



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

PARECER Nº 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO Nº: 00407.004525/2012-93

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados à licitação e contratos administrativos tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012.

EMENTA

INCLUSÃO OU EXCLUSÃO DO SIMPLES NO CURSO DO CONTRATO. REVISÃO NOS PREÇOS PARA MAIS OU PARA MENOS. CLASSIFICAÇÃO COMO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO: IRRELEVÂNCIA DA ANUALIDADE.

Possibilidade, desde que a inclusão ou exclusão ocorra após a data de apresentação das propostas e tenha comprovada repercussão nos preços contratados.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012, criou Grupo de Trabalho que tem por objetivo:

I – identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da PGF, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II – promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da PGF; e

III – submeter à consideração do Procurador-Geral Federal a conclusão dos trabalhos.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. No Parecer ora em apreço, cuidar-se-á da alteração contratual decorrente da exclusão ou inclusão da empresa contratada no regime tributário denominado SIMPLES. Ao final, poderão ser observadas algumas orientações que procuram assegurar o melhor atendimento ao interesse público.

4. É o relatório.

5. DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE O ENQUADRAMENTO COMO ME/EPP E A ADOÇÃO DO SIMPLES NACIONAL – UM CORTE METODOLÓGICO NECESSÁRIO

5.1. Antes de enfrentar diretamente o tema, convém seja esclarecida questão de fundamental importância: o objeto desta análise jurídica não se destina à questão da perda ou aquisição da qualidade de microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), embora estes fatos tenham repercussão na disciplina da inclusão ou exclusão do SIMPLES Nacional (SIMPLES).

5.2. Retira-se a definição de ME e EPP diretamente da Lei Complementar nº 123/2006 (LC 123/2006), quando as enquadra de acordo com os limites de faturamento bruto anual:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

5.3. Apesar de definidas como ME/EPP, algumas empresas não podem fazer uso do tratamento jurídico diferenciado estabelecido na LC 123/2006, por causa da vedação constante do §4º do art. 3º da Lei Complementar¹. É de admitir, contudo, que o fato de não poderem fazer uso do tratamento diferenciado e favorecido não implica perda da definição como ME/EPP; apenas não podem gozar de tal tratamento favorecido, como o benefício para acesso aos mercados (art. 42 e seguintes) e o regime tributário diferenciado (art. 12 e seguintes).

¹ § 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica.

5.4. Esse esclarecimento serve para colocar a salvo deste Parecer questões tormentosas outras que não digam especialmente com a fase contratual. Assim, controvérsias jurídicas afetas à licitação (fase pré-contratual), como a possibilidade de uso das preferências previstas na LC 123/2006 por empresa que, em tese, não poderia beneficiar-se do regime jurídico diferenciado, ou a licitação cuja adjudicação implique perda imediata da condição de ME/EPP, poderão ser objeto de outras manifestações que não esta.

5.5. Nesta oportunidade, parte-se da premissa de que a inclusão ou exclusão do SIMPLES Nacional ocorre depois de encerrado o procedimento licitatório. O problema a ser abordado diz, portanto, com *o contrato*, não com *a licitação*.

5.6. Para finalizar esta parte inicial, vale lembrar que a perda da condição de ME/EPP implica obrigatória exclusão do SIMPLES (art. 30, III e IV da LC 123/2006), por isso aquele tema (perda da qualidade de ME/EPP) é mais abrangente do que este, mas o Parecer resumir-se-á a este último, como ora explicado.

6. CASOS DE INCLUSÃO E EXCLUSÃO DO SIMPLES. REFLEXOS DO REGIME TRIBUTÁRIO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO. ART. 65, §5º, DA LEI 8.666/93. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.

6.1. A LC 123/2006 faculta às ME/EPP a inclusão no regime diferenciado denominado SIMPLES, por isso se costuma chamar tais empresas de *optantes*. Assim, uma vez apta para usufruir do regime diferenciado estabelecido na LC 123/2006, poderá optar pelo SIMPLES. Observe-se como a Lei disciplina essa opção:

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

§ 1º Para efeito de enquadramento no Simples Nacional, considerar-se-á microempresa ou empresa de pequeno porte aquela cuja receita bruta no ano-calendário anterior ao da opção esteja compreendida dentro dos limites previstos no art. 3º desta Lei Complementar.

[...]

§ 2º A opção de que trata o **caput** deste artigo deverá ser realizada no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 3º A opção produzirá efeitos a partir da data do início de atividade, desde que exercida nos termos, prazo e condições a serem estabelecidos no ato do Comitê Gestor a que se refere o **caput** deste artigo.

§ 4º Serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar.

§ 5º O Comitê Gestor regulamentará a opção automática prevista no § 4º deste artigo.

