



PROCESSO Nº: 2023052878

SOLICITANTE: PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO

ASSUNTO: PARECER REFERENCIAL. COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL

PARECER REFERENCIAL Nº 003/2023/SUAD/PGM

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO REGIDO PELA LEI Nº 8.666/1993. RETENÇÃO DE PAGAMENTOS DE FORNECIMENTOS, OBRA OU SERVIÇOS JÁ EXECUTADOS, DECORRENTES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EM VIRTUDE DE EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL.

1. Em regra, se o bem foi fornecido, a obra realizada, ou o serviço prestado, a princípio, é ilegítima a retenção de pagamento a contratada em razão da constatação de sua irregularidade fiscal superveniente, considerando a ausência de previsão legal para tanto, cabendo, contudo, a imediata comunicação desse fato, devidamente formalizada nos autos, aos gestores do contrato, para que analisem a viabilidade de rescisão do contrato e de aplicação de sanção, garantida a prévia defesa, conforme disposto no art. 55, inciso XIII, art. 78, inciso I, e art. 87, todos da Lei nº 8.666/93;

2. Excepcionalmente, a retenção é legítima, relativamente aos encargos de natureza previdenciária e trabalhistas incidentes sobre a folha salarial dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços decorrentes de específico contrato administrativo sobre os quais o Município de Palmas poderá responder solidariamente, na forma do art. 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93 (débitos previdenciários), e subsidiariamente, nos termos da súmula nº 311 do TST (débitos trabalhistas), sem prejuízo da eventual possibilidade de aplicação de sanções e rescisão contratual, caso presentes os respectivos pressupostos;

I – RELATÓRIO

1. Trata-se de Processo Administrativo iniciado para atender a determinação do Procurador-Geral do Município de Palmas, por meio do Ofício nº 146/2023/GAB/PGM, no qual consta requerimento de elaboração de parecer referencial em relação à **possibilidade de efetivação de pagamento, à parte contratada, em decorrência de contrato administrativo, firmados sob a égide da Lei nº 8.666/1993,**



com o Município de Palmas, diante da superveniente constatação de que aquela se encontra sob irregularidade fiscal.

2. Ressalta-se que diante da multiplicidade de processos administrativos encaminhados à esta Procuradoria-Geral do Município de Palmas, com objetos de análise idênticos, a intenção da presente manifestação referencial é atender a Administração Pública Municipal de forma célere, com a dispensa de análise individualizada dos processos com mesma temática e fundamentação legal, em homenagem aos princípios da eficiência, da economicidade, e da segurança jurídica.

3. Assim, o objetivo da presente manifestação jurídica referencial é consignar orientações em processos administrativos acerca da **possibilidade ou não de retenção de pagamento, em favor de contratada pelo Município, em razão de constatação de sua irregularidade fiscal no curso da execução contratual, após fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço.**

4. É o relatório.

II – DA ADOÇÃO DO PARECER JURÍDICO REFERENCIAL

5. Entende-se por parecer jurídico referencial aquele que analisa todas as questões jurídicas de processos administrativos que envolvam matérias idênticas e recorrentes. Nessa lógica, os processos cujo objeto sejam matéria de parecer jurídico referencial estão dispensados da análise individualizada pela Procuradoria-Geral do Município.

6. O Tribunal de Contas da União, possui entendimento pela possibilidade da adoção de pareceres referenciais, uma vez que tal prática não encontra óbice no que dispõe o parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993.

7. É o que se extrai de trecho do Acórdão nº 2.674/2014 – Plenário – TCU:

(...) à Advocacia-Geral da União que o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, **não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014.** (grifamos).



