. Trata-se de dispositivo que reflete a preocupação em coadunar as normas regulamentares ao posicionamento dos sodalícios e tem por escopo evitar que, no âmbito da Administração Pública, surjam interpretações que conduzam à utilização da retenção ou glosa no pagamento como sucedâneo de sanção, gerando o risco de questionamentos judiciais pelas contratadas.

- VI -

37. Firmado que a retenção ou glosa no pagamento são lícitos nos termos do art. 36, § 6º, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP, resta verificar se é necessário, conforme sustentado pela CJU/PE e por outros órgãos consultivos, que tais medidas também dependem do estabelecimento de parâmetros claros e objetivos de aferição do cumprimento da avença.



38. Aduno-me a eles também nesse ponto. A retenção ou glosa no pagamento deve ser exatamente proporcional ao que foi descumprido do contrato, sob pena de o Poder Público estar locupletando-se às custas da contratada.

39. Para que isso ocorra, impende que o edital de licitação e o contrato administrativo dele decorrente sejam claros quanto aos critérios que serão utilizados para determinar se a contratada atendeu quantitativa e qualitativamente aos seus deveres, proscrevendo, assim, qualquer tipo de subjetivismo que possa macular a avaliação. Além disso, deverá, antes de adotar tais medidas, permitir que a contratada se pronuncie sobre a apontada deficiência na prestação do serviço, a homenagear o princípio do devido processo legal e seus consectários do contraditório e ampla defesa, incidentes também nos processos administrativos nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

40. Nesse diapasão, deve-se dar fiel cumprimento ao art. 34, da mesma instrução normativa, que estabelece quais os parâmetros de controle que devem ser utilizados para a mensuração do cumprimento das obrigações da contratada e como ela deve ser realizada. Eis o que dispõe, com a redação que lhe foi dada pela IN nº 03/2009, da SLTI/MP:

Art. 34. A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:

I - os resultados alcançados em relação ao contratado, com a verificação dos prazos de execução e da qualidade demandada;

II - os recursos humanos empregados, em função da quantidade e da formação profissional exigidas;

III - a qualidade e quantidade dos recursos materiais utilizados;

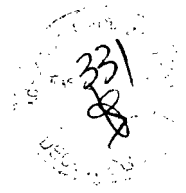
IV - a adequação dos serviços prestados à rotina de execução estabelecida;

V - o cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato; e

VI - a satisfação do público usuário.

§ 1º O fiscal ou gestor do contrato ao verificar que houve subdimensionamento da produtividade pactuada, sem perda da qualidade na execução do serviço, deverá comunicar à autoridade responsável para que esta promova a adequação contratual à produtividade efetivamente realizada, respeitando-se os limites de alteração dos valores contratuais previstos no § 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 2º A conformidade do material a ser utilizado na execução dos serviços deverá ser verificada juntamente com o documento da contratada que contenha a relação detalhada dos mesmos, de acordo com o estabelecido no contrato, informando as respectivas quantidades e especificações técnicas, tais como: marca, qualidade e forma de uso.



§ 3º O representante da Administração deverá promover o registro das ocorrências verificadas, adotando as providências necessárias ao fiel cumprimento das cláusulas contratuais, conforme o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 67 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 4º O descumprimento total ou parcial das responsabilidades assumidas pela contratada, sobretudo quanto às obrigações e encargos sociais e trabalhistas, ensejará a aplicação de sanções administrativas, previstas no instrumento convocatório e na legislação vigente, podendo culminar em rescisão contratual, conforme disposto nos artigos 77 e 87 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas:

- a) a prova de regularidade para com a Seguridade Social, conforme dispõe o art. 195, § 3º da Constituição federal sob pena de rescisão contratual;
- b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior, caso a Administração não esteja realizando os depósitos diretamente, conforme estabelecido no instrumento convocatório;
- c) pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior;
- d) fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível;
- e) pagamento do 13º salário;
- f) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei;
- g) realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso;
- h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei;
- i) comprovação do encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a RAIS e a CAGED;
- j) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e
- k) cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

II - No caso de cooperativas:

- a) recolhimento da contribuição previdenciária do INSS em relação à parcela de responsabilidade do cooperado;
- b) recolhimento da contribuição previdenciária em relação à parcela de responsabilidade da Cooperativa;
- c) comprovante de distribuição de sobras e produção;
- d) comprovante da aplicação do FATES - Fundo Assistência Técnica Educacional e Social;
- e) comprovante da aplicação em Fundo de reserva;



- f) comprovação de criação do fundo para pagamento do 13º salário e férias; e
- g) eventuais obrigações decorrentes da legislação que rege as sociedades cooperativas.

