



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ESPECIAL A ATIVIDADE
CONSULTIVA - PRCON

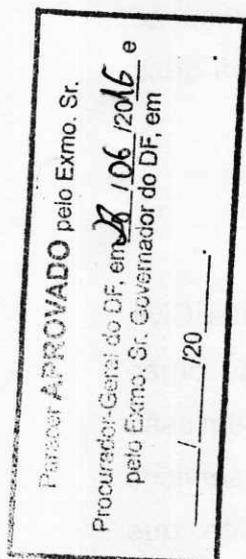


PARECER n.: 439/2016 – PRCON/PGDF
Processo n.: 0002-000249/2016
Interessada: Casa Civil
Assunto: Minuta de Decreto – Alteração do art. 63, § 1º, Decreto 35.598/2010

ADMINISTRATIVO. RETENÇÃO DE PAGAMENTOS POR SERVIÇOS EXECUTADOS ANTE A AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS FISCAIS E TRABALHISTAS. SOLIDARIEDADE DO DISTRITO FEDERAL COM RELAÇÃO AOS PREVIDENCIÁRIOS, CONFORME ART. 71, § 2º, LEI N. 8.666/93. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL COM RELAÇÃO AOS DÉBITOS TRABALHISTAS, NA FORMA DO ENUNCIADO N. 331/TST. RETENÇÃO ACAUTELATÓRIA. RESTRITA AOS VALORES REFERENTES AO CONTRATO EM EXECUÇÃO. ORIENTAÇÃO DO TCU, STJ E PRECEDENTES DA PGDF. VIABILIDADE.

I – Não é possível a retenção de pagamentos por serviços executados pelos contratados em face da não apresentação de certidões negativas de débitos do contratado junto às Fazendas Públicas da União e do Distrito Federal sobre os quais o Distrito Federal não possui nenhum vínculo de solidariedade ou subsidiariedade, uma vez que inexistente norma que permita tal retenção, bem como o Estado não pode usar de sua autoridade para cobrar tributos, uma vez que dispõe dos meios executivos próprios para fiscalizá-los e cobrá-los.

II – *Contrario sensu*, poderá ocorrer a retenção acautelatória do pagamento dos valores referentes aos débitos trabalhistas e previdenciários do contratado sobre os quais o Distrito Federal



Folha nº	43
Processo nº	002000249/2016
Rubrica:	<i>[assinatura]</i> Matrícula: 43182-6

[assinatura]



responda subsidiariamente (trabalhista) e solidariamente (previdenciário) perante os órgãos previdenciários e trabalhistas, por força do art. 71, § 2º, da Lei n. 8.666/93 e enunciado n. 331/TST, sendo tal retenção restrita ao valor relacionado exclusivamente ao contrato em execução, conforme jurisprudência do TCU e do STJ e pareceres desta Procuradoria.

1. RELATÓRIO

Cuida-se de consulta oriunda da Secretaria do Estado da Casa Civil, Relações Institucionais e Sociais acerca da Nota Técnica 236/2016-AJL do órgão jurídico da secretaria consulente onde se indaga sobre a possibilidade de emissão de parecer normativo “quanto a não retenção de pagamentos de serviços contratados, já executados, em razão da não apresentação de certidão que comprove a regularidade fiscal da Contratada, nos termos do Parecer n. 160/2016, evitando-se conclusões ou decisões administrativas em desacordo com o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que já normatizou a questão por meio do Normativo/AJA/n. 238/2015, de 13 de fevereiro de 2014, do Presidente do Tribunal”. Acrescentou-se à consulta a “análise quanto à adequação dos termos contidos no § 1º do art. 63, do Decreto 32.598/2010, sugerindo a possibilidade revogação, sem que haja ofensa às orientações dos Pareceres deste órgão consultivo”, fl. 41.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Os autos foram autuados em 10.05.2016, indicando como interessada a Casa Civil, Relações Institucionais e Sociais do Distrito Federal, para análise do



Memorando n. 721/2016-ASSESP/CACI, de 06.04.2016, que, por sua vez, indica pedido de manifestação acerca do Ofício n. 003/2016-GA.01 no qual a Deputada Distrital Liliane Roriz apresenta minuta pra alteração do § 1º do Decreto n. 32.598/2010, nos seguintes termos, fl. 22:

Art. 1º O § 1º do art. 63 do Decreto n. 32.598, de 15 de dezembro de 2060, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 63 (...)

