



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

Protocolo nº 14.841.326-6

Assunto: Regularidade fiscal para ajuizamento de ação de consignação.

Parecer nº 01/2018 - GPT7

PARECER Nº 17/2018-PGE

EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO. IRREGULARIDADE FISCAL SUPERVENIENTE. FORNECIMENTO DO BEM OU EXECUÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO. RETENÇÃO DE PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO STJ E DO TCU. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CABIMENTO EM HIPÓTESE ESPECÍFICA. CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA.

I – RELATÓRIO

O Despacho de fls. 98, exarado pelo então chefe da Coordenadoria do Consultivo da Procuradoria-Geral do Estado - PGE, posteriormente ratificado pela Chefe de Gabinete da PGE (fls. 99-verso), solicita pronunciamento acerca do questionamento apresentado no item 34 da Informação nº 77/2018 (fls. 66-97), o qual convém transcrever:

34. Portanto, encaminha-se ao Procurador Geral do Estado para dirimir a necessidade de regularidade fiscal para a realização de consignação em pagamento.

Em outras palavras, indaga-se sobre a necessidade ou não da regularidade fiscal para a Administração ajuizar ação de consignação em pagamento com a finalidade de depositar valores administrativamente retidos em benefício de empresas contratadas que se tornaram irregulares perante o fisco.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

Necessário consignar que a indagação encontra-se inserida no Protocolo nº 14.841.326-6, encaminhado em conjunto com os Protocolos nº 13.039.448-5 e 12.187.784.8, que se referem ao contrato de repasse nº 385-249-20, firmado entre a União e a Secretaria de Turismo do Estado do Paraná, bem como os contratos nº 53/2014-A e 52/2014-A, ambos firmados entre a Paraná Edificações e a construtora Conserg Ltda – ME.

A título de complemento, o indicado contrato de repasse teve como objeto a transferência de valores para a construção de dois centros de atendimento ao turista – CAT, já os contratos administrativos tiveram por objeto a construção desses centros.

Durante a vigência contratual houve a retenção de valores pelo Estado em razão da irregularidade fiscal da empresa contratada. A Administração visa, então, encontrar uma saída jurídica para quitar as medições realizadas, viabilizando a realização de outra licitação para finalização das obras.

Eis o breve relatório. Passamos, então, ao exame da matéria.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1. RAZÃO DE SER DA REGULARIDADE FISCAL NO ÂMBITO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Antes de enfrentar o questionamento proposto, convém discutir a razão de ser da exigência da regularidade fiscal para contratar com o Poder Público.

A Constituição Federal de 1988 prevê no seu art. 195, §3º, que “a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público, nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

Já a Lei nº 8.666/1993, de forma mais abrangente, exige para fins de comprovação de regularidade fiscal e, portanto, condição para habilitação em processos licitatórios, prova de regularidade com as Fazendas Públicas Estadual, Municipal e Federal (arts. 27, IV; 29, III da Lei nº 8.666/1993).

Tal exigência encontra-se replicada nas mais diversas normas, como, por exemplo, na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995, art. 18, inciso V); Lei dos pregões (Lei nº 10.520/2002, art. 4º, inciso XIII); Lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011, art. 14, caput e inciso IV); bem como em leis de caráter local.

Qual seria a razão de tal exigência? Constitui um instrumento de precaução da contratante ou forma velada de coerção para o pagamento de tributos?

Segundo o texto constitucional (art. 37, XXI, CF/88), são exigíveis no processo de licitação pública apenas os requisitos de habilitação indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratuais. O art. 3º da Lei nº 8.666/93, por sua vez, prevê que a licitação volta-se a garantir a prevalência do princípio da isonomia, a escolha da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento sustentável.

A exigência de regularidade fiscal deve, portanto, ser interpretada como uma maneira de garantir a isonomia entre os concorrentes, bem como valorizar aqueles que cumprem suas obrigações perante o Fisco, considerando-os de toda forma mais confiáveis e, portanto, capazes de executar suas obrigações.

