



Fique informado e participe dos debates sobre contratação pública. Siga a Zênite nas redes sociais:

 <http://www.zenite.blog.br>  [@zenitenews](#)  [/zeniteinformacao](#)  [/zeniteinformacao](#)
 [/zeniteinformacao](#)

A LEGALIDADE DA “COMPENSAÇÃO CRUZADA” NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A SUA OPERACIONALIZAÇÃO

Data Novembro de 2024

Autores Lucas Cunha Carneiro

A LEGALIDADE DA “COMPENSAÇÃO CRUZADA” NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A SUA OPERACIONALIZAÇÃO

LUCAS CUNHA CARNEIRO

Servidor da Consultoria Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, atuando na elaboração de pareceres na área de licitações e contratos administrativos. Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

RESUMO

Por diversas vezes, a Administração, ao aplicar uma multa decorrente de uma infração praticada no âmbito de um contrato administrativo, se vê obrigada a ajuizar ação de Execução Fiscal, tendo em vista que os demais métodos tradicionais, reconhecidos originalmente pela doutrina, não são mais possíveis.

O grande acervo de processos administrativos de sanção, que se arrastam por longa tramitação, sendo concluído, geralmente, apenas após o encerramento da vigência do contrato, encontram seu problema justamente no momento da sua execução, uma vez que não existem mais faturas para descontar o valor, tampouco garantia.

Diante disso, a doutrina e a jurisprudência, passaram a reconhecer a possibilidade de a compensação incidir em créditos de contrato diverso daquele em que houve a decisão pela aplicação da multa.

Essa tese, contudo, não é unânime, de forma que doutrinadores e tribunais pelo país entendem pela sua ilegalidade.

De toda forma, percebe-se que a redação da Lei 14.133/2021, em seu artigo 156, § 8º, permite sim a chamada “compensação cruzada”. O referido entendimento

nasce em conjunto com o dever de interpretação baseada nas consequências práticas das decisões administrativas, como prevê o art. 20 da LINDB.

Ao autorizar essa modalidade, entretanto, é notório que foi concedido um relevante poder às mãos da Administração, que deve agir com cautela, respeitando os direitos dos contratados.

Logo, a operacionalização da compensação cruzada deve ser efetuada de forma razoável, proporcional e prudente, sempre em comunicação com o particular e, preferencialmente, de forma regulamentada.

Ainda, salienta-se a hipótese de, em casos complexos, utilizar-se dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, previstos no art. 151 da Lei de Licitações.

I – A LEGALIDADE DA COMPENSAÇÃO EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DISTINTOS

Ao longo da execução de um contrato administrativo, não é incomum que os particulares cometam irregularidades, que podem culminar na aplicação das sanções previstas no art. 156 da Lei 14.133/2021.

A multa, como espécie de sanção que pode ser direcionada a qualquer das infrações descritas no art. 155 da citada lei, é empregada de forma frequente, punindo os contratados com danos pecuniários.

Após conferido o direito ao contraditório e a ampla defesa, em caso de trânsito em julgado da decisão de aplicação da sanção de multa, a Administração se depara com um desafio: qual a forma de executar esse valor?

O art. 156, § 8º, responde objetivamente essa dúvida, disponibilizando, à primeira vista, 3 (três) possibilidades ao Contratante.

Como ação inicial, a Administração deve descontar o valor das faturas ou de qualquer valor ainda devido à contratada, no momento da liquidação. Na hipótese de o particular não possuir mais créditos a serem recebidos, decorrentes daquele contrato, o legislador conferiu o poder do desconto incidir na garantia prestada. A última opção, positivada na Lei de Licitações, é a cobrança judicial.

Portanto, observa-se que o principal instituto adotado pela lei é justamente a compensação, por ser a medida de menor complexidade, além do seu alto índice de efetividade.

Essa foi, inclusive, uma alteração trazida pela nova legislação, tendo em vista que o art. 86, § 3º, da revogada Lei 8.666/1993, priorizava descontar o valor da multa em cima da garantia prestada, como forma de ressarcimento, utilizando-se, subsidiariamente, a compensação e, em último caso, a cobrança judicial.