§ Não será objeto de vedação para a emissão de Previsão de Pagamento – PP e Ordem Bancária – OB, quando verificado que o fornecedor ou contratante do serviço ou obra cumpriu com suas obrigações contratuais, inclusive aquelas relacionadas com a Fazenda Pública do Distrito Federal, do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, do Fundo de Garantia por tempo de Serviço – FGTS e da Fazenda Pública Federal, comprovado na data da emissão da Nota Fiscal.

A douta AJL do órgão consultivo, após analisar detidamente a matéria, teceu suas conclusões e questionamentos a serem dirimidos pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal:

Posta a questão nestes termos, firmes na fundação supra, temos que:

(i) deve o fornecedor ou contratante manter durante toda a execução do contrato as condições de habilitação, inclusive a regularidade fiscal, trabalhista, previdenciária e junto ao FGTS, ressaltando que o descumprimento contratual, ou perda superveniente de quaisquer das condições de habilitação, observado o direito de ampla defesa, contraditório e devido processo legal, enseja a rescisão do contrato, verificar o interesse público;

(ii) poderá/deverá o gestor do contrato, mormente os de execução continuada, diferida ou parcela, em qualquer momento, durante sua execução, verificar se o contratante ou fornecedor adimpliu ou vem adimplindo as obrigações trabalhistas e previdenciárias inerentes ao escopo da contratação, podendo, caso não se afira a regularidade, sugerir a retenção/execução da garantia eventualmente existente, ou, na falta desta, havendo previsão no edital e no contrato, a retenção do pagamento devido ao particular, em ambos os casos, até o limite dos débitos afetos ao contrato, em razão da possibilidade de responsabilização solidária e/ou subsidiária da Administração, e não como penalidade.

Contudo, no intuito de normatizar a matéria e reduzir litígios, tendo em vista a relevância do tema, e a necessidade de se estabelecer parâmetros objetivos para nortear o administrador, sugere-se a autuação e abertura de

Folha nº	44
Processo nº	002000249/2016
Rubrica:	elma Matrícula: 43182-6



processo, originado pelo Ofício n. 003/2016-GA.01, enviado a essa AJL pelo Memorando n. 721/2016-ASSESP/CACI, anexando-se a vertente Nota Técnica, e documentos que a instruem, para encaminhamento à douta Procuradoria Geral do Distrito Federal com as indagações abaixo delineadas para análise e resposta, bem como emissão de Parecer Normativo sobre o tema, sendo o caso.

Tendo em vista todo o exposto, surgem as seguintes indagações jurídicas:

A Administração pode/deve reter o pagamento ao contratado para fornecimento de bens que, a despeito de ter entregue regularmente o produto, esteja em situação irregular perante a:

- a. Receita Federal ou Distrital?
- b. Seguridade social?
- c. FGTS?
- d. Justiça trabalhista?

2) A Administração pode/deve reter o pagamento ao contratado para prestação de serviços ou execução de obras que, a despeito de ter prestado regularmente o serviço ou entregue efetivamente a obra ou parcela acordada, esteja em situação irregular perante a:

- a. Receita Federal ou Distrital?
- b. Seguridade social?
- c. FGTS?
- d. Justiça trabalhista?

3) Sendo possível a retenção do pagamento em qualquer das situações acima vislumbradas, o quantum deve se restringir ao débito efetivamente relacionado com a prestação de serviço da obra, da obra ou dos bens fornecidos?

4) Qual a consequência legal e jurídica da perda, pelo contratado ou fornecedor, durante a execução do contrato, das condições de habilitação, especialmente a regularidade com as Fazenda Públicas Federal e do Distrito Federal, Seguridade Social, FGTS e Trabalhista?

Ainda, a douta AJL do órgão consulente sugere três redações para a alteração do § 1º do art. 63 do Decreto n. 32.598/2010, solicitando à Procuradoria-Geral do Distrito Federal que indique a mais adequada, fl. 39-verso.

A matéria central abordada neste parecer (retenção de pagamento de serviços efetivamente realizados em decorrência da não apresentação de certidões negativas fiscais com a fazenda pública da União e a do Distrito Federal) já foi apreciada pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal, mas a solidariedade dos entes públicos prevista no art. 71, § 2º, da Lei n. 8.666/93 para os débitos



previdenciários e a subsidiariedade dos débitos trabalhistas prevista no enunciado n. 311/TST trouxeram novos contornos à questão.

