



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo N°: 61084867

PARECER PGE/PCA N° 00586/2016

Ilmo Sra. Procuradora Chefe da PCA,

Trata-se de consulta sobre a possibilidade ou não do pagamento pelo serviço prestado pela empresa Speed Copy tendo em vista que a mesma estaria com restrições para a emissão de certidão negativa de débitos, conforme informações de fls. 1021.

Entretanto, conforme informações de fls. 1004 não está claro se há igualmente restrições para a emissão de Nota fiscal, estando igualmente pendente a emissão da nota fiscal e as notas de comprovação dos serviços.

DELIMITAÇÃO DA CONSULTA

Inicialmente, informamos que a presente análise restringir-se-á ao caráter jurídico da consulta, não sendo considerados aspectos técnicos ou econômico-financeiros, nem tão pouco de oportunidade e conveniência, cujo ônus recai sobre a Autoridade Consulente.

Ademais, deixo de me manifestar sobre a legalidade dos atos praticados pela consulente anteriores a este parecer, limitando-me, pois, aos termos da consulta submetida a exame, ficando a autoridade competente advertida da responsabilidade exclusiva e integral pela rigorosa observância da legislação aplicável ao caso, sob pena de configuração de ato de improbidade administrativa.

Tendo em vista que a consulente não informe quais certidões estão pendentes, o que impede uma análise detida dos fatos, passo a tecer

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>
NN 2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

esclarecimentos, em tese, sobre a possibilidade ou não da retenção dos pagamentos em razão da ausência de certidões de regularidade fiscal.

IMPOSSIBILIDADE DA RETENÇÃO DE PAGAMENTO DIANTE DE IRREGULARIDADE FISCAL JUNTO A OUTROS ENTES

Eventuais débitos junto a outros entes federativos não constituem óbice para o pagamento pelos serviços devidamente prestados pelo particular contratado junto ao Estado do Espírito Santo.

Isso porque o ordenamento jurídico aplicado ao caso não contempla nenhuma previsão no sentido de que se promova a retenção de pagamentos devidos ao prestador de serviços ou ao fornecedor de bens, motivada pela constatação de que o particular se encontra em débito com outros entes federativos.

Não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados ou bens fornecidos, não poderia ser aplicada a referida sanção, sob pena de violação ao princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa.

A irregularidade fiscal da contratada constitui motivo, inclusive, para rescisão contratual, na forma do art. 78 da Lei 8.666/93, porém, a lei não autoriza a retenção de pagamentos por serviços prestados ou materiais fornecidos.

Ademais, a retenção do pagamento ao particular que tenha cumprido a contento sua prestação, sob o manto de estar em débito com outro ente federativo, poderá configurar enriquecimento ilícito por parte da Administração.

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>
NN 2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Tal entendimento está consubstanciado em jurisprudência firme do Colendo Superior Tribunal de Justiça¹, veja-se:

AgRg no AREsp 277049 / DF

Ministro BENEDITO GONÇALVES

DJe 19/03/2013

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO CONTRATUAL. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS PELOS SERVIÇOS JÁ PRESTADOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A pretensão recursal destoa da jurisprudência dominante nesta Corte no sentido da ilegalidade da retenção ao pagamento devido a fornecedor em situação de irregularidade perante o Fisco, por extrapolar as normas previstas nos arts. 55 e 87 da Lei 8.666/93. Precedentes: AgRg no REsp 1313659/RR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 06/11/2012; REsp 633432/MG, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 20/6/2005; AgRg no REsp 1048984/DF, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/9/2009; RMS 24953/CE, rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17/03/2008. 2. Agravo regimental não provido.

Vide, ainda, enxerto do voto do Ministro Franciulli Netto no REsp 730.800:

“Afigura-se legítima a exigência, para contratação com o Poder Público, da comprovação de regularidade fiscal do contratado para com a Fazenda Pública, regularidade que deve ser comprovada no momento da habilitação, nos termos do artigo 29 da Lei n. 8.666/93.

Não se afigura legítima, todavia, a

¹ REsp 633.432, DJ de 20-6-2005, e REsp 730.800, DJ de 21-3-2006

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>
NN 2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

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.

O que o recorrente pretende é condicionar o pagamento por um serviço já prestado à comprovação da regularidade fiscal do recorrido, que, quando muito, ensejaria providências tendentes a romper o vínculo contratual, mas não impedir a empresa que prestou o serviço de por ele receber, ocasionando indevido enriquecimento do recorrente, não tolerado pelo ordenamento jurídico.