Bem verdade que parte da doutrina, a exemplo da Consultoria Zênite, ainda na vigência da Lei 8.666/93, entendia que não existia uma obrigação em seguir a ordem

disposta na lei:

“É dizer: uma vez aplicada a multa, a Administração poderá decidir entre executar a garantia, descontar créditos ou cobrá-la administrativa/judicialmente, sem que uma alternativa obrigatoriamente prefira a outra.”^[1]

Apesar do debate ainda existir no âmbito da atual legislação, e mesmo caso não seja firmado o entendimento de uma sequência obrigatória, é escancarado que o legislador pretendeu promover uma ordem, ao menos, preferencial, tendo a compensação como primeira medida. Houve, de fato, uma inversão na lógica de execução do valor da multa.

A despeito desse leque de oportunidades que a Administração possui, não é raro que as duas primeiras opções (compensação entre os créditos e débitos no mesmo contrato e desconto na garantia) não se mostrem mais possíveis no momento da execução da quantia da multa imposta.

Em um cenário ainda preocupante de contratos administrativos mal executados, com um largo acervo de processos administrativos sancionatórios, em muitos casos, o procedimento leva um longo tempo para ser iniciado e concluído, de forma que, ao seu final, momento em que a multa deveria ser executada, inexistem créditos em favor do contratado - impossibilitando a glosa -, bem como a garantia oferecida teve sua vigência expirada.

Nessa linha, a fim de satisfazer o interesse da Administração em ter o valor incorporado aos cofres públicos, restaria a cobrança judicial, meio custoso, demorado, por vezes, infrutífero, que abarrotava ainda mais o superlotado Poder Judiciário com causas que podem ter sua solução de forma extrajudicial.

Ressalta-se que, por diversas vezes, as multas aplicadas são de quantias ínfimas. Não parece ser a medida mais adequada e razoável uma demanda judicial a fim de executar um valor de, por exemplo, R\$ 100,00 (cem reais).

Diante disso, cabe à Administração adotar os meios legais, que sem violar os direitos dos contratados, permitam uma operacionalização da execução da sanção de multa de forma mais célere e efetiva.

Nesse ínterim, surge, de maneira ainda controversa, a compensação através de créditos oriundos de um contrato distinto àquele que houve a aplicação da sanção de multa, popularmente conhecida como “compensação cruzada”.

De modo a tornar mais clara a compreensão, vejamos o seguinte exemplo: a empresa Alfa possui 2 (dois) contratos com determinado órgão público. O “Contrato A” teve sua vigência encerrada em 31/12/2023, com todos os pagamentos efetuados pelo contratante e com sua garantia expirada ou restituída, a depender da modalidade. Ainda dentro do prazo prescricional, durante o ano de 2024, a Administração abre processo administrativo sancionatório por descumprimento de cláusula contratual. Após o contraditório e ampla defesa, a autoridade competente

decide pela aplicação de multa. A decisão transitou em julgado e teve início a fase executória.

Nesse caso, a única alternativa, pela literalidade **aparente** do art. 156, § 8º, seria a cobrança judicial.

Entretanto, a empresa Alfa possui o “Contrato B”, com esse mesmo órgão, com faturas vencidas em aberto, abrindo margem, portanto, para a Administração compensar esse crédito com os débitos que a empresa possui (valor da multa aplicada no âmbito do “Contrato A”).

O debate a respeito da (i)legalidade desse instituto caminha desde o período de vigência da Lei 8.666/1993, sendo objeto de discussão pela doutrina e jurisprudência, que se dividem em duas correntes antagônicas.

Ronny Charles, na análise da nova lei, tem defendido a possibilidade da compensação em contratos distintos:

“Embora a Lei não seja explícita, em relação a isso, parece-nos admissível que eventuais multas sejam também descontadas de contratos outros, firmados entre a empresa sancionada e a pessoa jurídica sancionadora.”[2]

Aliados a essa corrente, uma parte dos tribunais pátrios entendem pela inexistência de vedação a essa espécie de compensação:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO C/C RESTITUIÇÃO. INEXECUÇÃO PARCIAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. PENALIDADES IMPOSTAS. COMPENSAÇÃO COM DÉBITOS EXISTENTES EM CONTRATO DISTINTO. POSSIBILIDADE. As penalidades impostas em razão da inexecução total ou parcial do contrato administrativo poderão ser compensadas com pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente, nos termos da Lei n.º 8.666/93, **inexistindo vedação à compensação com débitos advindos de contrato distinto**, quando findado aquele sobre o qual recaíram as sanções. Recurso conhecido, mas não provido. (TJ/MG, Apelação Cível nº 10000205047194001/MG, Rel. Albergaria Costa, j. em 19.11.2020, Câmaras Cíveis / 3ª Câmara Cível, data de publicação: 20.11.2020).