No parecer n. 1.307/2010/PROCAD/PGDF¹, tive a oportunidade de estudar o desenvolvimento da jurisprudência no TCU e no STJ a respeito da impossibilidade de retenção do pagamento por serviços efetivamente prestados das empresas em situação fiscal irregular. A ementa ficou assim:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. RETENÇÃO DE PAGAMENTO. SERVIÇOS EXECUTADOS. IRREGULARIDADE FISCAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (ART. 5º, II, CF). IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ, TCU e TCDF.

Em razão da ausência de previsão legal, a Administração não está autorizada a reter pagamentos devidos em função de serviços regularmente contratados e efetivamente prestados ao argumento de que a contratada está em situação fiscal irregular, o que, ademais, configuraria enriquecimento ilícito da Administração Pública. Precedentes jurisprudenciais do STJ e do TCU.

Outros pareceres no mesmo sentido podem ser citados, incluindo o parecer n. 160/2016-PRCON/PGDF², acostado às autos às fls. 23/30, cuja ementa diz o seguinte:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONTRATO. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO QUE COMPROVE A REGULARIDADE FISCAL DA FUNPA. MATERIA JUDICIALIZADA. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS JÁ PRESTADOS.

- não é possível a retenção de pagamento de serviços já executados em razão da não apresentação de certidão que comprove a regularidade fiscal da contratada sob pena de enriquecimento ilícito da Administração e

¹ Parecer aprovado parcialmente com a seguinte ementa de aprovação: CONTRATAÇÃO. IRREGULARIDADE FISCAL. EXCEPCIONALIDADE. MONOPÓLIO. CARÁTER ESSENCIAL. I – Excepcionalmente, é possível a contratação e o pagamento a pessoas jurídicas em débito com o INSS, o FGTS e a Fazenda Distrital, desde que os atos sejam previamente justificados e autorizados pela mais alta autoridade do órgão, bem como estejam presentes os seguintes requisitos: (a) a entidade que se pretende contratar deve ser detentora do monopólio na prestação de serviços públicos; (b) tais serviços devem ter caráter essencial, imprescindíveis à condução normal das atividades do órgão ou entidade interessados, sempre com vista ao atendimento do interesse público; (c) a contratação deve ser o único meio para solucionar o problema, de forma que o administrador, ao fundamentar sua decisão, deve demonstrar de forma inequívoca que não dispunha de outra opção (TCDF, Decisão Ordinária n. 3.046/2004); 2. Ainda, nesses casos, a Administração deve exigir da contratada a regularização de sua situação, informando a situação, inclusive, ao INSS, ao FGTS e ao órgão competente da Fazenda Distrital.

² Parecer aprovado com ressalvas, para "lembrar que esta Casa Jurídica já se pronunciou no sentido da viabilidade de retenção de valores relativos a débitos de natureza previdenciária, nos termos do Parecer 0589/2014-PROCAD/PGDF", mas não aplicável ao caso concreto em razão da "força da sentença proferida na demanda judicial aqui apontada (...) que determina à União expedir 'certidão positiva com Efeito de Negativa – CP-EM em favor da FUNAP até o julgamento definitivo da ação'".

Folha nº	45
Processo nº	002000249/2016
Subscrito	Elma
Matrícula:	43182-6



violação ao princípio d legalidade, haja vista que tal providência não se encontra abarcada pelo artigo 87 da Lei 8.666/93 (precedentes);
- recomenda-se que a consulente tome providências para que seja sanada a irregularidade apresentada, estipulando prazo razoável para que a contratada o faça, sob pena de possível rescisão do contrato, nos termos do art. 78, I da Lei 8.666/93.

Como se lê dos precedentes, a vedação à retenção dos pagamentos pelos serviços já executados, em razão da não apresentação de certidão que comprove a regularidade fiscal da contratada, decorre da ausência de lei que albergue tal providência. Segundo a jurisprudência, nessas hipóteses, seria o caso de se rescindir o contrato, executar a garantia e aplicar penalidades, na forma dos art. 78, I, 80 e 87 da Lei n. 8.666/93.

Há que se diferenciar, no entanto, a possibilidade de retenção quando ausente a comprovação fiscal referente a débitos fiscais com a União e Distrito Federal e quando se refere aos débitos previdenciários e trabalhistas, *i.e.*, hipóteses em que o ente contratante é considerado devedor solidário dos encargos previdenciários, por força do art. 71, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/93, e devedor subsidiário, conforme Enunciado n. 311 da Súmula do TST.