Diante da necessidade de que todos os licitantes estejam em situação de igual concorrência, sem privilégios, não seria justo que a Administração pudesse contratar com os que não seguem a legislação tributária, pois estes



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

por óbvio possuem um custo operacional bem inferior aos que seguem todas as obrigações. Por exemplo, se uma empresa recolhe corretamente os tributos incidentes sobre sua folha de pagamento, terá um custo superior àquela que burla tal legislação, possuindo poder de barganha inferior à concorrente.

Ademais, tal previsão acaba por prevenir a Administração de contratar com um devedor, na medida em que não há razão para se vincular a devedor costumaz. Como bem ressalta Marçal Justen Filho (2012, p. 465)¹ "(...) a irregularidade fiscal produz o risco de apropriação dos bens do licitante para satisfação de dívidas perante o Fisco. Há uma potencialidade de sobrevir a ausência de qualificação econômico-financeira."

Ronny Charles (2015, p.335)² sintetiza bem esse raciocínio:

A exigência da regularidade fiscal não apenas visa uma correta censura aos que se desviam de suas obrigações fiscais, como também se constitui em norma promocional, que garante incentivo aos adimplentes com seus encargos tributários; além disso, apresenta-se como um instrumento de garantia da isonomia, pois é injusto permitir a participação no certame daqueles que não honram com suas obrigações fiscais, portanto, podem omitir de seus custos tais gastos, ofertando propostas menores, mas não melhores para o interesse público.

¹JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

²TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 7 ed. Salvador: Ed Juspodivm, 2015.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

Concluindo, a exigência de regularidade fiscal volta-se ao processo licitatório, não constituindo instrumento para arrecadação tributária.

II.2 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA POSSIBILIDADE DE
RETENÇÃO DE VALORES EM DETRIMENTO DE FORNECEDORES COM
PENDÊNCIAS FISCAIS

Diante da necessidade do contratado manter as condições originais de habilitação durante toda a vigência contratual, alguns Entes Públicos passaram a exigir para o pagamento dos seus fornecedores a apresentação de certidões negativas emitidas pelo fisco.

Esse tema passou a ser objeto de debate nos tribunais, gerando jurisprudência a respeito.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ firmou desde logo o entendimento no sentido de vedar a retenção de valores com base na irregularidade fiscal do contratado:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT.
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE.
DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE
MANTER A REGULARIDADE FISCAL.
RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS.
IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. O ato administrativo, no
Estado Democrático de Direito, está subordinado ao
princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput,
84, IV), o que equivale assentar que a Administração
poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei
determina. 3. Deveras, não constando do rol do
art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.(...) 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 633.432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 20/06/2005, p. 141). Grifos inovadores.

Segundo o STJ, a retenção de valores violaria o Princípio da Legalidade e geraria enriquecimento sem causa da Administração. O Tribunal defende nesses casos a rescisão unilateral do contrato, uma vez que a parte contratada não teria conservado as condições de habilitação exigidas, violando nesse ponto o ajuste (art. 55, XIII; c/c art. 78, I, da Lei nº 8.666/93):

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,

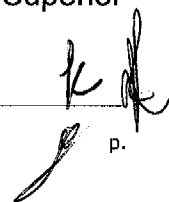


ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

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". (...) **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 24.953/CE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008). Grifo inovador.

Tal entendimento manteve-se, sendo vedado, de acordo com o STJ, promover o bloqueio do pagamento por serviços ou obras efetivamente realizados:

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



p.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

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 561.262/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 31/08/2015)

O Tribunal de Contas da União – TCU, através do Plenário, manifestou-se originalmente no sentido de que o pagamento de valores pela União fosse condicionado à apresentação de certidões negativas, ou seja, que a parte continuasse ostentando regularidade fiscal:

(...) Quanto à proposta de determinação no sentido da inclusão, em futuros editais, de cláusula que faculte a subordinação do pagamento à manutenção, pela contratada, de todas as condições de habilitação, inclusive a regularidade fiscal em relação ao FGTS e a Fazenda Nacional, (...) considero que tal providência é benéfica para a Administração, na medida em que permite ao gestor atestar periodicamente o cumprimento, pela contratada, de suas obrigações fiscais, possibilitando, em caso de inadimplemento, a adoção tempestiva de medidas pertinentes com o objetivo de proteger o erário. Por essa razão, proponho que o Tribunal firme entendimento nesse



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

sentido. (...) **9.3. firmar o entendimento, aplicável a todos os órgãos/entidades da Administração Pública Federal, no sentido da inclusão, em editais e contratos de execução continuada ou parcelada, de cláusula que estabeleça a possibilidade de subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento do art. 2º da Lei nº 9.012/95 e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93. (Acórdão nº 837/2008, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, Sessão de 13/05/2008) Grifo inovador.**

Tal posicionamento evoluiu e passou a se alinhar ao defendido pelo STJ. Assim, o Plenário do TCU decidiu que a subsequente irregularidade fiscal não justifica por si só a retenção de valores:

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



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

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.

Esse também é o entendimento da doutrina especializada. Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2012, p. 985):

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



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive por mandado de segurança.

De igual maneira, Ronny Charles (2015, p. 696) 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."

Joel de Menezes Niebuhr (2013, p.822)³, por sua vez, afirma de forma enfática que "(...) a situação de irregularidade fiscal ou previdenciária do contratado não autoriza nem justifica o inadimplemento. Se o contratado cumpriu suas obrigações, fez o que se comprometeu a fazer, ele deve receber o que lhe é devido"

Prosseguindo, mais recentemente, o TCU passou a decidir pela possibilidade de retenção de valores em contratos de terceirização de serviços (mão de obra) quando identificado algum risco da contratada não honrar com suas obrigações trabalhistas (Acórdãos TCU nº 3.301/2015 e 551/2016).

Desenvolveu, portanto, uma exceção à regra que veda a retenção de pagamentos em razão da superveniente irregularidade fiscal.

Esse novo entendimento foi construído com base na teoria dos poderes implícitos, de maneira que a concessão do poder-dever de fiscalizar o contrato importaria no deferimento implícito dos meios necessários à sua consecução.

Assim, na medida em que incumbe ao Estado fiscalizar o cumprimento do contrato, inclusive com relação às suas obrigações acessórias, poderá reter

³Niebuhr, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

valores como instrumento para garantir o pagamento dos trabalhadores terceirizados, evitando futura responsabilização.

Vejamos trechos do acórdão nº 3.301/2015 do Plenário do TCU:

(...)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).



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

Surge, portanto, como uma maneira de resguardar os cofres estatais e não como uma penalidade contra o particular contratado.

A indicada retenção constituiria uma forma de evitar a responsabilização do Estado em ações trabalhistas, isto em razão do entendimento do Enunciado da Súmula 331⁴ do Tribunal Superior do Trabalho – TST o qual estabelece a responsabilidade subsidiária do Estado nos contratos de terceirização de mão de obra.

Segundo o TCU, a retenção subsistiria especialmente nas situações de rescisão dos contratos de trabalho, evitando o “calote” aos trabalhadores. Dita retenção seria instrumentalizada com o depósito dos valores junto à Justiça do Trabalho, mediante o ajuizamento de ação de consignação em pagamento contra a contratada e os empregados envolvidos.

II.3 AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. INSTRUMENTO VOLTADO A RESGUARDAR O ERÁRIO CONTRA FUTURA RESPONSABILIZAÇÃO.

Conforme exposto, a ação de consignação em pagamento passou a ser utilizada como instrumento para evitar a responsabilização do Poder Público

⁴SÚMULA 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (...) 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. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

em futuras ações trabalhistas e não como simples meio para quitação de crédito retido.

Isso porque, após o julgamento pelo STF da ADC nº 16, o TST, através do Enunciado da Súmula nº 331, firmou o entendimento de que nos contratos de fornecimento de mão de obra, o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador gera a responsabilidade subsidiária do tomador do serviço, inclusive do Poder Público, quando demonstrado que atuou culposamente na fiscalização do contrato.