PGM
Fl. _____
Ass. _____

8. Em decorrência do elevado número de processos em matérias idênticas, recorrentes e de baixa complexidade jurídica, a Procuradoria-Geral do Município de Palmas, inspirada na Orientação Normativa AGU nº 551, de 23 de maio de 2014, publicou, no Diário Oficial do Município, Edição nº 3.254, de 04 de julho de 2023, a PORTARIA/GAB/PGM/Nº 22, DE 30 DE JUNHO DE 2023, que autoriza, no âmbito da Procuradoria-Geral do Município de Palmas, a figura do Parecer Referencial. De seu teor, extrai-se:

Art. 2º Fica instituído o Parecer Referencial, a critério da Procuradoria-Geral do Município, quando houver processos e expedientes administrativos com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos, para os quais seja possível estabelecer orientação jurídica uniforme, cuja observância dependa de mera conferência de dados e/ou documentos constantes dos autos, desde que observados determinados requisitos e de que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos do parecer referencial.

§ 1º A juntada de cópia do Parecer Referencial em processo ou expediente administrativo dispensa a análise individualizada pela Procuradoria Geral do Município, salvo consulta acerca de dúvida jurídica específica, devidamente identificada e motivada, que não tenha sido sanada pelo parecer referencial.

§ 2º A análise de convênio, termo de parceria ou instrumento congênere poderá ser feita por Parecer Referencial, do qual deverão constar os necessários requisitos, limites e recomendações de índole jurídica, inclusive quanto ao respectivo Plano de Trabalho.

Art. 3º A elaboração do parecer jurídico referencial é de competência exclusiva da Procuradoria-Geral do Município, mediante solicitação dos Órgãos da Administração Direta ou dos

¹ ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014. O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/2009-12, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993: I - Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação. II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos. Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014 LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS.



Entes da Administração Indireta do Município ou do Procurador Geral do Município.

Parágrafo único. O órgão interessado em submeter o assunto para análise e aprovação de parecer referencial deverá encaminhar solicitação à Procuradoria-Geral do Município, instruindo o requerimento com a documentação pertinente, através de processo administrativo.

Art. 4º O Parecer Jurídico Referencial, subscrito pelo Procurador do Município designado para atuar no respectivo processo administrativo, será publicado no Diário Oficial do Município de Palmas, desde que previamente aprovado pela chefia da Subprocuradoria Administrativa e pelo Procurador-Geral do Município.

Art. 5º O Parecer Jurídico Referencial, meramente opinativo, versa sobre análise estritamente jurídica, competindo ao gestor a decisão que considere atender ao melhor interesse da municipalidade, inclusive no que tange a existência de interesse público, não cabendo a Procuradoria-Geral do Município adentrar na análise de conveniência e oportunidade, alheios à missão deste órgão.

Art. 6º O posicionamento exarado no Parecer Jurídico Referencial poderá ser revisado em caso de necessidade de complementação, aperfeiçoamento ou ampliação de posicionamento lançado em parecer referencial anterior, bem como na hipótese de adaptá-lo a inovação normativa, mutação jurisprudencial ou mudança de entendimento da Procuradoria Geral do Município.

Parágrafo Único. Os pareceres referenciais serão revisados anualmente pela Procuradoria do Município, para fins de verificação da necessidade de adequação ou modificação.

Art. 7º Em caso de alteração da legislação que fundamentou o Parecer Referencial, o órgão da Administração poderá suscitar à Procuradoria Geral do Município eventual necessidade de substituição da orientação precedente, sem prejuízo do dever funcional do corpo técnico da Procuradoria de manter-se atualizado com a legislação e regulamentos editados e solicitar os ajustes pertinentes.

Art. 8º O processo cujo tema tenha sido objeto de Parecer Referencial deverá ser instruído com a sua cópia, check-list, e a



minuta padrão, conforme o caso e o respectivo Atesto de Conformidade correspondente.