No parecer n. 857/2010-PROCAD/PGDF, da lavra da ilustre Procuradora do Distrito Federal Dra. Tatiana Muniz, demonstra-se com clareza a evolução do tema, **concluindo-se pela possibilidade da retenção dos encargos de natureza trabalhista e previdenciária sobre a folha salarial dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços do contrato administrativo em execução.** Eis a ementa do parecer:

ADMINISTRATIVO, CONTRATO, EXECUÇÃO. INADIMPLEMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FGTS. RETENÇÃO PAGAMENTO. ACORDO FIRMADO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

1. A retenção do pagamento devido por serviços já prestados à Administração Pública, em favor de empresa que tenha prestado o serviço de forma regular, mas que não apresente a comprovação de regularidade fiscal não configura sanção administrativa, mas providência cautelar a



cargo da Administração para prevenir a responsabilização por prejuízos (Precedentes: Pareceres ns. 387/2008 e 1205/2009. ambos da PROCAD).

2. No que tange aos encargos de natureza trabalhista e previdenciária, incidentes sobre a folha salarial dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços decorrentes de específico contrato administrativo, deve a Administração exigir a comprovação da prévia quitação como condição para pagamento decorrente dos serviços prestados, A não comprovação da quita cão destes encargos permite que a Administração, tendo em vista as responsabilidades, solidária e subsidiária, previstas, respectivamente, no art. 71, §2º, da Lei n. 8.666/93 e no enunciado n. 331 da súmula do TST retenha, do pagamento mensal devido, a quantia correspondente a esses encargos devidos ao FGTS e ao INSS.

3. Parecer pela remessa dos autos à consulente, para ciência das recomendações sugeridas no presente opinativo.

No parecer n. 306/2016-PRCON/PGDF, da mesma douta procuradora, com sua habitual competência, esclareceu que é possível a retenção dos pagamentos pelos serviços quando o contratado perde a higidez perante o INSS:

Dessarte, quando o contratado perde a higidez fiscal, a sanção prevista para o caso não é a retenção dos pagamentos pelos serviços prestados, mas aquelas previstas no artigo 87 da Lei n. 8.666/93, dentre elas a rescisão contratual.

Todavia, esse raciocínio somente se aplica se o débito não for previdenciário.

Caso seja de natureza previdenciária, a retenção feita pela Administração não equivale a enriquecimento sem causa, mas sim ao exercício regular de um direito, pois o § 2º do art. 71 da Lei 8.666/93 dispõe ser solidária a responsabilidade pelos débitos previdenciários devidos pelo contratado, nos seguintes termos:

§ 2. A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.

Desse modo, a não comprovação de quitação dos encargos previdenciários permite que a Administração retenha, do pagamento devido à contratada, os respectivos valores, uma vez que trata-se de responsabilidade solidária, nos termos do entendimento do STJ, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO - CONTRIBUIÇÃO - SERVIÇO DE MÃO-DE-OBRA TERCEIRIZADO.

(...)

Folha n°	46
Processo n°	002000249/2016
Rubrica:	<i>[assinatura]</i>
Matricula:	43182-6

[assinatura]
7



2. A Lei 8.212/91 impôs a obrigação de recolhimento da contribuição previdenciária para ambos, solidariamente (art. 3 I, § 1º).
3. A solidariedade tratada é subsidiária, o que a distingue da solidariedade do Código Civil.
4. Figura do contribuinte de fato que funciona como uma espécie de garante. 5. Recurso especial improvido. (REsp 392.597/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, unânime, DI 23/09/2002).

Ainda sobre o ponto, ressalto que o Tribunal de Contas da União entende que:

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.

REPRESENTAÇÃO. CEAGESP. PREGÃO PRESENCIAL. COLETA SELETIVA, TRANSPORTE E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS CONCESSÃO DE CAUTELAR. OITIVA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA.

1. É legal retenção parcial de valores devidos à prestadora de serviços continuados com dedicação de mão de obra, **para fazer frente ao descumprimento de obrigações trabalhistas.**

2. **A possibilidade de retenção parcial tem como fundamento os "poderes implícitos", princípio basilar de hermenêutica constitucional, segundo o qual a outorga de competência a determinado ente estatal importa no deferimento implícito, a esse mesmo ente, dos meios necessários à sua consecução.**

3. **Retenção parcial não constitui sanção, mas medida preventiva e acautelatória, destinada a evitar que a inadimplência da contratada com suas obrigações trabalhistas cause prejuízo ao erário.**

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, que não é o caso do descumprimento de obrigações comerciais e fiscais *stricto sensu*, nem da inadimplência de obrigações trabalhistas relativas a empregados não dedicados exclusivamente ao contrato.