A par das normas internas de cada órgão da Administração Pública, a nenhum deles é permitido o enriquecimento indevido, consubstanciado na prestação de serviços sem a contraprestação pecuniária por parte da contratante.

Recebida a prestação executada pelo contratado, não pode a Administração se locupletar indevidamente, e ao argumento de 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.

Essa é a lição de Marçal Justen Filho:

Verificando-se, após a contratação, que o contratante não preenchia ou não preenche mais os requisitos para ser habilitado, deverá promover-se a rescisão do contrato. A rescisão tanto pode fundar-se na descoberta de que o particular não detinha as condições necessárias como em que, após a contratação, deixou de preencher as exigências legais. Os requisitos de idoneidade devem estar presentes não apenas no momento anterior à contratação, mas têm de permanecer durante o período de execução do contrato.

(...)

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>
NN 2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Isso se passa, também e especialmente, no tocante à regularidade fiscal. Isso 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 com outras instituições. A Administração poderá comunicar ao órgão competente a existência do crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas.' ("Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed. São Paulo: 2002, Dialética, p. 549).

(...)

Os princípios da moralidade e legalidade, que devem permear todos os atos públicos, inclusive as contratações, vedam, também, o enriquecimento ilícito e o locupletamento de qualquer das partes.

Dessarte, ainda que não comprovada a regularidade fiscal do contratado, após a prestação dos serviços, não se afasta o dever de pagamento pelo objeto já realizado."

No mesmo sentido foi o julgamento do RMS 24.953/CE, em 4-3-2008, da relatoria do Ministro Castro Meira, senão vejamos:

*ADMINISTRATIVO. MANDADO DE
SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO.
IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE
PAGAMENTO.*

1. É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF.

2. A exigência de regularidade fiscal deve

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>
NN 2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser "obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação".

3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual.

4. Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal.

5. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.

6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.

Com efeito, o parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 determina não ser lícito ao Estado se enriquecer indevidamente às custas da contratada, pelo que houver executado, ainda que não haja cobertura contratual, além do art. 884 do Código Civil vedar o locupletamento ilícito.

Desse modo, eventuais débitos junto a outros entes federativos não constituem óbice para o pagamento pelos serviços devidamente prestados pelo particular contratado.

POSSIBILIDADE DA RETENÇÃO DE PAGAMENTO DIANTE DE

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>
NN 2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

IRREGULARIDADE FISCAL JUNTO AO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
E O TRATAMENTO DADO AOS DÉBITOS TRABALHISTAS E
PREVIDENCIÁRIOS

Conforme entendimento desta Procuradoria de Consultoria Administrativa, a matéria ganha contornos diferenciados quando o contratado estiver em débito junto ao próprio ente pagador – *in casu*, a Fazenda Estadual -, uma vez que a querela poderá ser solucionada por meio do instituto da *compensação* ou da garantia em juízo, que não se configura, a meu ver, qualquer espécie de sanção, uma vez que o patrimônio – moral ou patrimonial – do credor não será atingido além dos créditos a que tem direito junto ao Estado do Espírito Santo.

A realização da compensação ou da garantia em juízo entre o crédito do credor e as suas dívidas com o Estado do Espírito Santo se mostra em harmonia com os *princípios da indisponibilidade do patrimônio público* e da *moralidade*², amparados implícita e explicitamente pela Constituição Federal.

O pagamento da importância pleiteada por determinada empresa, olvidando-se da sua inadimplência perante a Fazenda Estadual, apresenta-se, no mínimo, afrontoso aos princípios acima elencados.

Nesse caso, estar-se-ia diante de uma situação em que, embora a legislação infraconstitucional (Lei n. 8.666/93) não tenha dedicado explicitamente uma linha prescritiva quanto à possibilidade de retenção de créditos devidos ao particular quando este for devedor do mesmo credor, deve o administrador público balizar seu comportamento pelas normas que emanam dos aludidos princípios constitucionais.

Assim, não é porque a Lei n. 8.666/93 não trouxe previsão nesse sentido, que o administrador deverá realizar o pagamento à mercê do débito do particular com o Estado do Espírito Santo, num comportamento oposto ao princípio da

² Entendimento semelhante foi manifestado pela Dra. Juliana Paiva Faria Faleiro em despacho no PA 49364529, quando a Ilustre Procuradora atuava como Procuradora-Chefe da PCA.