Na mesma linha são os julgados: TJ/MG, MS nº 1.0000.14.086886-0/000; TJ/SC, AI: 225182-SC 2001.022518-2.

No âmbito dos órgãos de controle externo, o Tribunal de Contas do Distrito Federal se manifestou no mesmo sentido, no processo 2881/2020.

Ainda mais além, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1913122 - DF (2020/0340919-0), tratando da legalidade da compensação cruzada, assim entendeu:

“À luz dessa previsão legal, vislumbra-se ser plenamente possível que seja aplicada a compensação de créditos e débitos nos contratos administrativos, mesmo que não haja previsão nos instrumentos convocatórios.”

Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem se manifestado pela impossibilidade da “compensação cruzada”:

“CONTRATO ADMINISTRATIVO Retenção de pagamentos devidos pelo Metrô à concessionária em contrato administrativo vigente para satisfazer multa sancionatória aplicada em contrato anterior Impossibilidade: O disposto no §1º do artigo 87 da Lei 8666/93 não autoriza a compensação entre contratos administrativos distintos, ainda que se tratem das mesmas partes. Instituto da compensação que, mesmo se aplicável aos contratos administrativos, exige requisitos não cumpridos pelo Metrô. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido.” (TJ/SP – Apelação / Remessa Necessária 1063058-68.2018.8.26.0053; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; j. 01/02/2021).

Registro que idêntico entendimento foi adotado por ocasião da prolação dos acórdãos: TJ/SP – Apelação n. 1031475-94.2020.8.26.0053; TJ/SP – Agravo de Instrumento 2012010-13.2021.8.26.0000; Relator(a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; j. 24/03/2021; TJ/SP – Apelação Cível 1010497-97.2022.8.26.0224; Relator (a): Márcio Kammer de Lima; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; j. 18/10/2022.

O professor Aniello Parziale produziu artigo intitulado “A ilegalidade da compensação cruzada de descontos de multas nos contratos administrativos”, defendendo que “A matéria sancionatória não comporta interpretação ampliativa, mas apenas e tão somente restritiva”^[3].

À luz de ambos os pensamentos, coaduno que é possível a compensação cruzada. Vejamos os motivos.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona afirmam que a compensação é uma forma de extinção de obrigações “em que seus titulares são, reciprocamente, credores e devedores”, extinguindo a obrigação até o limite da existência de crédito recíproco, remanescendo, se houver, saldo em favor do maior credor.^[4]

Em primeiro lugar, pontua-se que o instituto da compensação é previsto no Código Civil, regendo, em regra, as relações privadas. Nessa legislação, não há impeditivo à compensação em contratos distintos, haja vista que o artigo 373, do Código Civil, prevê que “a diferença de causa nas dívidas não impede a compensação”, trazendo apenas hipóteses excepcionais, não suscetíveis às situações debatidas.

Entretanto, por previsão legal (art. 89, Lei 14.133/2021) serão aplicados, aos contratos administrativos, de forma supletiva, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Logo, já é possível admitir a

compensação cruzada, por meio da aplicação supletiva do Código Civil. Nos julgados acima expostos, esse foi, na maioria dos casos, o fundamento legal que embasou as decisões de legalidade ao instituto da compensação cruzada.

Ainda assim, analisando a própria Lei 14.133/21 (art. 156, §8º), percebe-se que a intenção do legislador foi sim permitir a compensação cruzada, ao optar pela expressão **“valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado”**:

§ 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

A partir dessa redação, a interpretação mais adequada é que o **“valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado”** não se restringe às verbas devidas no âmbito do mesmo contrato a qual houve a aplicação da multa, e sim a **todo** pagamento a qual o **contratado** fazer jus, decorrente de qualquer instrumento firmado com aquela pessoa jurídica contratante.