5. Retenção integral dos pagamentos à contratada só é admissível nas hipóteses de inadimplemento de obrigações trabalhistas com valores superiores aos devidos pela Administração e de desconhecimento do montante inadimplido.

6. À exceção da hipótese de inadimplemento em valores superiores aos devidos à Administração, retenção integral não pode dar-se por prazo indeterminado, para não caracterizar enriquecimento ilícito da Administração. Como regra, deve ser



mantida por prazo suficiente para quantificação das obrigações não adimplidas, após o que deverá ser convertida em retenção parcial. (...) (TC n. 033.728/2013-5, Acórdão n. 3.301/2015, Plenário, Min. Walton Alencar Rodrigues, 09/12/2015).

Observo que ao tempo em que o TCU afirma não caber a retenção do pagamento em face da constatação de descumprimento de cláusula contratual, também afirma que a falta de manutenção das condições de habilitação pode ensejar a aplicação de sanções, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração.

Ou seja, a falta de manutenção das condições de habilitação configura descumprimento contratual passível de motivar a rescisão (unilateral) do ajuste.

Quanto ao disposto no Decreto n. 32.5983, de 15 de dezembro de 2010, o qual determina que a existência de qualquer dívida de natureza tributária enseja a impossibilidade de emissão de previsão de pagamento e de ordem bancária, o que, em última análise, inviabiliza o pagamento, a orientação dessa Casa Jurídica é no sentido de que:

Esse decreto está em desacordo com a jurisprudência do STJ e do Tribunal de Contas da União. Além disso, confronta com o artigo da Lei de Licitações. Desse modo, o administrador deve privilegiar a norma prevista no Estatuto Licitatório por ser de uma hierarquia superior. Mesmo que de outro ente da federação, a Lei n. 8.666/93 é uma lei nacional, de normas gerais sobre licitações, aplicável a todos os entes federativos e por isso um decreto do Distrito Federal não pode contrariar suas normas. (Parecer n. 589/2014-PROCAD/PGDF).

Isso porque tal dispositivo assemelha-se à retenção anteriormente discutida.

Nesse sentido, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal, em homenagem à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União, tem entendido que o contratado deve manter as condições de habilitação e de qualificação exigidas na licitação, bem como responder pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, conforme exigem os arts. 55, inc. XIII, e 71 da Lei n. 8.666/93, mas não pode ter seus pagamentos retidos por débitos fiscais.

III-CONCLUSÃO

Ante o exposto, com fundamento em sedimentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e em consonância com o Tribunal de Contas da União, entendo que, s.m.j., a falta de regularidade fiscal do contratante não enseja a retenção dos pagamentos devidos por serviços efetivamente prestados, **ressalvada a hipótese de débitos previdenciários, restrita apenas ao valor devido em relação ao respectivo contrato**. A falta de regularidade fiscal, por outro lado, é causa suficiente para abertura de

Folha n°	47
Processo n°	002000049/2016
Númerica:	elmc
Matrícula:	43182-8



processo administrativo visando à rescisão contratual, como determina o art. 87 da Lei n. 8.666/93.

É o parecer, *sub censura*. (grifou-se).

Como se observa, esta Casa passou a admitir a retenção do pagamento às empresas que não apresentem as certidões negativas com relação aos encargos de **naturezas previdenciária e trabalhista** incidentes sobre a folha salarial dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços decorrentes de específico contrato administrativo. Nesses casos, argumenta-se que o não pagamento configura **medida acauteladora**, já que, consoante o art. 71, §2, da Lei n. 8.666/93 e o enunciado n. 311 do TST, a Administração Pública responde **solidariamente** com o contratado pelos encargos previdenciários e **subsidiariamente** quanto aos trabalhistas resultantes da execução do contrato.

Como demonstrado, essa medida acautelatória tem sido defendida pelo TCU e pelo STJ. No acórdão n. 1.402/2008-Plenário TCU, a Unidade Técnica afirmou o seguinte quanto à retenção dos débitos previdenciários:

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 n. 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) (grifou-se)

Com relação à retenção dos débitos trabalhistas, o STJ admitiu, em sede cautelar, como solução para evitar um prejuízo ainda maior ao interesse público, a possibilidade de a Administração realizar a retenção dos créditos da contratada:

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 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

Folha nº	48
Processo nº	002000249/2016
Rubrica:	[assinatura]
Matrícula:	43182-6



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”.³

Ainda com relação à retenção dos débitos trabalhistas, destaca-se que a ação direta de constitucionalidade n. 16, ajuizada pelo Distrito Federal para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, indicou como fundamento que o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, é taxativo ao afirmar que a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais é **do contratado**, bem como “a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”. A ação foi julgada procedente, conforme acórdão que contou com a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 7, § 1º, da Lei federal n. 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa forma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995.