Assim, a ação de consignação não deve ser utilizada de forma genérica para fins de quitação de valores retidos, mas apenas na hipótese acima, como uma verdadeira exceção.

Além do TCU, o STJ e o TST já enfrentaram de forma específica tal questão e concluíram não apenas pela possibilidade como pela necessidade de retenção em tal hipótese:

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



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

(...)responsabilidade de ente público, pela contratação de empregado por meio de terceirização
(...) **Cabe ao ente público, no reiterado descumprimento das cláusulas contratuais, pelo prestador dos serviços, reter o pagamento até o implemento das obrigações assumidas. Não o fazendo assume o risco de responder com subsidiariedade, na medida em que a irresponsabilidade contida na lei de licitações não é absoluta, não abrangendo a culpa por omissão. Agravo desprovido.(AIRR - 2101-38.2010.5.18.0000 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 02/02/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/02/2011).**
Grifos inovadores.

Cumprе expor que a União, através da Instrução Normativa - IN nº 05/2017⁵ - SLTI/MPOG, já possui regulamentada a possibilidade de retenção e pagamento direto aos trabalhadores na hipótese de inadimplemento da empresa contratada, sendo a ação de consignação comumente utilizada em tais casos:

Art. 65 (texto omitido)

Parágrafo único. Na hipótese prevista no inciso II do caput, não havendo quitação das obrigações por parte da contratada no prazo de quinze dias, a contratante **poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos empregados da**

⁵Disponível em: <<<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/760-instrucao-normativa-n-05-de-25-de-maio-de-2017>>>



contratada que tenham participado da execução dos serviços objeto do contrato. Grifos inovadores.

Somente a título de complementação, a Lei nº 8.666/93 prevê hipótese de retenção de créditos quando houver rescisão unilateral pela Administração e restar demonstrado algum prejuízo ao erário.

O art. 80, inciso IV, da citada norma prevê "Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei: (...)IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração."

Embora não tenha sido mencionada até então, alguns doutrinadores defendem que essa prerrogativa fundamenta o caso excepcional de retenção aceito pelo TCU, o qual se tratou acima.

III. CONCLUSÕES

Diante do exposto, pode-se concluir:

III.1. Não existe base legal para a retenção de pagamento a fornecedor que apresenta alguma pendência fiscal, mas efetivamente executou o serviço ou forneceu o bem a que se obrigou, sendo este o atual entendimento do STJ e do TCU, bem como da doutrina especializada.

III.2. Sendo assim, não há razão para o Estado utilizar-se da ação de consignação em pagamento para adimplir suas obrigações financeiras com empresa que após a celebração do contrato passou a ter pendências fiscais. O pagamento como regra deverá ocorrer de forma direta, sem a intermediação do Poder Judiciário.



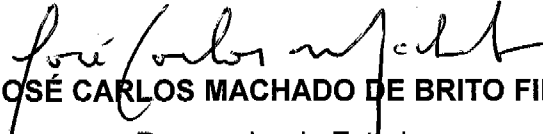
ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GRUPO PERMANENTE DE TRABALHO DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - GPT7

III.3 Abre-se um parênteses para evidenciar que o Ente Público poderá reter valores com base no art. 80, IV, da Lei nº 8.666/93 tão somente quando demonstrado e comprovado que a contratada gerou algum prejuízo ao Ente Público, devendo existir prévio processo administrativo e ocorrer a rescisão do contrato.


III.4. Em situações específicas, envolvendo contratos de terceirização de mão de obra, quando evidenciado algum risco da empresa contratada não cumprir suas obrigações trabalhistas, deve-se utilizar da ação de consignação em pagamento como forma de evitar a responsabilização do Ente Público em futuras ações junto à Justiça do Trabalho, considerando tal possibilidade em razão do entendimento do TST através do Enunciado da Súmula 331. No caso, a “retenção” do pagamento deverá ser instrumentalizada através da ação de consignação em pagamento a ser ajuizada perante a Justiça do Trabalho.


