



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo N°: 61084867

Despacho PGE/PCA N° 00530/2016

Aprovo o R. Parecer PGE/PCA n. 00586/2016, lavrado às fls. 1023/1028-v. pela Ilustre Procuradora do Estado, Dra. Ana Luiza Guimarães Oliveira, que, em sede de consulta formulada pela SUPPIN, concluiu i) que eventuais débitos junto a outros entes federativos não constituem óbice para o pagamento pelos serviços devidamente prestados pelo particular contratado; ii) pela possibilidade de retenção dos valores devidos ao particular quando este for devedor do mesmo ente credor e quando se tratar de débito trabalhista e previdenciário ante a possibilidade de condenação subsidiária do Estado; iii) pela comprovação que os serviços foram efetivamente prestados com apresentação da Nota Fiscal ou documento hábil para este fim.

Ressalto, apenas, que o entendimento adotado pela PCA¹ é no sentido de que, via de regra, não é possível a retenção do pagamento pelos serviços efetivamente prestados pela empresa contratada no caso de irregularidade fiscal, exceto nos caso de débitos de natureza trabalhista e previdenciária, que por causarem risco de condenação subsidiária ao Estado, permite-se efetuar a retenção cautelar e auto-executória dos créditos.

¹ Também sobre o tema, processos n° 65999444; 50939211.



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

À guisa de exemplificação, veja-se o r. Parecer PGE/NCA nº 00202/2014 (processo nº 50939211), de lavra da Ilustre Procuradora do Estado, Dra. Roberta Ponzo Nogueira, *ipsis litteris*:

"[...]

Relativamente aos pagamentos pelos serviços efetivamente prestados no âmbito do contrato em comento, o entendimento majoritariamente adotado neste órgão jurídico, pela Consultoria Administrativa – PCA, é no sentido da possibilidade de pagamento aos contratados do Estado sem que estes demonstrem regularidade fiscal.

Justifica-se o entendimento, em primeiro lugar, na premissa de que a imposição legal de regularidade fiscal na licitação se constitui em exigência meramente instrumental, não podendo constituir um fim em si mesma.

Em segundo lugar, a Fazenda Pública dispõe dos meios judiciais próprios para a cobrança de suas dívidas, notadamente o processo executivo fiscal. Confira-se:

[...]

Processo nº 34196161. Interessada: SETADES – Secretaria de Estado do Trabalho, Assistência e Desenvolvimento Social. Assunto: Aquisição de bilhetes de pedágio junto a Concessionária de Serviço Público. Regularidade fiscal do particular não comprovada. Excepcionalidade. Afastamento da exigência no caso concreto com o fim de assegurar a concretização do interesse público. Trata-se de consulta formulada pela SETADES - Secretaria de Estado do Trabalho, Assistência e Desenvolvimento Social, solicitando a oferta de instruções em caso

2 A análise pormenorizada da questão pode ser conferida no Parecer PGE/NCA nº 193/2013, processo administrativo nº 48238112, da autoria do Ilustre Procurador do Estado Thiago Alves de Figueiredo; processo administrativo nº 37062816, Parecer PGE/PCA nº 369/2012, de autoria do Ilustre Procurador do Estado Iuri Carlyle do Amaral Almeida Madruga; processo administrativo nº 56572557, Parecer PGE/PCA nº 735/2012, de autoria do Ilustre Procurador do Estado Antônio Júlio Castiglioni Neto, dentre outros.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo **Procuradoria Geral do Estado**