O TST, então, reeditou o enunciado n. 331/TST, incluindo o inciso V, nos seguintes termos:

³ AgRg na MC 16257/SP, DJe 16.12.2009, Rel. Min. Mauro Campbell.



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. 8.666, de 1.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade e não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.** (grifou-se).

Como se lê, a subsidiariedade do Distrito Federal pelos débitos trabalhistas da empresa contratada não é automática, exigindo a nova redação da Súmula 331/TST a configuração da responsabilidade da Administração, *i.e.*, deve restar evidenciada sua conduta culposa na fiscalização do contrato. Mesmo assim, na trilha dos 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**, conforme precedentes do TCU e do STJ citados, 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. Ora, se a empresa contratada não apresentar certidão negativa dos 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.

Destaca-se, ainda quanto aos débitos trabalhistas, que a Lei Distrital n. 4.636/2011⁴, regulamentada pelo Decreto n. 34.649/2013⁵, permite - **nos contratos firmados com empresas de prestação de serviços de forma contínua - a glosa**

⁴ O Decreto n. 34.649, de 10.09.2013, posteriormente alterado pelo Decreto n. 36.164/2014, regulamenta a Lei Distrital n. 4.636/2013, que permite nos contratos firmados com empresas de prestação de serviços de forma contínua a glosa do valor mensal do contrato, para fins de depósito dos valores referentes às provisões trabalhistas do 13º salários, férias, abono de férias e multa do FGTS, as quais serão consideradas como despesa liquidada (art. 4º do Decreto n. 34.649/2013) e "deixarão de compor o valor do pagamento mensal à empresa" (art. 9º da Lei 4.636/2011).

⁵ §1º As provisões retidas do valor mensal do contrato serão depositadas exclusivamente em conta corrente vinculada, aberta em nome da empresa, unicamente para essa finalidade e com movimentação mediante prévia e expressa autorização do órgão ou entidade contratante.

Folha nº	49
Processo nº	002000249/2016
Rubrica	elme
Matrícula:	43182-0



(prévia ao pagamento, portanto) do valor mensal do contrato, para fins de depósito dos valores referentes às provisões trabalhistas do 13º salários, férias, abono de férias e multa do FGTS, as quais serão consideradas como despesa liquidada (art. 4º do Decreto n. 34.649/2013) e “deixarão de compor o valor do pagamento mensal à empresa” (art. 9º da Lei 4.636/2011). **A situação retratada nessa norma é distinta da questão posta na presente consulta. Ou seja, aqui se indaga acerca da possibilidade de retenção de pagamentos (de forma geral) às empresas que não apresentarem as certidões negativas exigidas por lei. A Lei Distrital n. 4.636/2011 cuida de hipótese diferente, qual seja, a glosa prévia para fins de depósito das provisões trabalhistas (salários, férias etc.) nos contratos de prestação de serviços de forma contínua.** Aludida lei é objeto da ADI 4.831/DF perante o STF, mas ainda não foi julgada, sendo que a douta Procuradoria Geral da República opinou por sua improcedência.

De qualquer sorte, destaca-se que, quando da edição do Decreto n. 34.649/2013, o ilustre colega Procurador do Distrito Federal Dr. Romildo Olgo Peixoto Júnior emitiu o parecer n. o parecer n. 145/2014-PROCAD, onde respondeu ao questionamento do órgão consulente da seguinte forma sobre retenção de verbas trabalhistas, citando outro precedente do STJ:

2) Legalidade quanto ao controle e movimentação das contas correntes vinculadas, abertas em nome da empresa' já que suas movimentações dependerão de prévia e expressa autorização do órgão ou entidade contratante do DF, ficando pendente de regulamentação a sua forma de operacionalização, nos termos do art.5º, parágrafo 16, do Decreto n. 34.649/2013.

A possibilidade de retenção de verbas trabalhistas/previdenciárias é medida que vem sendo adotada pela Administração em algumas situações, de modo a evitar sua responsabilização em eventuais ações trabalhistas movidas pelos empregados das empresas contratadas.