III.5. Respondendo, portanto, à proposição que ensejou o presente parecer: Não se faz necessária a regularidade fiscal para o ajuizamento da ação de consignação em pagamento, isto porque, quando identificado o seu cabimento (sobretudo na hipótese acima), tem-se, ao contrário, evidenciada a irregularidade fiscal.

Curitiba, 10 de maio de 2018


JOSÉ CARLOS MACHADO DE BRITO FILHO
Procurador do Estado


ADNILTON JOSÉ CAETANO
Procurador do Estado


JOEL SAMWAYS NETO
Procurador do Estado


JOSÉ ANACLETO ABDUCH SANTOS
Procurador do Estado

Encaminhe-se à CCON.

Em 11/05/18.



PAULA SCHMITZ DE SCHMITZ
Procuradora do Estado do Paraná
Chefe de Gabinete



PROTOCOLO Nº 14.841.326-6

Assunto: Contrato administrativo. Irregularidade fiscal superveniente. Fornecimento de bem ou serviço já executado. Impossibilidade de retenção de pagamento. Ação de Consignação em Pagamento apenas para hipótese específica.

Interessado: Paraná Edificações/SEIL

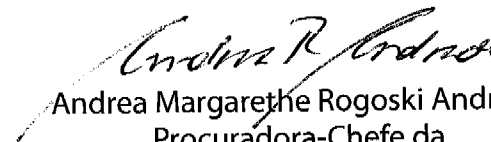
Despacho nº 223/2018 – CCON/PGE

I – De acordo com os termos do parecer subscrito pelos Procuradores José Carlos Machado de Brito Filho, Adnilton José Caetano, Joel Samways Neto e José Anacleto Abduch Santos, integrantes do GPT7 – Licitações e Contratos Administrativos (instituído originalmente pela Resolução nº 146/2016 e atualmente regulamentada pela Resolução nº 186/2018-PGE), apresentado em 17 (dezessete) laudas.

II – Em atenção ao disposto no art. 5º, inc. XV, da Lei Complementar nº 20/1985, alterada pela Lei Complementar nº 40/1987, submeta-se à apreciação do Sr. Procurador-Geral do Estado, na forma do art. 20, inc. IX, do Regulamento da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, constante do anexo do Decreto nº 2.137/2015.

III - Ressalta-se, por oportuno, que, uma vez aprovado, o Parecer deverá ser encaminhado, preferencialmente por meio virtual, à Coordenadoria de Estudos Jurídicos – CEJ e à Coordenadoria de Gestão Estratégica e TI – CGTI, para catalogação e divulgação, bem como à Procuradoria Consultiva – PRC, para ciência.

Curitiba, 23 de maio de 2018.


Andrea Margarethe Rogoski Andrade
Procuradora-Chefe da
Coordenadoria do Consultivo – CCON



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Gabinete do Procurador-Geral

Protocolo nº 14.841.326-6
Despacho nº 326/2018 - PGE

- I. Aprovo o Parecer da lavra dos Procuradores do Estado José Carlos Machado de Brito Filho, Adnilton José Caetano, Joel Samways Neto e José Anacleto Abduch Santos, integrantes do Grupo Permanente de Trabalho - GPT7 - Licitações e Contratos Administrativos, em 17 (dezessete) laudas e o Despacho nº 223/2018-CCON/PGE, da Procuradora do Estado Andrea Margarethe Rogoski Andrade, em 01 (uma) lauda;
- II. Encaminhe-se cópia virtual à Coordenadoria de Estudos Jurídicos - CEJ e à Coordenadoria de Gestão Estratégica e TI - CGTI, para catalogação e divulgação, bem como à Procuradoria Consultiva - PRC, para ciência;
- III. Restitua-se à SEET - Paraná Turismo.

Curitiba, 29 de maio de 2018.

Sandro Marcelo Kozikoski
Procurador-Geral do Estado