concreto, no qual a Administração Pública pretende adquirir bilhetes de pedágio junto a concessionária de serviço público – Concessionária Rodovia do Sol S/A – mas o particular informa não ser possível comprovar sua regularidade no que tange a débitos tributários federais. As exigências habilitatórias fiscais ostentam natureza eminentemente instrumental, representando “forma indireta de reprová-la à infração às leis fiscais”, conforme preleciona o Professor Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, página 307, 10ª edição). A plena comprovação de regularidade em face da Fazenda Pública possui o escopo de inibir a inadimplência tributária, não afastando, contudo, os meios regulares de exigibilidade do crédito tributário, qual seja a própria execução fiscal. Diante dessas premissas – de que a exigência possui natureza instrumental e de que à União subsiste a opção de assegurar seus créditos mediante invocação do Poder Judiciário – temos que a regularidade fiscal não deve representar um fim em si mesma, impedindo uma atuação eficaz da Administração, sob o intuito de se penalizar um particular supostamente inadimplente. No caso vertente, o serviço público de acesso à Rodovia do Sol é ofertado de forma exclusiva, mediante concessão. Embora não seja desejável a contratação de particular que, em tese, encontra-se inadimplente com as suas obrigações tributárias, não se vislumbra outra opção à Administração, senão a de afastar a exigência de comprovação de regularidade, mesmo porque decisão em sentido contrário importaria em ofensa ao próprio interesse público, que não desfrutaria de um serviço de natureza essencial. De se ver que o impedimento a aquisição dos bilhetes, acarretaria para a Secretaria a necessidade de deslocar sua frota por outras vias, situação que, potencialmente, representaria custos ainda mais elevados para o Erário. Outrossim, impedimento à aquisição ora pretendida (carnês), não obstará à aquisição unitária do bilhete, a cada momento em que um veículo da Secretaria se deslocasse pela Rodovia do Sol, situação que evidencia a plena desnecessidade e falta de utilidade da regularidade fiscal, no caso concreto. Ante o exposto, opino pela legalidade da aquisição de bilhetes

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

de pedágio, nos termos pretendidos nestes autos, afastando a exigibilidade de comprovação de regularidade fiscal da Concessionária, em virtude das peculiaridades do caso concreto, ressalvando-se o direito de exigência do crédito tributário pelas vias administrativas ou judiciais ordinárias.

Processo nº 43910564 (apenso ao 40647757). Origem: Secretaria de Estado da Cultura – SECULT. Assunto: contrato de locação - não apresentação da certidão de regularidade fiscal pelo locador - retenção de pagamento dos alugueres – impossibilidade. PARECER PGE/SCA nº 355/2009. Sr. Procurador Chefe. Cuida-se de processo de pagamento em favor de ANTONIO CESAR SCARDUA, em razão de contrato de locação de imóvel urbano celebrado com a Secretaria de Estado da Cultura – SECULT. TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "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", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93. 2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina. 3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços. 4. Consoante a melhor

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo **Procuradoria Geral do Estado**

doutrina, a supremacia constitucional "não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança." (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549). 5. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 633432 / MG ; RECURSO ESPECIAL 2004/0030029-4 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 22/02/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 20.06.2005 p. 141 RNDJ vol. 69 p. 94). RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE "QUENTINHAS". SERVIÇOS PRESTADOS AO DISTRITO FEDERAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA NÃO-COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E LEGALIDADE. Não se afigura legítima a retenção do pagamento do serviço prestado, após a efetivação do contrato e a prestação dos serviços contratados, pelo fato de a empresa contratada não comprovar sua regularidade fiscal. Como bem asseverou a Corte de origem, "se a Administração, no momento da habilitação dos concorrentes, não exige certidão de regularidade fiscal (Lei 8.666/93, art. 29, III), não pode, após contratar e receber os serviços, deixar de pagá-los, invocando, para tanto, decreto regulamentar" (fl. 107). Recebida a prestação executada pelo contratado, não pode a Administração se locupletar indevidamente, e, ao argumento da não-comprovação da quitação dos débitos perante a Fazenda Pública, reter os valores devidos por serviços já prestados, o que configura violação ao princípio da moralidade administrativa. Precedentes. Na lição de Marçal Justen Filho, a Administração não está autorizada a "reter pagamentos ou