⁶ §1º As provisões retidas do valor mensal do contrato serão depositadas exclusivamente em conta corrente vinculada, aberta em nome da empresa, unicamente para essa finalidade e com movimentação mediante prévia e expressa autorização do órgão ou entidade contratante.



Entretanto é questão que ainda está longe de um consenso, conforme se infere das manifestações exaradas pelos Tribunais Superiores, Tribunais de Contas e também pela Justiça Trabalhista, razão pela qual deve a medida cercar-se de parcimônia a fim de não configurar enriquecimento sem causa da Administração e não onerar em demasia o serviço prestado pela empresa.

Dentre os julgados que dão pela possibilidade da adoção dessa medida pelo Poder Público, destaca-se Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que, com fulcro no art.71 da Lei n. 8.666/93, afirmou possível a retenção quando verificado inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias. Confira-se:

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 1241862/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 28/06/2011, DJE 03/08/2011, grifou-se).

Dada a extensão do exposto até este ponto, resume-se o posicionamento até aqui adotado:

a) se o bem foi fornecido ou o serviço prestado, a princípio, é ilegítima a retenção de pagamento a contratada **em relação aos débitos do contratado com as Fazendas Públicas da União e do Distrito Federal**, cabendo, contudo, a análise da possibilidade de rescisão do contrato e de aplicação de sanção;



b) a retenção é legítima, entretanto, 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 Distrito Federal poderá responder solidariamente (débitos previdenciários), na forma do art. 71, § 2º, da Lei n. 8.666/93, e subsidiariamente (débitos trabalhistas), conforme enunciado n. 311/TST.

Diante tal entendimento, reedita-se o cerne do debate trazido ao deslinde que se diz com a alteração do disposto no § 1º do art. 63 do Decreto n. 32.598/2010, de modo a enquadrá-lo ao entendimento da mais atual jurisprudência pátria do TCU e do STJ e do entendimento desta Casa. Eis como está o mencionado dispositivo legal:

Art. 63. O pagamento de despesa somente será efetivado após sua regular liquidação e emissão de Previsão de Pagamento – PP, observado o prazo de 3 (três) dias úteis antes da data do vencimento da obrigação, contado o dia da emissão, e será centralizado no órgão central de administração financeira para a Administração Direta.

§1º Fica vedada a emissão de Previsão de Pagamento – PP e de Ordem Bancária – OB, quando verificado que o fornecedor ou contratante do serviço ou obra é devedor da Fazenda Pública do Distrito Federal, do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e da Fazenda Pública Federal. (grifou-se).

A pretensão da Deputada Distrital Liliane Roriz, fls. 21/22, é alterar o § 1º do referido Decreto no seguinte sentido:

§ 1º Não será objeto de vedação para a emissão de Previsão de Pagamento – PP e de Ordem Bancária – OB, quando verificar que o fornecedor ou contratante do serviço ou obra cumpriu com suas obrigações contratuais, inclusive aquelas relacionadas com a Fazenda Pública do Distrito Federal, do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, do Fundo de Garantia por tempo de Serviço – FGTS e da Fazenda Pública Federal, comprovado na data da emissão da Nota Fiscal. (grifou-se).



A douta AJL do órgão consulente bem ponderou que “a alteração objetiva definir a data de emissão da Nota Fiscal pelo contratante ou fornecedor, como marco de aferição pela Administração Pública da regularidade fiscal, previdenciária e com o FGTS do particular, para se emitir a Previsão de Pagamento e Ordem Bancária, sem o que é inviável o pagamento”, fl. 35, grifou-se. Ainda, indica três sugestões para alteração do § 1º do art. 63 do Decreto n. 32.598/2010.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que permanece intacto o entendimento segundo o qual não é possível a retenção de pagamentos por serviços executados pelos contratados em face da não apresentação de certidões negativas de débitos do contratado junto às fazendas públicas da União e do Distrito Federal **sobre os quais o Distrito Federal não possui nenhum vínculo de solidariedade ou subsidiariedade**. Isso porque inexistente norma que permita tal retenção, bem como o Estado não pode usar de sua autoridade para cobrar tributos, uma vez que dispõe dos meios executivos próprios para fiscalizá-los e cobrá-los. *A contrario sensu*, poderá ocorrer a **retenção acautelatória** do pagamento dos valores referentes **aos débitos trabalhistas e previdenciários** do contratado sobre os quais pode o Distrito Federal responder solidariamente (débitos previdenciários), por força do art. 71, § 2º, da Lei n. 8.666/93, e subsidiariamente (débitos trabalhistas), conforme enunciado n. 331/TST, sendo tal **retenção restrita** ao valor relacionado exclusivamente ao contrato em execução. Essa afirmação responde às indagações de números 1 a 3 de fls. 39 e 39-verso.