9. Assim sendo, é imperativo tratar-se de *processos e expedientes administrativos com os mesmos pressupostos fáticos e jurídicos, para os quais seja possível estabelecer orientação jurídica uniforme, cuja observância dependa de mera conferência de dados e/ou documentos constantes dos autos, desde que observados determinados requisitos e de que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos do parecer referencial.*

10. *In casu*, conforme já relatado, **o presente parecer jurídico referencial abrangerá os processos administrativos cuja matéria envolva análise jurídica referente à possibilidade ou não de retenção de pagamento, em favor de contratada pelo Município, em razão de constatação de sua irregularidade fiscal durante a execução contratual, após fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço.**

11. Acrescente-se, ainda, que a presente manifestação tem por referência o entendimento consignado no PARECER Nº 054/2017 - PRCON/PGDF, da Procuradoria-Geral do Distrito Federal², e PARECER/AJA/Nº 238/2014, DE 13 DE FEVEREIRO DE 2014, da Assessoria Jurídico-Administrativa da Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios³.

12. Dessa forma, sabendo que o fluxo de processos que envolve o objeto supramencionado é muito elevada, é certo dizer que a análise individualizada de cada processo administrativo que verse sobre o tema enseja excesso de demanda apta a prejudicar a rotina de trabalho desta Subprocuradoria Administrativa, haja vista que o referido setor, por força do art. 10, inciso I, da Lei municipal nº 1.956/2023⁴, é responsável pela análise e encaminhamento das questões submetidas por todos os órgãos que compõe a Administração municipal e suas Autarquias, em qualquer área, tendo a obrigação de emitir parecer, dentre outros, sobre atos de pessoal, procedimentos licitatórios, desapropriações, bem como em relação ao registro e controle dos bens patrimoniais e direito de construir em âmbito local.

13. Assim, em razão deste parecer jurídico referencial, caberá ao órgão ou entidade interessada a conferência de dados e/ou documentos constantes dos autos respectivos, mediante adoção de todas

² Disponível em <http://parecer.pg.df.gov.br/arquivo/PRCON/2017/PRCON.0054.2017.pdf>

³ Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/parecer-normativo/2014/parecer-aja-no-238-2014-de-13-de-fevereiro-de-2014>

⁴ Art. 10. As atividades da Procuradoria Geral do Município são executadas por intermédio das seguintes Subprocuradorias: I - Subprocuradoria Administrativa (SUAD), responsável pela análise e encaminhamento de todas as questões submetidas à apreciação da Procuradoria Geral em qualquer área, emitir parecer sobre atos de pessoal e procedimentos licitatórios, pelas desapropriações na fase amigável, bem como pelo registro e controle dos bens patrimoniais e do instituto do direito de construir, à exceção da área fiscal e tributária;



as diretrizes jurídicas consignadas nesta manifestação, devendo a área técnica atestar, de forma expressa (com preenchimento do Atestado de Conformidade), que o caso concreto se amolda aos seus termos, procedendo-se com a juntada de cópia do Parecer e com o preenchimento de *check-list* e da minuta-padrão correspondente.

III – FUNDAMENTAÇÃO

14. O presente opinativo analisa a possibilidade de efetivação de pagamento à parte contratada, em decorrência de contratos administrativos, regidos pela Lei nº 8.666/1993, firmados com o Município de Palmas, diante da superveniente constatação de que aquela encontra-se sob irregularidade fiscal.

15. Diante disso, cabe consignar que os contratos administrativos são os ajustes celebrados entre a Administração Pública e o particular, regidos, predominantemente, pelo direito público, para execução de atividades de interesse público⁵. No presente caso, encontram fundamento legal básico na Lei nº 8.666/1993.

16. Nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/93, *“Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”*.

17. Esses contratos são constituídos, inclusive, pelas denominadas cláusulas exorbitantes, as quais consagram prerrogativas ao Poder Público.

18. A Lei nº 8.666/93, que institui normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, em seu art. 55 enumera as cláusulas necessárias a todo contrato e o seu art. 87 impõe as sanções para descumprimento parcial ou total do contrato. Vejamos:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

⁵OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 4 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO; 2016. Página 455.



V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a 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.