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou com outras instituições" ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed. São Paulo: 2002, Dialética, p. 549). Recurso especial improvido. (STJ, REsp 730800 / DF ; RECURSO ESPECIAL 2005/0037193-2 Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO (1117) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 06/09/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 21.03.2006 p. 115). Vale observar que, a despeito de haver previsão, na legislação estadual, de retenção de pagamento por parte da Administração Pública caso seja constatada a irregularidade fiscal da empresa contratada (art. 50, da Lei nº 7.295/02), a constitucionalidade deste dispositivo é duvidosa, fato este confirmado pelo Centro de Estudos e Informações Jurídicas desta PGE, por intermédio do Parecer PGE/CEI nº 02/2009, cuja cópia segue em anexo. Em homenagem à eficiência administrativa e considerando o volume de trabalho nesta Setorial, deixo de repetir nesta manifestação os argumentos que balizam o entendimento ora defendido, reportando-me integralmente aos termos do r. Parecer PGE/CEI nº 02/2009, anexo à presente. Em razão do exposto, concluo pela possibilidade de pagamento dos alugueres em atraso. Não obstante, recomendo que a SECULT adote os mecanismos e sanções previstos nos contratos em decorrência do descumprimento da obrigação de que trata o art. 55, XIII da Lei nº 8.666/93, segundo a qual a empresa deve manter durante a execução do contrato todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na contratação. O processo em apenso (proc. n. 40647757) deverá ter idêntico tratamento, por se referir aos alugueres do exercício de 2008, devendo inclusive ser anexado ao mesmo cópia do presente parecer.

É o parecer, s.m.j. À consideração superior. Vitória, 13 de março de 2008.

(...)

Aprovo, por seus próprios fundamentos, o R. Parecer PGE/SCA nº 355/2009, exarado às fls. 63/66, pelo Ilustre Procurador do Estado, Dr.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Emerson Luiz Faé, que concluiu pela possibilidade de pagamento dos alugueres em atraso em favor de ANTONIO CESAR SCARDUA, desde que observadas as recomendações apontadas. Esclareço que, no presente caso, apesar de se tratar de contrato de locação, cujas normas que o regulamentam são definidas pelo direito civil, por força do disposto no art. 1º da Lei 8.666/93, as normas previstas no Estatuto das Licitações e Contratos também são aplicáveis, ainda que subsidiariamente, o que reforça a recomendação feita no Parecer ora aprovado da SECULT exigir do Contratado a sua regularidade fiscal. Apesar de lícita a exigência, entendo que o pagamento do aluguel devido pela efetiva ocupação do imóvel pela Administração não pode ser obstado pela falta de apresentação de certidão de regularidade fiscal, sob pena de locupletamento indevido do Erário, raciocínio este que fica reforçado pelas informações trazidas aos autos pelo locador (fls. 46/48), segundo as quais “não existe qualquer vinculação entre o crédito inscrito em dívida ativa, que atualmente impede a obtenção de CND federal, de titularidade da União, e o débito dessa Secretaria de Estado” (Grifos no original).

Esse entendimento também conta com a adesão do Colendo Tribunal de Contas da União. Confira-se:

“[...] A perda da regularidade fiscal no curso de contratos de execução continuada ou parcelada justifica a imposição de sanções à contratada, mas não autoriza a retenção de pagamentos por serviços prestados Consulta formulada pelo Ministério da Saúde suscitou possível divergência entre o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) 401/2000 e a Decisão nº 705/1994 – Plenário do TCU, relativamente à legalidade de pagamento a fornecedores em débito com o sistema da seguridade social que constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf). A consulente registra a expedição, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de orientação

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo **Procuradoria Geral do Estado**

baseada no Parecer 401/2000 da PGFN, no sentido de que “os bens e serviços efetivamente entregues ou realizados devem ser pagos, ainda que constem irregularidades no SicaF”. Tal orientação, em seu entendimento, colidiria com a referida decisão, por meio do qual o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a da seguridade social. O relator, ao endossar o raciocínio e conclusões do diretor de unidade técnica, ressaltou a necessidade de os órgãos e entidade da Administração Pública Federal incluírem, “nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”, além das sanções resultantes de seu descumprimento. Acrescentou que a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais “podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento”. Caso contrário estaria a Administração incorrendo em enriquecimento sem causa. Observou, também, que a retenção de pagamento ofende o princípio da legalidade por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93. O Tribunal, então, decidiu responder à consulente que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem: a) “... exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, 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”; b) “... incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a integral execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

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)". Acórdão n.º 964/2012-Plenário, TC 017.371/2011-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.4.2012. Noticiado no Informativo de jurisprudência sobre licitações e contratos do TCU nº 103, maio de 2012. "

Ademais, vale lembrar que não é possível que o Estado se locuplete ilicitamente às custas do particular, postura que se afigura de todo antijurídica e que deve ser afastada.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ acompanha a linha de raciocínio acima alinhavada, valendo a transcrição do seguinte julgado³:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE "QUENTINHAS". SERVIÇOS PRESTADOS AO DISTRITO FEDERAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA NÃO-COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E LEGALIDADE.