Essa exegese não pode omitir a consequência prática que a permissão ou proibição da compensação em contratos distintos produz. É o que o Decreto-Lei nº 4.657/1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), institui em seu art. 20, que ficou conhecido como a **“Teoria do Consequencialismo”**:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Nessa toada, detendo a possibilidade da **“compensação cruzada”**, não é razoável a Administração movimentar ainda mais a máquina estatal, com inscrição do débito em dívida ativa e ajuizamento de ação de Execução Fiscal. É a burocracia disfuncional em sua essência.

Por certo, a cobrança judicial apenas deve ser utilizada quando a Administração não possuir meios legais para utilizar seu poder da autoexecutoriedade, o que não é o caso.

Nesse contexto, ao admitir a compensação cruzada como solução advinda diretamente da Lei 14.133/2021, e consequentemente entendendo pela legalidade da autoexecutoriedade como prerrogativa capaz de consumir a compensação cruzada, inegavelmente conclui-se que foi conferido à Administração um poder que deve ser utilizado com prudência, à luz dos possíveis perigosos resultados.

II – O DEVER DE CAUTELA DA ADMINISTRAÇÃO AO APLICAR A “COMPENSAÇÃO CRUZADA” E A UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A primeira questão a ser enfrentada a respeito da operacionalização da compensação cruzada é retomar a discussão sobre a existência ou não de ordem obrigatória dos mecanismos de execução da sanção de multa, dispostos no art. 156, § 8º, da Lei 14.133/2021.

Partindo da inteligência estabelecida, de que a legalidade da compensação cruzada é definida pelo artigo supramencionado, surge o questionamento de em qual posição de prioridade está esse mecanismo.

Entende-se que, conquanto claramente o legislador tenha indicado uma ordem preferencial, não é possível impor limites à Administração que, justificadamente, pode optar por, antes de compensar valores de um mesmo contrato, executar a garantia apresentada pela contratada.

Contudo, essa concepção não pode ser adotada, de igual maneira, na compensação cruzada. Cada contrato firmado possui suas próprias cláusulas e especificidades, e as soluções para os entraves em sua execução devem vir, em primeiro momento, através de seus próprios mecanismos e controles, sem incidir em contratos diversos.

Sendo assim, caso a Administração Pública, ao executar uma multa imposta, utilize prioritariamente a compensação cruzada, praticará ato ilegal, passível de anulação.

Isto posto, sugere-se que essa forma de operacionalização seja situada após os dois métodos tradicionais de execução da multa, sendo utilizada, tão somente, após infrutíferas tentativas da compensação no âmbito do mesmo contrato e do desconto na garantia, antes, todavia, da cobrança judicial.

Outro aspecto relevante, é a noção de que a capacidade de aplicar a sanção, sendo uma das partes do contrato, é uma prerrogativa especial, destinada à Administração Pública, dentro das chamadas “cláusulas exorbitantes”. É indiscutível que essas são características distintivas dos contratos administrativos.

No entanto, em caso de violação aos princípios gerais da Administração Pública, conforme estabelecido no artigo 37 da Constituição Federal, ou os princípios que regem a aplicação da Lei 14.133/2021, dispostos em seu artigo 5º, essas cláusulas podem ser contestadas tanto na esfera judicial quanto na administrativa.

Malgrado o posicionamento pela permissão da compensação cruzada, é imprescindível ressaltar que a Administração Pública deve agir com **cautela**, em grau diretamente proporcional ao montante da multa a ser executada.

Um desconto unilateral agressivo tem o condão de desestabilizar empresas, sendo capaz de prejudicar um contrato que até então, estava sendo bem executado, produzindo o efeito oposto ao desejado.

Estabelecer limites para que o ato não produza problemas no fluxo de caixa da contratada, que muitas vezes operam com baixo percentual de lucro, é fundamental.

Não é demais lembrar que, à luz dos princípios da continuidade e função social da empresa, a Administração deve agir de forma razoável e proporcional com os licitantes e contratados.

É notório que os órgãos públicos precisam **regulamentar** esse procedimento, a fim de padronizar a sua atuação, conferindo maior segurança jurídica aos fornecedores.

