



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

MEMORANDO-CIRCULAR n. 001/2017/DEPCONSU/PGF/AGU

Brasília, 27 de março de 2017.

Aos Senhores Procuradores Federais em exercício nos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal.

NUP: 00407.007116/2016-72

ASSUNTO: Divulgação dos PARECERES N.º 09/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, N.º 10/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, N.º 11/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, N.º 12/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU e N.º 13/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos, do Departamento de Consultoria da PGF.

Encaminho-lhes, para conhecimento, cópias dos PARECERES N.º 09/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, N.º 10/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, N.º 11/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, N.º 12/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU e N.º 13/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, todos da Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal. Abaixo, destaco as conclusões dos referidos Pareceres:

" CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N.º125 /2016 (PARECER N.º 09/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU):

I) NÃO HÁ INCOMPATIBILIDADE ENTRE O PARECER N.º 03/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU E O RECENTE PARECER-PLÊNÁRIO N.º 01/2016/CNU-DECOR-CCU/AGU (22/06/2016). OS ENTENDIMENTOS SÃO COMPLEMENTARES, E A DECISÃO SOBRE A MODALIDADE LICITATÓRIA A SER ADOTADA NO CASO DE OUTORGA DE USO DE BEM IMÓVEL DEVE SER TOMADA À LUZ DO OBJETO PRINCIPAL DO CONTRATO, SE O FORNECIMENTO DE UM SERVIÇO DE APOIO OU SE A OUTORGA COM OUTRA FINALIDADE.

II) EM SE TRATANDO DA OUTORGA DE USO DE IMÓVEIS ADMINISTRADOS PELAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES FEDERAIS CUJO OBJETIVO DA ADMINISTRAÇÃO SEJA O DE DISPONIBILIZAR UM DETERMINADO SERVIÇO DE APOIO A OS SEUS SERVIDORES OU DEMAIS ADMINISTRADOS (INTERESSE PÚBLICO), É POSSÍVEL CONSIDERAR COMO OBJETO DO CONTRATO A PRÓPRIA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO COMUM, SENDO IRRELEVANTE QUE SEJA ELA REMUNERADA PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO OU PELO USUÁRIO, POR MEIO DE PREÇO PREDEFINIDO. A OCUPAÇÃO DO ESPAÇO, A SEU TURNO, CONSTITUI APENAS UM ASPECTO ACESSÓRIO DO AJUSTE A SER FIRMADO, NECESSÁRIO PARA QUE O CONTRATADO REALIZE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE APOIO.

III) NOS CASOS EM QUE O OBJETO CONTRATUAL PRINCIPAL É A PRESTAÇÃO DE UM SERVIÇO COMUM, MOSTRA-SE OBRIGATÓRIA A ADOÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA DO PREGÃO, PREFERENCIALMENTE EM SUA FORMA ELETRÔNICA.

IV) A ADMINISTRAÇÃO DEVE SER REMUNERADA PELO USO DO ESPAÇO, CONSIDERANDO O VALOR DE MERCADO PARA A UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL. AS DESPESAS COM ÁGUA, LUZ, INTERNET, TELEFONE ETC, RELATIVAS AO USO DO ESPAÇO PÚBLICO, TAMBÉM DEVEM SER SUPORTADAS PELO PARTICULAR.

V) QUANDO O OBJETO DO CONTRATO NÃO FOR NECESSARIAMENTE PAUTADO PELO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO EM DISPONIBILIZAR SERVIÇO AOS SERVIDORES OU ADMINISTRADOS EM GERAL, TENDO O ENTE PÚBLICO, AO REVÉS, O OBJETIVO DE REALIZAR A PRÓPRIA OUTORGA, SEJA PARA OBTER RECEITA, SEJA PARA DAR FINALIDADE A BEM DESAFETADO, A LICITAÇÃO NÃO SE DEVE REALIZAR POR MEIO DO PREGÃO, MAS, SIM, POR MEIO DA MODALIDADE LEGAL ADMITIDA PARA O CASO, A DEPENDER DO TIPO DO BEM E DO TIPO DA OUTORGA(SE AUTORIZAÇÃO, PERMISSÃO, CONCESSÃO, CESSÃO DE USO ETC).

"CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 126/2016(PARECER Nº 10/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU):

I. A CONSTITUIÇÃO NÃO VEDA QUE O MUNICÍPIO E O DISTRITO FEDERAL INSTITUAM, POR LEI, ÀS ENTIDADES PÚBLICAS QUE GOZEM DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA, A RESPONSABILIDADE, POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, PELA RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ISS INCIDENTE SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS POR EMPRESAS CONTRATADAS, NOTADAMENTE PORQUE O MONTANTE DO EFETIVO PAGAMENTO DO IMPOSTO É SUPORTADO PELO PRESTADOR DO SERVIÇO E NÃO PELO PODER PÚBLICO TOMADOR;

II. AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS NÃO ESTÃO AUTORIZADAS ANEGAR EFICÁCIA À DISCIPLINA CONTIDA NO ART. 6º, §2º INC. II, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003, HAJA VISTA A PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DESTE DISPOSITIVO LEGAL;

III. NO QUE SE REFERE AO ISS, OS PAGAMENTOS A SEREM EFETUADOS EM FAVOR DA CONTRATADA, QUANDO COUBER, ESTARÃO SUJEITOS À RETENÇÃO, NA FONTE, NA FORMA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116, DE 31 DE JULHO DE 2003, COMBINADA COM A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL E/OU DISTRITAL INSTITUIDORA DO IMPOSTO;

IV. QUANTO ÀS SITUAÇÕES CONCRETAS PRETÉRITAS, CUJA PROVIDÊNCIA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO NÃO FOI CONCRETIZADA, É DE SE ACONSELHAR QUE A DEFESA DA ENTIDADE AUTÁRQUICA SEJA FORMALIZADA ADMINISTRATIVAMENTE PERANTE O FISCO, E SE A COBRANÇA FOR JUDICIALIZADA, AS PEÇAS E OS REMÉDIOS JUDICIAIS PERTINENTES E APROPRIADOS DEVEM SER MANEJADOS, DE MODO A PERMITIR O EXAME DAS TESES DE DEFESA DA INSTITUIÇÃO, PROPICIANDO A MINORAÇÃO DOS EFEITOS FISCAIS QUE PORVENTURA DECORRAM DAS DECISÕES JUDICIAIS."

"CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 127/2016 (PARECER Nº 11/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU):

I - UMA EMPRESA QUE EXPLORA OUTRAS ATIVIDADES ALÉM DAS QUE SE PODEM SUJEITAR À DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTOS, SE COMPROVADAMENTE OPTAR POR ESTE REGIME EM RELAÇÃO A ESTAS, TERÁ DE RECOLHER AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PATRONAIS NOS MOLDES PREVISTOS PELOS §§ 1º E 4º DO ARTIGO 9º DA LEI Nº 12.546/2011, EXCETUADAS AS HIPÓTESES EM QUE A SUJEIÇÃO A ESTE REGIME TRIBUTÁRIO FOR MOTIVADA PELO ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL NA CNAE 2.0 (§§ 9º E 10 DO MESMO ARTIGO) OU EM QUE A RECEITA BRUTA DAS ATIVIDADES QUE NÃO SE PODEM SUJEITAR AO ALUDIDO REGIME TRIBUTÁRIO FOR IGUAL OU MENOR DO QUE 5% DA RECEITA BRUTA TOTAL (§§ 5º E 6º DO MESMO ARTIGO);

II - NA HIPÓTESE DO § 1º DO ARTIGO 9º DA LEI Nº 12.546/2011, CONFORME ENTENDIMENTO DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, A BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, EM RELAÇÃO ÀS ATIVIDADES QUE NÃO PODEM SUJEITAR-SE

À DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTOS, É O TOTAL DE REMUNERAÇÕES PAGAS, DEVIDAS OU CREDITADAS AOS EMPREGADOS OU PRESTADORES DE SERVIÇOS QUE EXERCEM TODAS AS ATIVIDADES EXPLORADAS PELA EMPRESA, POUCO IMPORTANDO SE TAIS ATIVIDADES PODERÃO SUJEITAR-SE OU NÃO AO MENCIONADO REGIME TRIBUTÁRIO;

III - NA PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS QUE ACOMPANHA SUA PROPOSTA, SEU PEDIDO DE REVISÃO (§ 5º DO ARTIGO 65 DA LEI Nº 8.666/1993) OU SEU PEDIDO DE REACTUAÇÃO DE PREÇOS, CONFORME O CASO, O LICITANTE OU CONTRATADO QUE EXERÇA ATIVIDADES SUJEITAS À DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTOS, CONCOMITANTEMENTE A ATIVIDADES QUE NÃO PODEM SUJEITAR-SE A ESTE REGIME, E QUE COMPROVADAMENTE HAJA OPTADO PELA DESONERAÇÃO EM RELAÇÃO ÀS PRIMEIRAS ATIVIDADES, NÃO PODERÁ ZERAR (OU MESMO ELIMINAR DO MÓDULO 4) A RUBRICA RELATIVA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DEVIDA AO EMPREGADO (DENOMINADA DE "INSS" NO ANEXO III-A DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02/2008 DA SLTI). ESTA RUBRICA TERÁ VALOR MAIOR DO QUE ZERO, SEM PREJUÍZO DA INSERÇÃO, PELO LICITANTE OU CONTRATADO, NO MÓDULO 5 DA PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS, DE UMA RUBRICA RELATIVA À CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCIDENTE SOBRE A RECEITA BRUTA;

IV - EM LICITAÇÕES DESTINADAS À CONTRATAÇÃO DE OBRAS OU SERVIÇOS QUE PODEM SUJEITAR-SE À DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTOS, OS INSTRUMENTOS CONVOCATÓRIOS NÃO PODEM PREVER QUE A RUBRICA RELATIVA À CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL INCIDENTE SOBRE A REMUNERAÇÃO DEVIDA AO EMPREGADO (DENOMINADA DE "INSS" NO ANEXO III-A DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 02/2008 DA SLTI) NECESSARIAMENTE TERÁ DE SER IGUAL A ZERO; V - NA FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO, AO FAZER UMA ESTIMATIVA DO VALOR DO FUTURO CONTRATO, A ADMINISTRAÇÃO DEVERÁ CONFECCIONAR UM ÚNICO ORÇAMENTO DE REFERÊNCIA, NO QUAL CONSIDERARÁ O REGIME TRIBUTÁRIO A QUE LHE FOR MAIS VANTAJOSO, PORÉM OS LICITANTES DEVERÃO ELABORAR AS PLANILHAS DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS QUE INSTRUEM SUAS PROPOSTAS COM OBSERVÂNCIA DO REGIME TRIBUTÁRIO A QUE SE SUJEITAM, NÃO PODENDO UTILIZAR OS CRITÉRIOS CONSTANTES DO ORÇAMENTO DE REFERÊNCIA (SE ESTES NÃO LHE FORAM APLICÁVEIS) E DEPOIS, EM CASO DE ADJUDICAÇÃO E CONTRATAÇÃO, PLEITEAR UMA INDEVIDA REVISÃO CONTRATUAL.

V - NA FASE PREPARATÓRIA DA LICITAÇÃO, AO FAZER UMA ESTIMATIVA DO VALOR DO FUTURO CONTRATO, A ADMINISTRAÇÃO DEVERÁ CONFECCIONAR UM ÚNICO ORÇAMENTO DE REFERÊNCIA, NO QUAL CONSIDERARÁ O REGIME TRIBUTÁRIO QUE LHE FOR MAIS VANTAJOSO, PORÉM OS LICITANTES DEVERÃO ELABORAR AS PLANILHAS DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS QUE INSTRUEM SUAS PROPOSTAS COM OBSERVÂNCIA DO REGIME TRIBUTÁRIO A QUE SE SUJEITAM, NÃO PODENDO UTILIZAR OS CRITÉRIOS CONSTANTES DO ORÇAMENTO DE REFERÊNCIA (SE ESTES NÃO LHE FORAM APLICÁVEIS) E DEPOIS, EM CASO DE ADJUDICAÇÃO E CONTRATAÇÃO, PLEITEAR UMA INDEVIDA REVISÃO CONTRATUAL."

"CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 128/2016(PARECER Nº 012/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU):

I - O BENEFÍCIO "PLANO DE SAÚDE" ILICITAMENTE PREVISTO NA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO DE 2014, CELEBRADA ENTRE O SEAC/DF E O SINDISERVIÇOS/DF, BEM COMO NAS SUBSEQUENTES CONVENÇÕES QUE REPRODUZIRAM O SEU TEOR, DEVE SER EXCLUÍDO DAS PLANILHAS DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CELEBRADOS SOB A ÉGIDE DESSAS CONVENÇÕES, BUSCANDO-SE, EM REGRA, O RESSARCIMENTO DOS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS A ESSE TÍTULO, RESPEITADOS OS DITAMES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

II - O RESSARCIMENTO DOS VALORES JÁ PAGOS A TÍTULO DESSE PLANO DE SAÚDE NÃO DEVE SER REALIZADO QUANDO RECONHECIDA A BOA-FÉ DAS EMPRESAS CONTRATADAS, A SER INVESTIGADA NO CASO CONCRETO, DE ACORDO COM AS BALIZAS TRAÇADAS NO PRESENTE PARECER.

III - RECOMENDA-SE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INSIRA, EM SEUS PRÓXIMOS EDITAIS DE LICITAÇÃO, CLÁUSULA QUE EXPRESSAMENTE VEDE A COTAÇÃO, NAS PLANILHAS DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇOS, DE BENEFÍCIOS ESTABELECIDOS EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO QUE ONEREM DIRETAMENTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TOMADORA DE SERVIÇO."

"CONCLUSÃO
Nº 013/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU):

DEPCONSU/PGF/AGU

Nº129/2016(PARECER

I. A ANUÊNCIA DE QUE TRATA O ART. 27, LEI 8.987, DE 1995 - LEI DE CONCESSÕES INCIDE EM QUALQUER CASO DE TRANSFERÊNCIA DO PODER DE CONTROLE ACIONÁRIO, SENDO IRRELEVANTE A MODALIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO UTILIZADO PARA EFETIVAR A OPERAÇÃO;

II. AO AVALIAR O ATO DE TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE ACIONÁRIO DA CONCESSIONÁRIA, O CONCEDENTE NÃO DEVE INSTITUIR NOVOS REQUISITOS HABILITAÇÃO QUE NÃO OS EXIGIDOS NO MOMENTO DA LICITAÇÃO, CABENDO-LHE COBRAR DO TERCEIRO ADQUIRENTE DO CONTROLE AS MESMAS COMPROVAÇÕES DO CERTAME, INCLUSIVE NO QUE TOCA À INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL;

III. NAS CONCESSÕES, É LÍCITO AO CONCEDENTE EXIGIR COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO CAPITAL SOCIAL EFETIVAMENTE INTEGRALIZADO;

IV. O CONTROLE DE QUE TRATA O ART. 27 DA LEI DE CONCESSÕES É TANTO O DIRETO COMO O INDIRETO (ART. 243, § 2º. DA LEI 6.404, DE 1976, C/C ART. 1098, II DO CÓDIGO CIVIL);

V. NÃO DESCARACTERIZA O NEGÓCIO DE ALIENAÇÃO DO CONTROLE O FATO DE O ALIENANTE NÃO ESTAR FAZENDO USO DESSA PRERROGATIVA, BASTANDO O PODER EM POTENCIAL DE COMANDAR A ATIVIDADE EMPRESARIAL PARA INCIDIR O ART 27 DA LEI DE CONCESSÕES;

VI. SOMENTE É NECESSÁRIA A ANUÊNCIA DO CONCEDENTE QUANDO HOVER A TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE SOCIETÁRIO A UM TERCEIRO;

VII. AS REGRAS APLICÁVEIS À AUTORIZAÇÃO PARA A TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE ACIONÁRIO SERÃO AS DA LEI DE CONCESSÕES E DO EDITAL POIS AS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS SÃO REGIDAS PELA LEI BRASILEIRA, JÁ QUE MESMO É CONSTITUÍDO NO BRASIL, E O PROPONENTE É PODER PÚBLICO NACIONAL, CONFORME DISPÕE O ART. 9º DA LINDB (LEX LOCI CELEBRATIONIS).

VIII. A PESSOA JURÍDICA ESTRANGEIRA QUE SE TORNE CONTROLADORA DE UMA CONCESSIONÁRIA DEVE APRESENTAR DOCUMENTOS EQUIVALENTES ÀQUELES EXIGIDOS DOS LICITANTES NACIONAIS, APLICANDO-SE, MUTATIS MUTANDIS, PREVISÃO DO § 4º DO ART. 32 DA LEI 8.666, DE 1993."

Oportunamente, informo-lhes que os arquivos das citadas manifestações já se encontram disponíveis na página do Departamento de Consultoria, no sítio da Procuradoria-Geral Federal, na Intranet e na Internet.

Atenciosamente,

RICARDO NAGAO
Diretor do Departamento de Consultoria

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00407007116201672 e da chave de acesso db121917

Documento assinado eletronicamente por RICARDO NAGAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 25862966 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RICARDO NAGAO. Data e Hora: 28-03-2017 19:43. Número de Série: 6153190302174487978. Emissor: AC CAIXA PF v2.