III - No caso de sociedades diversas, tais como as Organizações Sociais Civis de Interesse Público - OSCIP's e as Organizações Sociais, será exigida a comprovação de atendimento a eventuais obrigações decorrentes da legislação que rege as respectivas organizações.

41. Demais disso, deverá ser firmado com a contratada um Acordo de Níveis de Serviço, previsto no Anexo II da IN nº 02/2008, da SLTI/MP, consoante bem aventou a AJUR/ABIN em seu Memorando nº 148-AJUR/ABIN/GSIPR (fls. 106/109). Isso facilitará a aferição do cumprimento e, também, eventuais retenções ou glosas no pagamento, pois, segundo está definido na mesma norma, tal acordo consiste em *"um ajuste escrito, anexo ao contrato, entre o provedor de serviços e o órgão contratante, que define, em bases compreensíveis, tangíveis objetivamente observáveis e comprováveis, os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento"*.

- VII -

42. A AJUR/ABIN levantou em seu expediente questão que considero importante enfrentar, qual seja, a de que a Orientação Normativa AGU nº 9, de 1º de abril de 2009, deve ser interpretada de maneira que não dê a entender, *a contrario sensu*, que a regularidade fiscal da contratada é condição indispensável para o pagamento.

43. Verbera a referida orientação:

A comprovação da regularidade fiscal na celebração do contrato ou no pagamento de serviços já prestados, no caso de empresas que detenham o monopólio de serviço público, pode ser dispensada em caráter excepcional, desde que previamente autorizada pela autoridade maior do órgão contratante e concomitantemente, a situação de irregularidade seja comunicada ao agente arrecadador e à agência reguladora.

44. Deveras, de sua leitura é possível inferir que a necessidade de comprovação é regra, afastável na hipótese versada somente por se tratar de empresas que detêm monopólio de serviço público.

45. Consoante visto alhures, os tribunais, máxime o eg. STJ, repelem a retenção do pagamento em virtude de irregularidade fiscal da contratada. E a própria Administração Pública Federal, ao editar o art. 34-A, da IN nº 02/2008, da SLTI/MO, transcrito linhas acima,

333
\$

concorda com esse entendimento jurisprudencial, ao tornar expressamente defesa a retenção ou glosa quando se detectar que a contratada não manteve as condições da habilitação.

46. Judicioso seria, portanto, espancar qualquer dúvida a respeito da questão, seja por meio da alteração do texto da ON AGU nº 09/2009 ou mesmo da edição de outra que esclareça que nem o descumprimento de obrigações trabalhistas, tampouco a não manutenção das condições de habilitação são aptos a dar azo à retenção ou glosa no pagamento, mas, conforme assentado alhures, à rescisão contratual e à aplicação das sanções pertinentes.

47. À moda de contribuição, apresento abaixo proposta de orientação normativa que atende ao fim acima colimado:

A não manutenção das condições de habilitação e/ou o descumprimento de obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços contratada ensejam a rescisão contratual e a aplicação das sanções pertinentes, sendo vedada a retenção ou glosa do pagamento pelos serviços efetivamente prestados.