Assim sendo, não havendo créditos no contrato em que a multa foi aplicada, tampouco garantia a ser executada, inicialmente, sugere-se que a Administração notifique a empresa, para efetuar o pagamento da multa devida.

Não obtendo sucesso, o Contratante deve novamente notificar o Contratado, informando a compensação cruzada, preferencialmente, com um razoável prazo até o desconto.

A regulamentação pode prever, a fim de minimizar o impacto na gestão financeira de um contrato administrativo saudável, a possibilidade do parcelamento do débito entre as faturas vincendas.

Aspecto interessante é a previsão para, quando aplicado nos casos em que uma contratada possua mais de 2 (dois) contratos passíveis de sofrerem o desconto, seja facultada a escolha pela empresa em qual ajuste será realizado o encontro de contas.

Em caso de ausência de regulamentação própria, é interessante, ao menos, a previsão da compensação cruzada nos editais de licitação.

A norma regulamentadora não deve, todavia, esgotar as formas de operacionalização da compensação cruzada.

Eficiente para casos mais simples, em multas de menor impacto econômico, a medida não deve ser suficiente para casos complexos, com multas vultosas e comunicação conflitante entre as partes.

Portanto, atenta-se, por fim, ao art. 151 da Lei 14.133/2021, que permite a utilização de “meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”.

Essa previsão foi inovadora na legislação licitatória, fazendo com que a Administração se aproxime das novidades surgidas e utilizadas, em maior escala, na resolução de controvérsias entre pares privados. A leitura do dispositivo demonstra sua intenção abrangente, franqueando à Administração submeter-se aos variados métodos de resolução consensual de conflitos.

Esses instrumentos integram a nova abordagem do direito administrativo, que exige um fortalecimento crescente dos mecanismos de controle consensual, com um enfoque predominantemente resolutivo e prático. O objetivo é tornar a administração mais eficiente, ágil e apta a resolver suas disputas.

Entretanto, compete agora, aos agentes públicos, superar a inércia, rompendo as barreiras frequentemente intituladas como “Administração Pública do Medo” e “Apagão das Canetas”, utilizando os mecanismos inovadores conferidos pelo legislador, não deixando que esses sejam meras disposições inutilizáveis, e na realidade, se tornem procedimentos de rotina para os órgãos e entidades públicas.

III – CONCLUSÃO

Realizada todas as considerações necessárias, foram formadas as seguintes conclusões:

- i) É legal a realização da “compensação cruzada” nos contratos administrativos;
- ii) Apesar da aplicação supletiva do Código Civil, como fundamento legal para a legalidade dessa compensação, o art. 156, § 8º, da Lei 14.133/2021, autoriza diretamente essa modalidade de execução de multa e indenizações.
- iii) Sugere-se que a compensação cruzada somente seja utilizada em caso de tentativas infrutíferas de compensação no âmbito do mesmo contrato e de desconto na garantia.
- iv) A Administração, a despeito de possuir a prerrogativa da autoexecutoriedade, deve, ao menos, notificar o Contratado, com razoável prazo de antecedência.
- v) Quanto maior for a quantia da multa a ser executada e o seu impacto no contrato com créditos a serem compensados, mais cauteloso deve ser o procedimento da compensação cruzada realizada pela Administração, com ativa participação da sancionada.
- vi) A Administração deve regulamentar a compensação cruzada, a fim de garantir segurança jurídica aos seus contratos firmados, bem como, quando necessário, utilizar os Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias, previsto no art. 151 da Lei 14.133/21.

[1] Disponível em: <https://zenite.blog.br/procedimento-para-a-cobranca-de-multa-moratoria-possibilidade-de-realizar-a-retencao-de-pagamento/>.

[2] TORRES, Ronny Charles. Lei de Licitações Públicas Comentadas. 12. ed. Pag. 761.

[3] Disponível em: <https://conlicitacao.com.br/a-ilegalidade-da-compensacao-cruzada-de-descontos-de-multas-nos-contratos-administrativos/>.

[4] FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 3ª Edição. JusPODIVM.

Como citar este texto:

CARNEIRO, Lucas Cunha. A legalidade da “compensação cruzada” nos contratos administrativos e a sua operacionalização. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 05 nov. 2024. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.