§ 1º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

§ 3º No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

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



contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

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

19. Tendo em vista tais dispositivos, no que concerne à presente análise, destaca-se o teor do disposto no inciso XIII do art. 55 e o art. 87. De acordo com a primeira norma, constitui cláusula necessária nos contratos administrativos, dentre outras, a que estabeleça *“a 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”*. Já quando à segunda disposição citada, esta autoriza que, pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração possa, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado determinadas sanções.

20. Diante destas disposições, corriqueiramente, surge dúvida no âmbito da Administração Pública acerca da possibilidade de retenção de pagamentos devidos em razão de uma aquisição, realização de obra ou prestação de serviços já executados por contratadas, diante da constatação irregularidade fiscal superveniente destas, que ocasione infração a disposição contratual que exija a manutenção das condições de habilitação previamente exigidas.

21. A interpretação pela possibilidade se mostra indevida e contrária ao entendimento jurisprudencial consolidado do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Tribunal de Contas da União – TCU, e também da doutrina especializada.

22. Segundo o STJ, a retenção de valores, em razão de superveniente irregularidade fiscal da parte contratada pela Administração violaria o Princípio da Legalidade e geraria enriquecimento sem causa da Contratante. Extrai-se do entendimento jurisprudencial que seria possível, apenas, a rescisão unilateral do contrato e imputação de penalidades, uma vez que a parte contratada não teria conservado as condições de habilitação exigidas, violando, assim, o ajuste firmado (art. 55, inciso XIII c/c art. 78, inciso I, da Lei nº 8.666/93). Confira-se:



PGM
Fl. _____
Ass. _____

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RETENÇÃO DE PAGAMENTO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 368 E 373 DO CÓDIGO CIVIL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. (...)

2. **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.**

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 1.030.498/RO, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 9/9/2008, DJe de 10/10/2008.)

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 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.

(RMS n. 24.953/CE, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4/3/2008, DJe de 17/3/2008.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO.



DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS PELOS SERVIÇOS JÁ PRESTADOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O entendimento dominante desta Corte é no sentido de que, apesar da exigência de regularidade fiscal para a contratação com a Administração Pública, não é possível a retenção de pagamento de serviços já executados em razão do não cumprimento da referida exigência, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração e violação do princípio da legalidade, haja vista que tal providência não se encontra abarcada pelo artigo 87 da Lei 8.666/93.

Precedentes: AgRg no AREsp 277.049/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/03/2013; AgRg no REsp 1.313.659/RR, Rel. Min.

Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 06/11/2012; RMS 24953/CE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17/03/2008.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 275.744/BA, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 5/6/2014, DJe de 17/6/2014.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ART. 41, § 2º, DA LEI 8.666/93. FUNDAMENTO DO ARESTO REGIONAL QUE REMANESCEU ÍNTEGRO. SÚMULA 283/STF. INCIDÊNCIA. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL DURANTE O PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. RETENÇÃO DE PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS. DESCABIMENTO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 83/STJ.

(...)

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

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 561.262/ES, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 20/8/2015, DJe de 31/8/2015.)



PGM
Fl. _____
Ass. _____

23. Neste sentido, o Plenário do Tribunal de Contas da União já decidiu nos seguintes termos:

SUMÁRIO: CONSULTA. EXECUÇÃO CONTRATUAL. PAGAMENTO A FORNECEDORES EM DÉBITO COM O SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL QUE CONSTEM DO SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES. CONHECIMENTO. RESPOSTA À CONSULTA. (...) 2. Nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, deve constar cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento dessa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93). **3. Verificada a irregular situação fiscal da contratada, incluindo a seguridade social, é vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.** (Acórdão 964/2012, Plenário, Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, Sessão de 25/04/2012). Grifos inovadores.

24. Com o mesmo entendimento, leciona Marçal Justen Filho⁶:

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. (...) Isso se passa, também e especialmente, no tocante à regularidade fiscal. Porém não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais (...) A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive por mandado de segurança.