Não se afigura legítima a retenção do pagamento do serviço prestado, após a efetivação do contrato e a prestação dos serviços contratados, pelo fato de a empresa contratada não comprovar sua regularidade fiscal.

Como bem asseverou a Corte de origem, "se a Administração, no momento da habilitação dos concorrentes, não exige certidão de regularidade fiscal (Lei 8.666/93, art. 29, III), não pode, após contratar e receber os serviços, deixar de pagá-los, invocando, para tanto, decreto regulamentar" (fl. 107).

Recebida a prestação executada pelo contratado, não pode a Administração se locupletar indevidamente, e, ao argumento da não-comprovação da quitação dos débitos perante a Fazenda Pública,

3 STJ. Resp nº 730.800/DF, 2ª Câmara. Rel. Franciulli Netto. Julg. 6.9.2005.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

reter os valores devidos por serviços já prestados, o que configura violação ao princípio da moralidade administrativa. Precedentes. Na lição de Marçal Justen Filho, a Administração não está autorizada a "reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou com outras instituições" ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed. São Paulo: 2002, Dialética, p. 549). Recurso especial improvido. (grifei)

Sendo assim, restou sedimentada a tese segundo a qual não seria lícito ao Estado contratante promover a retenção de créditos contratuais de particulares que já lhe tenham prestado serviço de forma satisfatória, mesmo quando estes forem devedores do Fisco, pois essa medida coercitiva não se encontra presente no rol taxativo de sanções administrativas autorizadas pela Lei de Licitações.

III . Débitos de natureza trabalhista e/ou previdenciária. Necessidade de retenção cautelar e auto-executória dos créditos.

Nada obstante às considerações feitas anteriormente com relação aos possíveis débitos fiscais da empresa contratada, quando os débitos do particular constatados pela Administração têm, especificamente, natureza trabalhista e/ou previdenciária, causando risco de condenação subsidiária ao Estado, é possível afirmar que existe consenso nesta PGE no sentido de que é possível a retenção cautelar e auto-executória dos créditos.

A avalizar tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua Segunda Turma, sinalizou com a possibilidade de que a

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

retenção ocorra, mediante medida acautelatória e auto-executória do Estado. Em uma importante quebra de paradigmas, legitimou-se o represamento dos créditos contratuais, mediante decisão unilateral (e provisória) da Administração, em hipótese em que o risco de condenação trabalhista restou evidenciado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS. PERIGO NA DEMORA NÃO COMPROVADO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC.

INOCORRÊNCIA. OBSCURIDADES NÃO CONFIGURADAS. MERO INCONFORMISMO EM RELAÇÃO AO PROVIMENTO JUDICIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. CLÁUSULA COM PREVISÃO DE REMUNERAÇÃO DOS EMPREGADOS DA PRESTADORA EM VALOR ACIMA DO PISO SALARIAL. CONTRATADA QUE ESTABELECE "COTA UTILIDADE" (FORNECIMENTO DE CURSOS TÉCNICOS) A FIM DE CUMPRIR TAL EXIGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DA CLÁUSULA CONTRATUAL.

RETENÇÃO DE VALORES PAGOS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COM CONTRADITÓRIO DIFERIDO. NECESSIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SE RESGUARDAR DE DANOS PECUNIÁRIOS FACE AO ENUNCIADO SUMULAR N. 337 DO TST. EXCESSO NA RETENÇÃO. MATÉRIA PERTINENTE À FASE DE LIQUIDAÇÃO.

NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DESTA CORTE SUPERIOR. APLICAÇÃO DE MULTA CONTRATUAL EM PROCESSO JUDICIAL. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93. OBSERVÂNCIA DA DEFESA PRÉVIA NA FASE JUDICIAL.