Com relação ao questionamento n. 4, tem-se o seguinte:

4) Qual a consequência legal e jurídica da perda, pelo contratado ou fornecedor, durante a execução do contrato, das condições de habilitação, especialmente a regularidade com as Fazenda Públicas Federal e do Distrito Federal, Seguridade Social, FGTS e Trabalhista?

A empresa contratada tem a obrigação legal de manter as condições de habilitação e de qualificação durante toda a execução do contrato, o que inclui

Folha nº	51
Processo nº	002000249/2016
Assinatura:	<i>[Assinatura]</i> Matrícula: 43182-8

[Assinatura]



comprovar sua higidez fiscal e trabalhista, na forma dos arts. 55, XIII e 71 da Lei n. 8.666/93. Em caso de descumprimento, o contrato deverá ser rescindido, observando-se, sempre o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Ainda, melhor redação apresentada para fins de alteração do § 1º do art. 63 do Decreto n. 32.598/2010 é a do item 3:

3) § 1º Fica vedada a emissão de Previsão de Pagamento – PP e de Ordem Bancária – OB quando verificado que o fornecedor ou contratante estiver em situação irregular perante o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou Justiça Trabalhista, devendo ser notificada a situação ao executor do contrato para as providências legais.

Por fim, considerando que a matéria versada nos presentes autos ainda não está pacificada nos tribunais de contas do país e no Judiciário, não é o momento adequado para se proferir parecer com caráter normativo, conforme se indaga à fl. 41.

3. CONCLUSÃO

Em face do exposto, opina-se no sentido de que:

- i) não é possível a retenção de pagamentos por serviços executados pelos contratados em face da não apresentação de certidões negativas de débitos do contratado junto às Fazendas públicas da União e do Distrito Federal sobre os quais o Distrito Federal não possui nenhum vínculo de solidariedade ou subsidiariedade. Isso porque inexistente norma que permita tal retenção, bem como o Estado não pode usar de sua autoridade para cobrar tributos, uma vez que dispõe dos meios executivos próprios para fiscalizá-los e cobrá-los;
- ii) *contrario sensu*, poderá ocorrer a **retenção acautelatória** do pagamento dos valores referentes aos débitos trabalhistas e previdenciários do contratado sobre os quais o Distrito Federal pode



responder solidariamente (débitos previdenciários, por força do art. 71, § 2º, da Lei n. 8.666/93) e subsidiariamente (débitos trabalhistas, enunciado n. 331/TST), sendo tal retenção restrita ao valor relacionado exclusivamente ao contrato em execução, conforme jurisprudência do TCU e do STJ e precedentes desta Procuradoria.

iii) como a matéria ainda não se encontra pacificada perante os tribunais de contas pátrios e o Poder Judiciário, não é momento adequado para se proferir parecer normativo.

É o parecer *sub censura*.

Brasília-DF, 30 de maio de 2016.

Renata Barbosa Fontes da Franca
Subprocuradora-Geral do Distrito Federal
OAB/DF n. 8.203

Folha n°	52
Processo n°	002.000249/2016
Subeja:	Rel/m
Matrícula:	43182-0



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete da Procuradora-Geral
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva



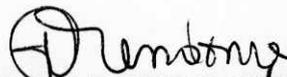
PROCESSO Nº: 002.000.249/2016
INTERESSADO: Casa Civil
ASSUNTO: Proposição Decreto

MATÉRIA: Administrativa

Folha n°	53
Processo n°	002000249/2016
Rubrica:	<i>[assinatura]</i> Matrícula: 43182-6

APROVO O PARECER Nº 0439/2016 – PRCON/PGDF, exarado pela ilustre Subprocuradora-Geral do Distrito Federal Renata Barbosa Fontes da Franca, corroborando que a hipótese não requer a emissão de parecer normativo, tendo em vista que a matéria em apreço não é pacífica entre os órgãos de controle.

Em 28 / 06 /2016.


JANAÍNA CARLA DOS SANTOS MENDONÇA
Procuradora-Chefe
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva

De acordo. Restituam-se os autos à Secretaria de Estado da Casa Civil, Relações Institucionais e Sociais do Distrito Federal para conhecimento e adoção das providências pertinentes.

Em 28 / 06 /2016.


KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos do Consultivo