25. De igual maneira, Ronny Charles⁷ aduz que: *“(...) o entendimento que veda a retenção pelo pagamento de serviços prestados, em razão da perda dos requisitos de habilitação, é mais condizente com nosso ordenamento constitucional.”*

26. Assim, conclui-se que, em regra, a Administração Pública não pode condicionar os pagamentos devidos por fornecimento de bens, execução de obras ou de serviços, devidamente prestados, à regularidade fiscal, devendo-se seguir a orientação jurisprudencial retrocitada, abstendo-se de reter tais pagamentos sob o fundamento de constatação de irregularidade fiscal. Isso porque a retenção do pagamento devido não consta do rol de sanções elencadas do art. 87 da Lei nº 8.666/93. Dessa forma,

⁶JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. Página 985.

⁷TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 7 ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2015. Página 696.



tal retenção ofenderia o princípio da legalidade, tal como previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

27. Embora não caiba a retenção do pagamento, como espécie de sanção a ser imposta a parte contratada, por ausência de previsão legal, cabe, após a devida apuração, e desde que observado o contraditório e ampla defesa, a imediata comunicação aos gestores do contrato, devidamente formalizada nos autos, para que analisem a viabilidade de ser imputada à Contratada alguma das penalidades previstas em Lei e no Contrato respectivo, haja vista a possível constatação de descumprimento de disposição contratual obrigatória, nos termos do art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93.

28. Cabe consignar, ainda, que o descumprimento de cláusula contratual pode ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato, nos termos do art. 78, inciso I, da Lei nº 8.666/93:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

(...)

29. **Assim, em regra, se o bem foi fornecido, a obra executada ou o serviço prestado, a princípio, é ilegítima a retenção de pagamento a contratada em razão de superveniente constatação de irregularidade fiscal, cabendo, contudo, a imediata comunicação desse fato, devidamente formalizada nos autos, aos gestores do contrato, para que analisem a viabilidade de rescisão do contrato e de aplicação de sanção, garantida a prévia defesa.**

30. Contudo, deve ser feita uma diferenciação em relação à possibilidade de retenção quando ausente a comprovação de regularidade referente aos débitos previdenciários e trabalhistas relacionados ao contrato em execução com a Administração.

31. Relativamente aos **encargos previdenciários**, o ente contratante é considerado **devedor solidário**, nos termos do art. 71, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93. Já em relação aos **encargos trabalhistas** o ente contratante é considerado **devedor subsidiário**, conforme entendimento consolidado do Tribunal Superior do Trabalho – TST, em seu enunciado de Súmula nº 311.

32. Assim, no que concerne aos encargos trabalhistas, mais recentemente, o Tribunal de Contas da União decidiu, no Acórdão nº 3.301/2015 – Plenário, no seguinte sentido:

(...) 4. **Somente é possível retenção de valores devidos à contratada, por descumprimento de obrigação contratual acessória, nos casos em que o ente estatal possa ser responsabilizado por essas obrigações (...) autorização para retenção de pagamentos devidos em valores**



correspondentes às obrigações trabalhistas inadimplidas pela contratada, incluindo salários e demais verbas trabalhistas, previdência social e FGTS, concernentes aos empregados dedicados à execução do contrato; (...)9.3.2. depositar os valores retidos cautelarmente junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento dos salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento; (Acórdão 3.301, Plenário, Rel. Min Walton Alencar Rodrigues, Sessão de 09/12/2015).

33. Nota-se, assim, que tal retenção é uma forma de resguardar o erário, evitando eventual responsabilização do ente público em ações trabalhistas, devido ao citado entendimento jurisprudencial presente no teor da Súmula nº 331 do TST, que estabelece a responsabilidade subsidiária do Estado nos contratos de terceirização de mão de obra, e não uma forma de penalizar o particular contratado. Aduz o inciso V da referida Súmula:

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

(...)

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.