(...)

11. Em segundo lugar, em relação à ofensa aos arts. 78 e 87 da Lei n. 8.666/93, o que se tem - pelo menos em uma perspectiva inicial, frise-se - é que a Administração, em procedimento administrativo instaurado, entendeu pela retenção dos pagamentos com fundamento

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo **Procuradoria Geral do Estado**

em descumprimento de cláusula contratual.

12. Mesmo que se acolham as premissas de fato lançadas pela requerente, no sentido de que não houve prévio contraditório, a verdade é que, nos casos de aplicação dos arts. 78, inc. I, e 80 da Lei n. 8.666/93, exige-se, para as medidas elencadas neste último dispositivo, o devido processo legal, mas com contraditório diferido.

13. Daí porque não há que se falar na ilegalidade da retenção efetuada, especialmente porque, embora o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 afaste a responsabilidade da Administração por encargos trabalhistas (cujo pagamento estão na base da controvérsia que se submete ao Judiciário nestes autos), o Tribunal Superior do Trabalho - TST reiteradamente atribui responsabilidade subsidiária do tomador do serviço (aí inclusas as sociedades de economia mista, como a requerida) pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas (Súmula n. 331, item IV).

14. Sem desatentar para o fato de que o Supremo Tribunal Federal vem avaliando a correção do posicionamento do TST quando em confronto com a Súmula Vinculante n. 10 (AgRg na Rcl. 7.517/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, com julgamento suspenso por pedido de vista da Min. Ellen Gracie), se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas (mesmo que subsidiariamente), 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.

15. Quanto ao excesso na retenção, tem-se de matéria atinente à liquidação, e não à fase de conhecimento propriamente dita. Somente com cálculos será possível saber se a retenção foi maior do que o ônus a ser eventualmente arcado pela Administração. Aliás, mais do que isso, trata-se de questão que não pode ser conhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, porque envolve apreciação do conjunto fático-probatório, o que lhe é vedado por sua Súmula n. 7.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

16. Em terceiro lugar, ainda no que se refere à ofensa aos arts. 78 e 87 da Lei n. 8.666/93, importante destacar que a aplicação da multa contratual não se deu a via administrativa, mas sim nos autos em que interposto o especial.

17. Dessa forma, não se sustenta a tese adotada pela requerente acerca de inexistência de prévia defesa, pois, como asseverado pela origem, no presente processo judicial, observado o trâmite do CPC, a cláusula do devido processo legal revela-se plenamente obedecida.

18. Não há espaço, aqui, para a incidência do art. 87 da Lei n. 8.666/93, na medida em que referido dispositivo versa sobre a aplicação de multas pelas Administração Pública em via própria, e não aos casos de judicialização do descumprimento do contrato administrativo.

19. Agravo regimental não provido.

(AgRg na MC 16.257/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 16/12/2009)

Especificamente nesses casos, portanto, a existência de reclamação trabalhista em curso, na qual o Estado figura como suposto devedor subsidiário, a constatação de débito para com o INSS, dentre outras situações análogas, recomenda-se a retenção do crédito contratual ostentado pelo particular, de forma cautelar e auto-executória, ao menos até que a Procuradoria Trabalhista (PTR) analise o potencial do risco de condenação trabalhista em desfavor do Estado, o que deve ser sempre levado a efeito com a maior brevidade possível.

Nessas hipóteses (risco de condenação trabalhista subsidiária, ordem de penhora emitida pela Justiça do Trabalho etc.), tem se recomendado, invariavelmente, que:

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

1) Os autos processuais sejam imediatamente remetidos à Douta Procuradoria Trabalhista. Compete àquela Setorial, mediante análise da justificativa apresentada pelo particular, e de outros elementos que julgar convenientes, aferir o potencial do risco de condenação trabalhista em desfavor do Estado;

2) Até que essa análise seja efetuada pela Procuradoria Trabalhista, o suposto crédito convenial do particular deve ser integralmente retido;

3) Se a análise daquela Respeitável Setorial levar à conclusão de que a reclamação trabalhista em curso não constitui motivo hábil a justificar a retenção, o pagamento poderá ser efetuado integralmente ao particular, mesmo que não tenha sido apresentada certidão de regularidade. Esse pagamento se legitimará sob a circunstância de que o objeto contratual já fora entregue e sobre o axioma de que é vedado ao Estado o enriquecimento sem causa;

4) Se, ao contrário, a análise da PTR resultar na conclusão de que há efetivo risco de condenação subsidiária do Estado que justifique a manutenção da retenção dos créditos contratuais, deverão ser observados os seguintes critérios:

4.1) a retenção deve ocorrer no limite dos débitos do particular que forem identificados objetivamente (com memória de cálculo pormenorizada);

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

4.2) os créditos excedentes poderão ser pagos diretamente ao particular, desde que reste assegurado todo o pagamento da dívida;

4.3) a retenção deve abarcar todo o possível impacto financeiro da condenação trabalhista, acrescida dos débitos resultantes do inadimplemento convencional (no que se inclui, a devolução dos valores transferidos voluntariamente à Associação e não utilizados na execução do plano de trabalho, além de eventuais multas e juros decorrentes do descumprimento do acordo).

Essa prática permitirá a retenção dos pagamentos, não como forma de penalidade administrativa, mas como meio de pagamento indireto que satisfaz, a um só tempo, a necessidade inadiável dos trabalhadores, a proteção aos cofres públicos e a satisfação – ainda que por via reflexa – do crédito ostentado pelo particular.

[...]

V - Conclusão

Ante o exposto, entende-se pela impossibilidade de retenção do pagamento pelos serviços efetivamente prestados pela contratada caso esta não apresente as certidões de regularidade fiscal, excetuando-se as certidões negativas de cunho trabalhista e previdenciária.

Entende-se, ainda, necessária a remessa imediata dos autos à Douta Procuradoria Trabalhista para, mediante análise da justificativa apresentada pelo particular, e de outros elementos que julgar convenientes, aferir o potencial do risco de condenação trabalhista em

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

desfavor do Estado, nos termos do item III, deste parecer.

[...]” grifos no original

Por coadunar com o entendimento alhures transcrito, valho-me da fundamentação *per relationem* para adotar a referida fundamentação como razões de opinar.

Registre-se que não consta nos autos a existência de débitos trabalhista, mas caso seja verificada sua ocorrência, devem os autos ser remetidos à PTR – Procuradoria Trabalhista para aferição do potencial de risco de condenação trabalhista em desfavor do Estado em relação ao contrato em espeque, na forma do Enunciado 331 do TST.

Caso seja necessária a retenção do pagamento, deve a Contratada ser notificada, dando-lhe ciência dos atos praticados pela administração e ofertando-lhe a oportunidade de apresentar todos os documentos que comprovem a quitação de eventuais débitos trabalhistas e previdenciários, garantido-lhe, assim, o direito de defesa.

Por fim, o pagamento somente pode ser efetuado se o serviço tiver sido efetivamente prestado, de forma integral, com o satisfatório atendimento do objeto contratado, o que deve ser declarado nos autos, tendo em vista que a Nota Fiscal não foi apresentada, conforme mencionado pela II. Parecerista.

Diante do exposto, após a análise dos aspectos jurídicos do processo, sem ingressar no exame das questões técnicas, econômicas ou alusivas à oportunidade e conveniência, opina-se pela impossibilidade de retenção do

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

pagamento pelos serviços efetivamente prestados pela empresa contratada no caso de irregularidade fiscal, exceto nos caso de débitos de natureza trabalhista e previdenciária, que por causarem risco de condenação subsidiária ao Estado, permite-se efetuar a retenção cautelar e auto-executória dos créditos.

Vale registrar que a análise empreendida por esta Chefia/Coordenação se concentra no exame da congruência interna (fundamentação jurídica) e externa (conformidade do parecer jurídico ao entendimento predominante da setorial) do parecer jurídico aludido, não se adentrando no exame das informações e documentos constantes dos autos.

À SPGA.

Vitória, 19 de maio de 2016.

EVANDRO MACIEL BARBOSA
Procurador-Chefe Adjunto da Área II em substituição
Procuradoria de Consultoria Administrativa - PCA