

## VOTO

Trata-se de consulta formulada pela Ministra de Estado da Saúde interina, Sr<sup>a</sup> Márcia Aparecida do Amaral, em virtude do questionamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), sobre a possível divergência entre o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) 401/2000 e a Decisão TCU 705/1994 – Plenário, atinente ao pagamento a fornecedores em débito com o sistema da seguridade social (doc. 1) que constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf).

A dúvida da Anvisa decorre da Mensagem 60789, veiculada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em 5/10/2010, no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais, a qual orienta, com base no Parecer 401/2000 da PGFN, que “os bens e serviços efetivamente entregues ou realizados devem ser pagos, ainda que constem irregularidades no Sicaf”.

No mérito, acolho a proposta de encaminhamento do Diretor da unidade técnica, com anuência do Secretário, e discordo da conclusão do representante do Ministério Público, quanto à possibilidade de retenção de pagamento.

De fato, desde a Decisão Plenária 705/1994, o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal também devem incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula contratual, a rescisão do contrato e a execução da garantia, para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93).

Verificada, no entanto, a situação de irregularidade fiscal da empresa, incluindo a seguridade social, não pode a Administração Pública simplesmente reter o pagamento, na hipótese de regular execução do contrato pela empresa, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.

A não comprovação da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, e o descumprimento de cláusulas contratuais podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento.

Não há fundamento legal para que o pagamento dos serviços contratuais fique condicionado à comprovação da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social.

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 (Superior Tribunal de Justiça, RMS 24953/CE, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, publicação: DJe 17/3/2008).

O contratado deve ser remunerado pelos serviços que efetivamente executou, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa da Administração, vedado pelo ordenamento jurídico (Acórdão 2.197/2009-TCU-Plenário).

Ademais, supõe-se que a ausência de regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, decorra de dificuldades financeiras da contratada que, certamente, se agravarão caso a Administração receba o serviço e/ou fornecimento e por ele não pague.



Ante o exposto, acolho a proposta do Diretor da unidade técnica e voto no sentido de que seja aprovado o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de abril de 2012.

WALTON ALENCAR RODRIGUES  
Relator