34. Nesse mesmo sentido, o STJ já admitiu, como solução para evitar um prejuízo ao erário, a possibilidade de a Administração realizar a retenção dos créditos da contratada:

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.

(REsp n. 1.241.862/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/6/2011, DJe de 3/8/2011.)

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. 331 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.

(...)

13. Daí porque não há que se falar na ilegalidade da retenção efetuada, especialmente porque, embora o art. 71, § 1º, da Lei nº 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.**

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).

35. Conforme visto, a subsidiariedade da responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas de empresa contratada não é automática, exigindo-se a configuração de conduta culposa na fiscalização do contrato. Inobstante essa condição para fins de responsabilização, de acordo com os precedentes citados, a não apresentação da certidão negativa da contratada em relação aos débitos trabalhistas deve também ensejar a retenção do pagamento restrito a tais valores, como forma acautelatória da Administração, de acordo com precedentes do TCU e do STJ retrocitados, até que seja apurada a configuração ou não da culpa da Administração para fins da aplicação da subsidiariedade da obrigação pelo pagamento dos débitos trabalhistas.

36. Assim, se a contratada não fornecer certidão negativa de débitos trabalhistas, por ocasião do recebimento da parcela executada do contrato, surge a possibilidade (ao menos em tese) de a Administração responder subsidiariamente por tais débitos e, assim, a medida acautelatória da retenção é medida que se impõe.

37. **No que concerne aos débitos previdenciários, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 71, §2º, prevê a responsabilidade de forma solidária, da Administração com o particular contratado, razão pela qual não há outra conduta a ser adotada pela Administração Pública que não agir com a devida cautela.** Confira-se o teor do dispositivo citado:

Art. 71. (...)

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

38. Verifica-se o mesmo raciocínio no relatório da unidade técnica no Acórdão nº 1.402/2008-Plenário TCU:



Relatório

16. Frise-se que, apesar deste entendimento, a situação de inadimplência do contratado junto ao Poder Público é uma irregularidade grave, pois além das dívidas fiscais onerarem a Administração em sentido amplo, poderá onerar também a Administração contratante, em face da solidariedade legalmente estabelecida. quanto aos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, conforme art. 71, § 2º da Lei 8.666/1993. Para que isso não ocorra, com base no art. 80, IV, da Lei nº 8.666/1993, é admissível a retenção de pagamentos, porém, limitada aos prejuízos efetivamente causados ao Poder Público e apenas nos contratos em que a Administração seja tomadora dos serviços e possa, eventualmente, responder pela inadimplência do contratado relativamente a tais encargos. A retenção, neste caso, será tão-somente no sentido de resguardar a Administração e não de obter vantagem indevida, locupletando-se indevidamente à custa do contratado.

17. Acerca deste assunto, destaque-se lição de Marçal Justen Filho:

E se a Administração verificar que o sujeito não liquidou suas dívidas previdenciárias produzidas pela atividade necessária à execução do contrato? Cabe à Administração o dever de promover a retenção dos valores necessários à sua liquidação, pagando ao particular os valores remanescentes (e encaminhando ao órgão previdenciário os montantes retidos). Se não o fizer, assumirá responsabilidade solidária pelas dívidas referidas. (FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 11ª edição, 2005, p. 565).

IV – CONCLUSÃO

39. Por todo exposto, é possível resumir o posicionamento adotado neste Parecer Referencial da seguinte maneira:

- a) Em regra, se o bem foi fornecido, a obra realizada, ou o serviço prestado, a princípio, é ilegítima a retenção de pagamento a contratada em razão da constatação de sua irregularidade fiscal superveniente, considerando a ausência de previsão legal para tanto, cabendo, contudo, a imediata comunicação desse fato, devidamente formalizada nos autos, aos gestores do contrato, para que analisem a viabilidade de rescisão do contrato e de aplicação de sanção, garantida a prévia defesa, conforme disposto no art. 55, inciso XIII, art. 78, inciso I, e art. 87, todos da Lei nº 8.666/93;
- b) Excepcionalmente, a retenção é legítima, relativamente aos encargos de natureza previdenciária e trabalhistas incidentes sobre a folha salarial dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços decorrentes de específico contrato administrativo sobre os quais o Município de Palmas poderá responder solidariamente, na forma do art. 71, § 2º, da Lei nº