§ 6º O indeferimento da opção pelo Simples Nacional será formalizado mediante ato da Administração Tributária segundo regulamentação do Comitê Gestor.

(sublinhamos)

6.2. Assim como possibilita a entrada por opção, a Lei também faculta a saída, a saber:

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:

I - por opção;

[...]

§ 1º A exclusão deverá ser comunicada à Secretaria da Receita Federal:

I - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, até o último dia útil do mês de janeiro;

[...]

Art. 31. A exclusão das microempresas ou das empresas de pequeno porte do Simples Nacional produzirá efeitos:

I - na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, ressalvado o disposto no § 4º deste artigo;

[...]

§ 4º No caso de a microempresa ou a empresa de pequeno porte ser excluída do Simples Nacional no mês de janeiro, na hipótese do inciso I do caput do art. 30 desta Lei Complementar, os efeitos da exclusão dar-se-ão nesse mesmo ano.

(sublinhamos)

6.3. Observa-se que está sob livre escolha da empresa sua inclusão ou exclusão do SIMPLES. Mesmo aquelas incluídas obrigatoriamente por força do §4º do art. 16 poderão solicitar sua exclusão.

6.4. Outras hipóteses de exclusão não refletem simples opção; dizem com a impossibilidade legal de continuar usufruindo do regime diferenciado, fato que obrigatoriamente deve ser comunicado à Receita Federal do Brasil na forma do art. 30 e seu §1º da LC 123/2006, sob pena de exclusão de ofício (art. 29), medida esta de nítido caráter penal.

6.5. Enfim, tem-se que a inclusão ou exclusão do SIMPLES pode dar-se (a) mediante comunicação ou (b) de ofício. Nos rol das hipóteses de saída mediante comunicação, que deve necessariamente ser feita pelas empresas, há casos em que a saída é (a.1) facultativa ou por opção e existem outros em que a saída é (a.2) obrigatória, lembrando que a comunicação da saída, opcional ou obrigatória, é sempre um dever da empresa, sob pena de exclusão de ofício.

6.6. Independente do motivo da exclusão, fato é que a saída do SIMPLES implica alterações para a empresa antes denominada optante, pois a remete diretamente para o regime comum do tratamento tributário que cabe às demais empresas. Pode-se destacar como efeito financeiro principal a perda da isenção prevista no §3º do art. 12 da Lei:

Art. 12. [...]

[...]

§ 3º As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam dispensadas do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para as entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, de que trata o art. 240 da Constituição Federal, e demais entidades de serviço social autônomo.

6.7. Outros fatores contábeis ou gerenciais podem ser vislumbrados, mas, como reflexo direto no preço dos contratos, este sem dúvida é o que mais se destaca.

6.8. Esclarecida, portanto, a forma como pode se dar a inclusão ou exclusão do SIMPLES, convém analisar o regime jurídico que disciplina a alteração dos contratos administrativos.

6.9. A alteração nos contratos administrativos é objeto de tópico específico na Lei 8.666/93 (art. 65 e seguintes), onde fica clara a preocupação com os preços contratados. Alterações outras, como as de prazo, são previstas noutros pontos da Lei. A respeito dos reflexos do enquadramento no SIMPLES ou do regime tributário no contrato administrativo, merecem destaque as seguintes disposições:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis,

retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[...]

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

(sublinhamos)

6.10. Note-se que a Lei aparta em dispositivo específico a hipótese de criação, a alteração ou a extinção de tributos e encargos legais ou a superveniência de disposições legais que tenham repercussão nos preços. É com base na previsão específica do §5º que será apresentada a solução para o caso em apreço.

6.11. Ladeando as disposições legais que regulamentam a alteração dos contratos administrativos, a LC 123/2006 trouxe disposição que suscita aparente antinomia. Trata-se do §3º do art. 3º, *in verbis*:

§ 3º O enquadramento do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o seu desenquadramento não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados.

(sublinhamos)

6.12. Uma interpretação meramente literal e isolada permitiria concluir que o enquadramento ou desenquadramento como ME/EPP (ou a inclusão ou exclusão do SIMPLES) não poderia dar ensejo a qualquer alteração no contrato administrativo.

6.13. No entanto, há de se ter em conta que o regime jurídico da LC 123/2006 sustenta-se no princípio da isonomia e lhe deve deferência no procedimento de interpretação. O tratamento desigual deferido às ME/EPP tem sede constitucional (art. 146, *d*, e parágrafo único da CF/88), por isso cabe interpretar a norma legal acima transcrita de acordo com os escopos constitucionais².

6.14. Dessa forma, a intenção da disposição acima, antes de vedar em absoluto qualquer alteração contratual por ocasião do enquadramento ou desenquadramento, parece ser a de preservar as ME/EPP de atos jurídicos unilaterais, teratológicos e abruptos que

² "[...] 3.1. O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte" [...]. (ADI 4033, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em

afetem os contratos por elas mantidos, prejudicando-lhes ou obstando-lhes as atividades até então realizadas. Ainda que haja certo apego à interpretação literal, a locução “ou qualquer restrição” aponta para a vedação de quaisquer alterações ou denúncias que restrinjam ou obstem o regular exercício das atividades econômicas até então desempenhadas por essas empresas.

6.15. Assim, as normas acima não de ser interpretadas em conjunto, sob as diretrizes do princípio da isonomia e da disposição constitucional que fundamenta o tratamento diferenciado.

6.16. Afirma-se, portanto, que enquadramentos e desenquadramentos na condição de ME/EPP (o que pode implicar inclusão ou exclusão do SIMPLES) devem ser levados em conta para a realização de ajustes contratuais, quando devidos.

6.17. Ultrapassada essa possível antinomia normativa, é o caso de analisar quando e como seria possível alguma alteração no contrato administrativo por ocasião da inclusão ou exclusão da empresa no SIMPLES.

6.18. A alteração contratual decorrente da inclusão/exclusão do SIMPLES parece mais se amoldar à regra específica do §5º do mesmo art. 65 da Lei de Licitações. Observando a literalidade deste último dispositivo, constata-se que podem dar ensejo à revisão dos preços contratados (para mais ou para menos) a criação, a alteração ou a extinção de quaisquer tributos ou encargos legais³, bem como a superveniência de disposições legais (qualquer disposição, tributária ou não), desde que esses fatos (1º) ocorram após a data de apresentação da proposta e (2º) tenham comprovada repercussão nos preços contratados.

6.19. Ora, as alterações de tributos e encargos legais decorrentes da inclusão ou exclusão do SIMPLES, seja essa inclusão/exclusão com base em quaisquer motivos (opcional, obrigatório ou de ofício), além de terem respaldo na LC 123/2006, não implicam criação ou extinção, mas alteração nos tributos e encargos legais da contratada. Assim, caso essa alteração (1º) ocorra após a apresentação da data de apresentação da proposta e (2º) tenha comprovada repercussão nos preços contratados, pode dar ensejo à revisão nos preços, para mais ou para menos.

15/09/2010, DJe-024 DIVULG 04-02-2011 PUBLIC 07-02-2011 EMENT VOL-02458-01 PP-00001 RSJADV mar., 2011, p. 28-37)

³ Vale esclarecer que a “exigência” ou o “aumento” de tributos estão vinculados ao princípio da legalidade (art. 150, I, CF/88), de onde se presume que a Administração deveria exigir sempre “lei” para aplicar o dispositivo legal, porém a Lei 8.666/93 fala também em “alteração” e “extinção”, motivo por que há de ser avaliada qualquer repercussão tributária no contrato.

6.20. A Primeira e a Segunda Câmaras do Tribunal de Contas da União proferiram decisões obrigando as adequações no sentido do que ora vem se defendendo:

- Assunto: MICROEMPRESA. DOU de 12.02.2010, S. 1, p. 255. Ementa: determinação à Secretaria-Geral de Administração do TCU para que, considerando o que prescreve o art. 13, § 3º, da Lei Complementar nº 123/2006, exclua do pagamento mensal devido à adjudicatária, enquanto essa permanecer na condição de empresa de pequeno porte, os valores referentes às contribuições afetas às entidades do terceiro setor, restabelecendo o pagamento, automaticamente, caso a empresa venha a perder a condição supracitada (item 1.4.1, TC-028.131/2009-0, Acórdão nº 387/2010-2ª Câmara).

- Assunto: MICROEMPRESA. DOU de 12.03.2010, S. 1, p. 132. Ementa: determinação ao TRF/1ª Região para que, em observância ao que prescreve o art. 13, § 3º, da Lei Complementar nº 123/2006, exclua do pagamento mensal devido à adjudicatária, enquanto essa permanecer na condição de microempresa, os valores referentes às contribuições afetas às entidades do terceiro setor, reestabelecendo o pagamento, automaticamente, caso a empresa venha a perder a condição supracitada (item 1.5.1, TC-001.683/2010-1, Acórdão nº 982/2010-1ª Câmara).
(sublinhamos)

6.21. Por todo exposto, nota-se que, a depender do caso, a Administração deve não só retirar da planilha – e reduzir o valor contratual – os tributos não devidos pela empresa em razão do enquadramento no SIMPLES, mas também deverá reinseri-los – aumentando o valor contratual – no caso de reequadramento.

6.22. Essa diretriz reforça que os ajustes independem do motivo que deu causa ao enquadramento ou desenquadramento. Suponha-se que uma ME/EPP até então não-optante peça a inclusão no SIMPLES e com isso faça jus a uma série de benefícios. A Administração decerto ajustaria o valor contratual para excluir tributos e encargos que estivessem sendo indevidamente pagos. Não há razão, portanto, para proceder de forma distinta quando a empresa é excluída do SIMPLES, ainda que seja a exclusão mediante comunicação por opção.

6.23. Esse comportamento uniforme decorre não só do postulado que veda o enriquecimento sem causa (da Administração ou do contratado), mas até mesmo do princípio da boa-fé, na vertente da vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

6.24. Depois de esclarecerem que não se trata de norma expressa no nosso ordenamento jurídico, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal explicam que:

A vedação do comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação

da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. [...]⁴.

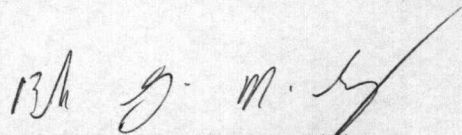
6.25. A respeito do enquadramento da referida alteração, defende-se que, segundo a classificação do Parecer AGU/JTB 01/2008, aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República em 26.02.2009; do Acórdão 1828/2008 – Plenário, do TCU e das Orientações Normativas nº 22/2009 a 26/2009 da AGU, o caso em questão é de reequilíbrio econômico-financeiro, o qual pode ser conferido a qualquer tempo, independentemente de configurada a anualidade. Diferencia-se, destarte, do reajuste *stricto sensu* - alteração do valor contratual vinculada a índice - e da repactuação - alteração vinculada à comprovação da variação de custos.

6.26. Por todo o exposto, conclui-se que:

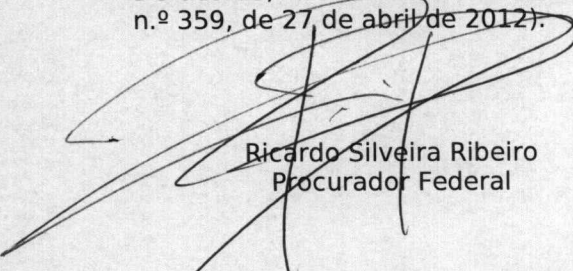
- a) Nos contratos administrativos, a inclusão ou exclusão do SIMPLES, desde que:
 - (a.1) ocorra após a data da apresentação da proposta e
 - (a.2) possua comprovada repercussão nos preços contratados, podem dar ensejo à revisão destes, para mais ou para menos;
- b) A alteração mencionada acima enquadra-se como reequilíbrio econômico-financeiro, podendo ocorrer independentemente de anualidade.

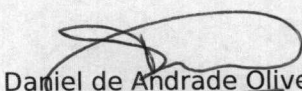
À consideração superior.

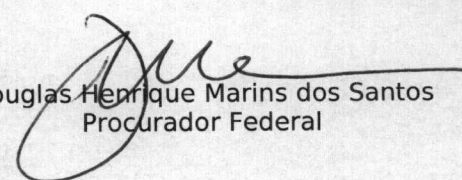
Brasília, 25 de junho de 2012.


Bráulio Gomes Mendes Diniz
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 359, de 27 de abril de 2012).


Ricardo Silveira Ribeiro
Procurador Federal

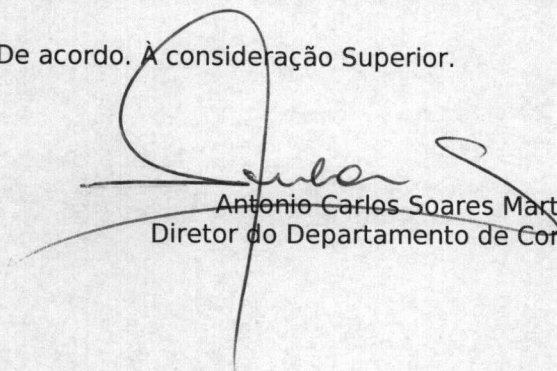

Daniel de Andrade Oliveira Barral
Procurador Federal


Douglas Henrique Marins dos Santos
Procurador Federal

⁴ Direito Civil: teoria geral. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 682.

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 30 de julho de 2012.



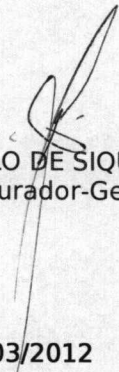
Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER Nº 03/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 30 de julho de 2012.



MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 03/2012

NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, A INCLUSÃO OU EXCLUSÃO DO SIMPLES, DESDE QUE OCORRA APÓS A DATA DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA E POSSUA COMPROVADA REPERCUSSÃO NOS PREÇOS CONTRATADOS, PODEM DAR ENSEJO À REVISÃO DESTES, PARA MAIS OU PARA MENOS. A ALTERAÇÃO ORA MENCIONADA ENQUADRA-SE COMO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO, PODENDO OCORRER INDEPENDENTEMENTE DE ANUALIDADE.