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>
NN 2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Estado

moralidade administrativa.

Como cedição, a *moralidade* é entendido como *valor*, como sendo o "direito natural de conteúdo e democrático"³, sendo que as correntes *jusnaturalistas* apontam, dentre outros, a ética e a moral como valores extrajurídicos que devem ser considerados, sem olvidar que a *moralidade administrativa* encontra-se positivada no *caput* do art. 37 da CRFB.

Como bem ensina DI PIETRO:

*[...] sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.*⁴

Assim, eventual pagamento pretendido pelo particular, desconsiderando seus débitos fiscais com o próprio ente pagador, mostrar-se-ia contrário ao princípio da moralidade administrativa.

Tal entendimento deve ser estendido quando se tratar de débitos trabalhistas e previdenciários.

Isso porque a razão que permeia a instituição da obrigatoriedade de apresentar os comprovantes de pagamento das obrigações trabalhistas e previdenciárias é a de evitar potenciais responsabilizações da Administração Pública no âmbito da Justiça do Trabalho, frente ao entendimento sumulado do TST contido no seguinte verbete:

³ MONCADA, Luís S. Cabral de. Os princípios gerais de direito e a lei. In: _____. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 410.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 70.

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>
NN 2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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>
NN 2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

(grifei)

Demonstrada a possibilidade de que a Administração Pública seja condenada subsidiariamente ao pagamento das parcelas trabalhistas e previdenciárias relativas aos funcionários de particulares que com ela contratam, inclusive com fundamento em entendimento sumulado do TST, não se afigura possível a dispensa da comprovação da regularidade de tais parcelas.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Joel de Menezes Niebuhr⁵, *in verbis*:

Situação diferente é aquela em que o contratado não recolhe os encargos trabalhistas e previdenciários pertinentes ao contrato firmado com a Administração, em especial os relativos aos seus empregados. Nesses casos, por força do Enunciado nº 331 do TST, a Administração pode ser responsabilizada subsidiariamente pelos encargos trabalhistas e solidariamente pelos previdenciários. Dessa sorte, para evitar posterior responsabilização, a Administração costuma exigir que a fatura apresentada pelo contratado seja acompanhada do comprovante de recolhimento dos respectivos encargos, trabalhistas, previdenciários e outros. Isso, sim, é permitido, porquanto, nessa situação, a Administração está fiscalizando o cumprimento do contrato e evitando a sua responsabilização.

5 NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 2ª Ed. 2012. Belo Horizonte: Fórum. p. 781.

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>
NN 2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Nesta esteira, o STJ já decidiu pela possibilidade de retenção de verbas devidas pelo particular, veja-se:

REsp 1241862 / RS

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

DJe 03/08/2011

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ESTADO. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS ENCARGOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 71, §1º, DA LEI N. 8.666/93. CONSTITUCIONALIDADE. RETENÇÃO DE VERBAS DEVIDAS PELO PARTICULAR. LEGITIMIDADE. 1. O STF, ao concluir, por maioria, pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 na ACD 16/DF, entendeu que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. 2. Nesse contexto, se a Administração pode arcar com as obrigações trabalhistas tidas como não cumpridas quando incorre em culpa in vigilando (mesmo que subsidiariamente, a fim de proteger o empregado, bem como não ferir os princípios da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa), é legítimo pensar que ela adote medidas acauteladoras do erário, retendo o pagamento de verbas devidas a particular que, a priori, teria dado causa ao sangramento de dinheiro público. Precedente. 3. Recurso especial provido.

Como se pode notar, a exigência de comprovação de regularidade trabalhista e previdenciária é medida que se impõe ao administrador público, cujo fim último é evitar o dispêndio indevido de recursos do erário, forte no princípio da indisponibilidade do interesse público.

Por outro lado, embora a ausência de certidões negativas de débito possa

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>
NN 2016.02.000453

61084867



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

não ser óbice ao pagamento do serviço prestado, a apresentação da Nota Fiscal e da nota de comprovação dos serviços ou documento hábil para este fim, legalmente admitido, é essencial para o cumprimento das obrigações legais e contratuais do Estado, não podendo ser dispensado.

Diante das limitações das informações dos autos, estas eram as considerações que reputo relevante para a orientação e atendimento da consulta.

Vitória, 09 de maio de 2016

ANA LUIZA GUIMARÃES OLIVEIRA
Procuradora do Estado
OAB/ES N° 11.024

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>
NN 2016.02.000453

61084867