8.666/93 (débitos previdenciários), e subsidiariamente, nos termos da súmula nº 311 do TST (débitos trabalhistas), sem prejuízo da eventual possibilidade de aplicação de sanções e rescisão contratual, caso presentes os respectivos pressupostos;

40. Assim, os processos que se amoldem, de forma inequívoca e direta, com a abordagem aqui realizada prescindem de análise individualizada, cabendo ao gestor proceder à juntada, aos respectivos autos processuais, do presente Parecer Referencial, da “declaração de conformidade” e da lista de verificação, “check list”, em anexo.

41. Persistindo dúvida de caráter jurídico ou nas situações que escapem ao padrão delimitado neste opinativo, o processo deverá ser remetido a esta Consultoria Jurídica, desta Procuradoria-Geral do Município de Palmas, para exame individualizado, mediante esclarecimento das peculiaridades envolvidas e/ou formulação de questionamentos jurídicos específicos.

Palmas/TO, 24 de agosto de 2023.

ARNALD PEREIRA BRAGA

Procurador Municipal

Mat. 413033128 | OAB/TO 8560-B

ANA CATARINA IUMATTI QUEIROZ

Procuradora Municipal

Mat. nº 413038424 | OAB/TO 10.453-B

THIAGO GONÇALVES G. DE AGUIAR

Procurador Municipal

Mat. 413046515 | OAB/TO 11.365-B

GRAZIELLE DE SOUZA SILVA EL ZAYEK

Procuradora Municipal

Mat. 413044060 | OAB/TO 10.925-B

TAIZE ALMEIDA DE ALBUQUERQUE

Procuradora Municipal

Mat. 413033186 | OAB/TO 9900-A

PAULO HENRIQUE GOMES MENDES

Procurador Municipal

Mat. 413041257 | OAB/TO 10.452



PGM
Fl. _____
Ass. _____

CHECK-LIST

ITEM	CONDIÇÕES A SEREM VERIFICADAS	SIM/NÃO	fls. do Processo
1	O órgão ou entidade interessada esta ciente de que, em regra , se o bem foi fornecido, a obra realizada, ou o serviço prestado, a princípio, é ilegítima a retenção de pagamento em favor de contratada pelo Município de Palmas, em razão de constatação superveniente de sua irregularidade fiscal?		
2	O órgão ou entidade interessada esta ciente de que, excepcionalmente , a retenção de pagamento seria legítima, relativamente aos encargos de natureza previdenciária e trabalhistas incidentes sobre a folha salarial dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços decorrentes de específico contrato administrativo sobre os quais o Município de Palmas poderá responder solidariamente, na forma do art. 71, § 2º, da Lei nº 8.666/93 (débitos previdenciários), e subsidiariamente, nos termos da súmula nº 311 do TST (débitos trabalhistas)?		
3	Consta dos autos comunicação formal aos gestores do contrato acerca da superveniente irregularidade fiscal da contratada, para que analisem a viabilidade de rescisão do contrato e de aplicação de sanção, garantida a prévia defesa, conforme disposto no art. 55, inciso XIII, art. 78, inciso I, e art. 87, todos da Lei nº 8.666/93?		
4	Consta dos autos, devidamente preenchido e assinado o "ATESTADO DE CONFORMIDADE DO PROCESSO COM PARECER JURÍDICO REFERENCIAL" previsto no ANEXO II À PORTARIAGAB/PGM/Nº DE 22 JUNHO DE 2023?		

Palmas/TO, _____ de _____ de 20_____.

Responsável:

Cargo/Função/ nº de matrícula:

Assinatura: