

BAD Nº 1194/2016

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA

PARECER nº 00045/2016-CONJUR/MINC/CGU/AGU (1.2)

PROCESSO nº 01400.001754/2015-21

INTERESSADO: Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração

ASSUNTO:

Ementa:

- I. Administrativo. Licitações e Contratos.
- II. Dúvidas acerca do verdadeiro enquadramento tributário de empresa contratada por este Ministério verificada no momento da repactuação.
- III. Possibilidade de conclusão do procedimento de repactuação, sem prejuízo de avaliação das medidas necessárias para verificar as irregularidades cometidas.
- IV. Alteração de valores das alíquotas de impostos não se insere nas hipóteses de repactuação. Exegese apresentada no Parecer nº 0675/2015/CONJUR-MINC/CGU/AGU.
- V. Impossibilidade de obtenção de revisão do contrato ou majoração das alíquotas de impostos erroneamente lançados na proposta. Manutenção dos valores nos moldes como inicialmente apresentados. Impossibilidade de alegação da própria torpeza.
- VI. Irregularidades na apresentação de proposta em certame promovido por este Ministério. Necessidade de verificação em procedimento apartado, respeitadas as garantias do contraditório e ampla defesa, da possível ocorrência de burla às regras do certame e prejuízo ao recolhimento de verbas laborais, com a aplicação das sanções eventualmente cabíveis no contrato e na Lei nº 10.520/02, bem como envio de comunicação ao Ministério Público do Trabalho.
- VII. Verificação prévia da existência de indicativos mínimos acerca da possível ocorrência de irregularidades em todos os contratos celebrados com a empresa no âmbito desta Pasta.

I- Relatório

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado a esta Consultoria nos termos do Despacho nº 1661/2015/SPOA/SE/MinC (fl. 316), em que a Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração requer orientação acerca das questões delineadas no item 9 do Despacho nº 318/2015/COGEC (fls. 314/315), de lavra da Coordenação de Gestão de Contratos desta Pasta.

2. No aludido Despacho nº 318/2015/COGEC (fls. 314/315), a Coordenação de Gestão de Contratos relata a dúvida verificada nos autos acerca do verdadeiro regime tributário em que a empresa RONDOMAPI SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA LTDA. se enquadraria. Esclarece a

Coordenação que, após as orientações apresentadas por esta Consultoria nos termos do PARECER Nº 0675/2015/CONJUR-MinC/CGU/AGU (fls. 257/262), a empresa foi intimada a prestar esclarecimentos acerca do preenchimento da planilha original e do seu enquadramento no regime do SIMPLES. A empresa, por sua vez, manifestou-se no sentido de que operava sob o regime do SIMPLES e que a partir de 15/05/2015 passou a se enquadrar no regime do Lucro Presumido. Ademais, apresentou modificação na planilha atinente ao pleito de repactuação para correção de equívoco eis que *"mesmo com a alteração de regime de tributação a empresa não pode cotar em sua proposta de repactuação índices divergentes do previsto na proposta inicial conforme prescrito no Art. 40, §1º da IN nº 02/2008 – MPOG"*. (fls. 286/305)

3. Em seguida, aduz a Coordenação de Gestão de Contratos que a questão permaneceu contraditória ante a existência de informações conflitantes entre os dados colhidos junto à Receita Federal e as informações prestadas diretamente pela Contratada. Assevera a Coordenação que a COLIC citou o teor do art. 32 da Lei Complementar nº 123/2006, cujo teor não se aplicaria ao caso. Dessa feita, requereu manifestação desta Consultoria *"acerca dos fundamentos jurídicos e das implicações legais que o caso, tal qual se configura na instrução processual, enseja à Contratada, bem como para o fornecimento de orientações mais pormenorizadas quanto à abertura e à instrução do devido processo legal, a fim de viabilizar a notificação da empresa para apresentação de defesa prévia e o prosseguimento quanto aos demais trâmites pertinentes"*.

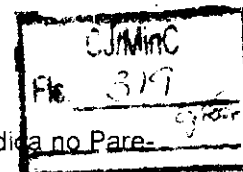
4. É, em síntese, o relato do necessário. Passo a manifestar.

II- Fundamentação

5. Primeiramente, destaco competir a esta Consultoria Jurídica, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993 c/c o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente. Tampouco cabe a esta Consultoria examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira. **Ademais, destaco que a presente manifestação apresenta natureza meramente opinativa e, por tal motivo, as orientações apresentadas não se tornam vinculantes para o gestor público**, o qual pode, de forma justificada, adotar orientação contrária ou diversa daquela emanada por esta Consultoria Jurídica. Ou seja, **o presente opinativo apresenta natureza obrigatória, porém não vinculante**.

6. Fixadas tais premissas, entendo que a análise ora empreendida circunscreve-se aos questionamentos apresentados pela Coordenação-Geral de Licitações e Contratos, contidos no Despacho nº 318/2015/COGEC (fls. 314/315), notadamente no item 9, que indica a necessidade de apresentação dos *"(...) fundamentos jurídicos e das implicações legais que o caso, tal qual se configura na instrução processual, enseja à Contratada, bem como para o fornecimento de orientações mais pormenorizadas quanto à abertura e à instrução do devido processo legal, a fim de viabilizar a notificação da empresa para apresentação de defesa prévia e o prosseguimento quanto aos demais trâmites pertinentes"*.

11



7. Desde logo, reafirmo o entendimento apresentado por esta Consultoria Jurídica no Parecer nº 0675/2015/CONJUR-MINC/CGU/AGU (fls. 257/262v), em especial no que pertine à constatação de que eventual discussão acerca da alteração da correção dos valores de tributos federais incidentes sobre a execução do presente contrato não figura como tema a ser tratado na presente repactuação, eis que se relaciona ao possível reequilíbrio-econômico financeiro do contrato, conforme os ditames do §5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93. Com efeito, a celeuma verificada nos autos relacionada à divergência de informações acerca do enquadramento da empresa no regime do SIMPLES Nacional, Lucro Real ou Lucro Presumido, por estar atrelada à sistemática de recolhimento de impostos, não se sujeita ao conceito jurídico de repactuação mas, na verdade, ao de possível revisão, motivo pelo qual tais itens que eventualmente estejam incluídos na repactuação pretendida pela empresa não devem ser objeto de consideração por parte da Administração. Senão, vejamos a correta explanação contida no Parecer nº 0675/2015/CONJUR-MINC/CGU/AGU (fls. 257/262v):

Parecer nº 0675/2015/CONJUR-MINC/CGU/AGU (fls. 26/261v)

"(...) 39. **Reitera-se, por necessário, o que opinado no item 24 acima, no sentido de que:**

24. Devemos ter a clareza de que **repactuação de contrato**, por se tratar de uma espécie de reajuste - anualidade e variação de custos determinados em acordo, dissídio ou convenção, **somente devem ser considerados aqueles relativos a mão de obra em razão de novo acordo, dissídio ou convenção coletiva, inclusive os benefícios não previstos na proposta inicial, quando se tornarem obrigatórios por força desses instrumentos, bem como aqueles decorrentes dos insumos necessário à execução dos serviços**. É o que expressam os §§ 2º e 4º do art. 30 e o § 1º do art. 40, ambos da IN nº 02/2008.

40. Da mesma forma, e por tratar-se de tributos federais com custos que não se alteram a cada ano, o caminho a ser buscada nesse caso, visando o reequilíbrio econômico-financeiro inicial, é a via da **revisão**, para mais ou para menos, na forma prevista no § 5º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, acima transcrito.

41. **Por isso mesmo, esses questionamentos jamais poderiam atravancar o reajuste contratual pela via da repactuação. Não deveriam constar deste procedimento.**

8. Nesse sentido, **as áreas técnicas desta Pasta devem continuar a análise do pedido de repactuação formulado, promovendo a integração de sua apreciação com a nova documentação apresentada pela empresa às fls. 286/305, procedendo, se for o caso, o ajuste nos cálculos devidos, atenta às demais orientações exaradas no presente Parecer e no mencionado Parecer nº 0675/2015/CONJUR-MINC/CGU/AGU (fls. 257/262v).**

9. Desse modo, entendo não haver óbice ao prosseguimento dos trâmites necessários para prosseguimento da análise da presente repactuação, sendo que o saneamento e apuração de eventuais irregularidades ocorridas em decorrência de apresentação equivocada de informações atinentes ao re-

gime tributário da empresa RONDONAPI SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA LTDA. deve se dar em procedimento apartado, com o respeito às garantias do contraditório e ampla defesa devidas.

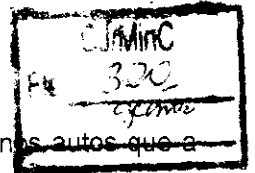
10. Por oportuno, informo não desconhecer a possibilidade jurídica de correção de eventuais erros na planilha de preços desde que não haja majoração do preço final proposto. sendo que, no caso em tela, o erro configurado não pode ser utilizado como justificativa, pura e simples, para se obter revisão do valores do contrato. Nesse sentido, consoante se infere do teor da manifestação da própria empresa às fls. 286, deve haver manutenção dos valores finais devidos da maneira como homologado pela Administração. Se a empresa equivocou-se na identificação do verdadeiro de regime de recolhimento de tributos aos quais estaria submetida, não pode, no momento da execução contratual, tentar corrigir tal erro, devendo ante o brocardo *pactu sunt servanda* honrar seus compromissos de forma justa com a Administração. Ao final da avença, se a empresa entender que ante a irregularidade cometida por ela própria não se mostrar adequada ou vantajosa a prorrogação do contrato eventualmente apresentada, deve se recusar a fazê-la. O que não cabe é, por via transversa, seja no momento da repactuação ou da prorrogação contratual, tentar transferir o ônus de seu comportamento equivocado à Administração, sob pena de beneficiar-se de sua própria torpeza após a obtenção de vantagem competitiva na participação da licitação.

11. Noutro giro, conforme asseverado pela Coordenação-Geral de Licitações e Contratos, em seu multicitado Despacho nº 318/2015/COGEC (fls. 314/315), verifico a existência de sérias dúvidas acerca da correção das informações relativas ao regime tributário apresentado pela empresa RONDONAPI SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA LTDA. durante a realização do certame que redundou em sua contratação com este Ministério. Destarte, ante o risco da ocorrência de eventual burla ao procedimento licitatório e/ou prejuízo aos trabalhadores contratados pela empresa, cabe às áreas técnicas pertinentes adotar as medidas cabíveis para aclarar a situação ocorrida e, se for o caso, punir a empresa e/ou rescindir o contrato vigente.

12. Nesse ponto, os órgãos técnicos do Ministério da Cultura devem iniciar novo procedimento para identificar se a postura realizada pela empresa gerou algum tipo de desvio na condução e/ou resultado do procedimento licitatório, bem como se a divergência de informações atinentes ao regime tributário da empresa representou, em tese, recolhimento de valores inferiores aos que efetivamente devidos aos trabalhadores.

13. Com efeito, a empresa alega que "(...) durante o certame operava no regime do *Simplex Nacional*" (fls. 286), sendo que de acordo com o documento de fl. 278 a empresa não integrava aquele regime desde 31/08/2014 e que o mero agendamento de opção pelo SIMPLES Nacional tão somente indica a pretensão de figurar neste regime para o ano subsequente, consoante manifestação da própria Receita Federal (fl. 306).

14. Dessa feita, resta incontroverso que a empresa não reunia à época da realização da licitação as condições adequadas para figurar no SIMPLES Nacional e que tal constatação afronta o teor



da proposta comercial apresentada pela própria empresa. Também restou identificado nos autos que a empresa RONDONAPI SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA LTDA., inobstante ter elaborada proposta comercial no regime do SIMPLES Nacional, apresentou memória de cálculo baseada no regime do Lucro Real. Ademais, a empresa informou operar sob o regime tributário do Lucro Presumido a partir de 15/05/2015, conforme manifestação de fl. 286.

15. **Ante tal cenário, a Administração deve verificar em procedimento específico e apartado dos presentes autos se a conduta praticada pela empresa gerou infração ao procedimento licitatório. Ou seja, deve se verificar se a empresa se valeu das errôneas declarações feitas sobre o SIMPLES Nacional, Lucro Real e Lucro Presumido para obter algum benefício irregular durante o certame. Caso confirmado tal hipótese, a Administração poderá rescindir o contrato e aplicar as penalidades contratuais devidas, inclusive àquelas previstas no art. 7º da Lei nº 10.520/02.**

16. **Nesse sentido, também deve ser verificado se o erro cometido na redação da proposta implicou em recolhimento a menor de verbas laborais devidas, prejudicando os trabalhadores contratados pela empresa, sendo que, caso confirmada tal hipótese, a Administração poderá adotar as medidas cabíveis para ressarcir os trabalhadores, bem como punir a empresa com a aplicação das sanções contratuais devidas e comunicação do Ministério Público do Trabalho para adoção das medidas cíveis e criminais eventualmente pertinentes.**

17. Note-se que o procedimento a ser instaurado deve ser precedido de avaliação prévia da Administração acerca da presença de indicativos mínimos aptos a configurar as irregularidades eventualmente cometidas, bem como a possível ofensa às regras do certame, vantagem irregular obtida pela empresa ou, ainda, prejuízo ao recolhimento de benefícios trabalhistas conforme explicado alhures. Este novo procedimento, caso a Administração vislumbre previamente a presença de tais elementos mínimos indicativos das irregularidades cometidas, poderá abarcar todos os demais contratos celebrados pela empresa, desde que, por óbvio, as irregularidades ora ventiladas também tenham ocorrido naqueles processos.

18. Outrossim, sugiro que tal análise, que poderá culminar na rescisão dos contratos e retenção de valores eventualmente devidos à empresa, seja feito antes do efetivo pagamento dos valores devidos a título de repactuação, com vistas a evitar maiores prejuízos à Administração e/ou aos trabalhadores eventualmente prejudicados.

19. Por fim, sugiro que o novo procedimento seja guiado pela observância do contraditório e ampla defesa, com a concessão de prazo razoável para a empresa se manifestar, sem prejuízo da produção de provas e ciência de todos atos procedimentais praticados.

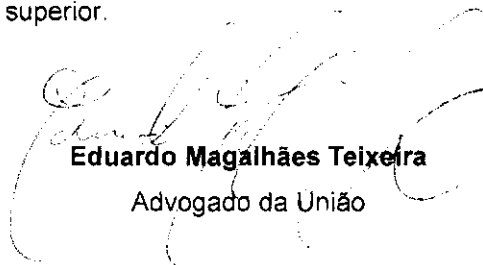
CONCLUSÃO

20. Ante o exposto, esta Consultoria, sem se imiscuir nos aspectos de conveniência e oportunidade administrativa, sugere que **as áreas técnicas desta Pasta verifiquem a possibilidade de:**

a) concluir a análise do pedido de repactuação formulado, promovendo a integração da apreciação com a nova documentação apresentada pela empresa às fls. 286/305, procedendo, se for o caso, o ajuste nos cálculos devidos, atenta às demais orientações exaradas no presente opinativo e no Parecer nº 0675/2015/CONJUR-MINC/CGU/AGU (fls. 257/262v);

b) iniciar – após análise prévia com a indicação dos elementos mínimos caracterizadores de eventual burla ao certame, benefício indevido da empresa contratada e/ou prejuízo aos trabalhadores – procedimento administrativo para apurar irregularidades cometidas, com vistas a apenar a entidade e/ou rescindir os contratos vigentes, em decorrências dos erros de enquadramento nos regimes tributários formulados pela empresa RONDONAPI SELEÇÃO E AGENCIAMENTO DE MÃO DE OBRA LTDA. durante a condução do certame e após as contratações efetivadas.

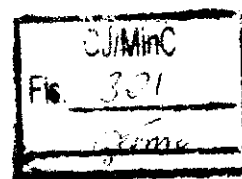
21. À consideração superior.



Eduardo Magalhães Teixeira

Advogado da União

Brasília, 15 de janeiro de 2016.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA
COORDENAÇÃO GERAL DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS E
JUDICIAIS

DESPACHO n. 00025/2016/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.001754/2015-21

**INTERESSADOS: SUBSECRETARIA DE PLANEJAMENTO,
ORÇAMENTO E ADMINISTRAÇÃO**

ASSUNTOS: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. **Aprovo** o Parecer N° 00045/2016-CONJUR/MINC/CGU/AGU.
2. Dispensada aprovação superior nos termos da Portaria N° 01, de 04.11.2009 desta Consultoria Jurídica. Publicada no DOU de 05.11.2009.
3. Em seguida, devolvam-se os autos à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração para as providências decorrentes.

Brasília, 19 de janeiro de 2016.

MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA
ADVOGADA DA UNIÃO
COORDENADORA-GERAL JURÍDICA DE ASSUNTOS
ADMINISTRATIVOS E JUDICIAIS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400001754201521 e da chave de acesso 5de2de5e

Documento assinado eletronicamente por MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5964837 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA. Data e Hora: 19-01-2016 12:12. Número de Série: 3457111354512309127. Emissor: AC CAIXA PF v2.