43. Essa mesma proposta segue em forma de minuta anexa a este opinativo.

- VIII -

44. Oportuno me parece, alfim, estremar a retenção versada neste opinativo da denominada conta vinculada.

45. Consoante se fixou no PARECER Nº 005/2011/DECOR/CGU/AGU, acrescido das observações alinhadas na NOTA Nº 20/2011/DEAEX/CGU/AGU-JCO (ambos opinativos exarados nos autos do Processo nº 00404.006797/2009-52 cópias em anexo), a conta vinculada perfaz uma espécie de pagamento diferido, mediante o qual a Administração Pública antecipa à empresa de mão-de-obra terceirizada por ela contratada o pagamento das verbas trabalhistas referentes a férias, décimo-terceiro salário, multa do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS etc. dos seus funcionários, depositando os valores respectivos em conta bancária aberta em nome dessa (empresa) cuja movimentação fica condicionada à ocorrência de eventos futuros e certos (o gozo das férias, a demissão sem justa causa, dentre outros).

334
§

46. Já a retenção, como visto no presente opinativo, é uma decorrência do descumprimento do contrato de prestação de serviços contínuos, fundada na regra *exceptio non adimpleti contractus*, aplicável também às avenças celebradas pela União.

47. Frise-se, por fim, que a utilização de ambos os institutos é considerada lícita, desde que observados os critérios fixados para cada um deles.

- IX -

48. Concluo, enfim, apresentando uma síntese do que foi assentado acima:

a) é legal a retenção ou glosa no pagamento tratadas no art. 36, § 6º, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP, na medida em que o dispositivo apenas esclarece que aos contratos de prestação de serviços contínuos celebrados pela União também se aplica a exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC), além de ser amparado pelos arts. 66, 69 e 76, da Lei nº 8.666/1993;

b) as mesmas medidas também encontram respaldo em normas de direito financeiro, a saber, os arts. 62 e 63, da Lei nº 4.320/1964;

c) de outro lado, não constituem sanção disfarçada, pois possuem natureza e distinta e dela são estremadas pelo art. 36, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP;

d) a jurisprudência, em especial a do eg. STJ, veda a retenção ou glosa no pagamento quando a contratada, embora tenha prestado o serviço ou entregue o bem em conformidade com o contrato, apresente irregularidade fiscal ou não mantenha as condições de habilitação. Ou seja, admite, *a contrario sensu*, que se utilize tais providências quando há deficiência no cumprimento das obrigações contratuais ou mesmo inexecução delas;

e) para as hipóteses de descumprimento das obrigações trabalhistas ou não manutenção das condições de habilitação cabível é a rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções previstas, nos termos do art. 34-A, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP;

f) a retenção ou glosa no pagamento dependem, para que ocorram da prévia fixação de critérios claros e objetivos que permitam apurar em que medida as obrigações contratuais foram descumpridas e, assim, saber qual será o valor a ser retido ou glosado. Para aplica-las o Poder Público também deverá assegurar o prévio exercício do contraditório e ampla defesa, à luz do art. 5º, LV, CF;

g) de modo a garantir a proporcionalidade entre o descumprimento e a retenção ou glosa no pagamento, importa que seja dado cumprimento ao disposto no art. 34, da IN nº 02/2008, da SLTI/MP e

335
§

além disso, firmado com a contratada o Acordo de Níveis de Serviço presente no Anexo II da mesma norma;

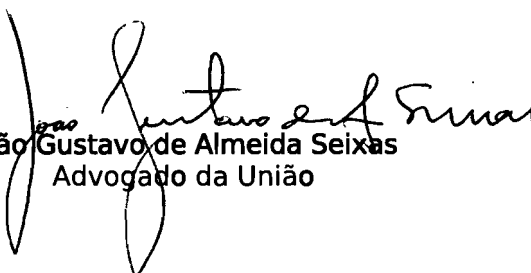
h) seria conveniente estudar a alteração da redação da ON AGU nº 09/2009 ou mesmo se editar outra que ponha fora de dúvidas que a comprovação da regularidade fiscal pela contratada não obsta o pagamento pelos serviços já prestados;

i) a retenção não se confunde com a chamada conta vinculada.

49. Em sendo aprovado o presente parecer, sugiro sua ampla divulgação perante os órgãos consultivos da AGU (CONJURs, seus órgãos congêneres e CJUs), a Procuradoria-Geral Federal – PGF, a PGFN e a Procuradoria-Geral do Banco Central – PGBC, para conhecimento.

À consideração superior.

Brasília, 14 de fevereiro de 2012.


João Gustavo de Almeida Seixas
Advogado da União