

Soluções Inovadoras em Direito Empresarial

06 de janeiro de 2013 - Informativo Jurídico - Edição Número 01

Destques

Prezados Clientes,

O Informativo Jurídico do mês de JANEIRO/2014, editado pelo escritório *Lima, Torres e Castro Advogados Associados*, destaca a Instrução Normativa RFB n.º 1.436, de 30/12/13 (DOU 02/01/14), o Decreto Estadual n.º 46.354/13 e o Decreto Municipal n.º 15.304/13.

Traz também importantes decisões exaradas pelo TCU e pelo c. STJ, selecionadas com base em sua relevância jurídica e seus assuntos, de especial interesse para as empresas executoras de obras públicas.

Aproveitando a oportunidade, desejamos a todos um Próspero Ano Novo.

LIMA, TORRES E CASTRO ADVOGADOS ASSOCIADOS.

NOTÍCIA

Publicada no dia 02 de janeiro de 2014 a IN RFB n.º 1.436, de 30/12/13.

A Receita Federal do Brasil disciplinou a Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) e divulgou a relação de atividades abrangidas pela referida medida.

Dentre as novas regras, destacamos os artigos que tratam dos Consórcios de empresas, a saber:

Art. 1º As contribuições previdenciárias das empresas que desenvolvem as atividades relacionadas no Anexo I ou produzam os itens listados no Anexo II incidirão obrigatoriamente sobre o valor da receita bruta, em substituição às contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento, previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, considerando-se os períodos e as alíquotas definidos nos Anexos I e II, e observado o disposto nesta Instrução Normativa.

§ 1º Considera-se empresa, para efeitos do disposto nesta Instrução Normativa, a sociedade empresária, a sociedade simples, a cooperativa, 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.

§ 2º Equipara-se a empresa, de que trata o § 1º, o consórcio constituído nos termos dos arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que realizar a contratação e o pagamento, mediante a utilização de CNPJ próprio do consórcio, de pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem vínculo empregatício, ficando as empresas consorciadas

solidariamente responsáveis pelos tributos relacionados às operações praticadas pelo consórcio.

§ 3º No caso de sociedades cooperativas, a Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) aplica-se somente àquelas que produzam os itens listados no Anexo II.

§ 4º A receita bruta, a que se refere o caput, compreende a receita decorrente da venda de bens nas operações de conta própria e da prestação de serviços em geral, e o resultado auferido nas operações de conta alheia, devendo ser considerada sem o ajuste de que trata o inciso VIII do art. 183 da Lei nº 6.404, de 1976.

(...)

Art. 20. Na hipótese do § 2º do art. 1º, no cálculo da contribuição incidente sobre a receita, a consorciada deve deduzir de sua base de cálculo, observado o disposto no art. 9º da Lei nº 12.546, de 2011, a parcela da receita auferida pelo consórcio proporcional a sua participação no empreendimento.

Art. 21. Nos casos em que a empresa líder assumir, no contrato de que trata o art. 279 da Lei nº 6.404, de 1976, a responsabilidade pela contratação e pagamento, em nome do consórcio, de pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem vínculo empregatício, a contribuição para a Previdência Social relativa às pessoas físicas vinculadas ao consórcio seguirá a mesma sistemática a que estiver submetida a empresa líder.

Art. 22. Nos casos em que as empresas integrantes do consórcio, mediante a utilização de CNPJ próprio de cada pessoa jurídica, forem responsáveis pelo pagamento à pessoa física, com ou sem vínculo empregatício, independentemente de a contratação ter sido efetuada pelo consórcio, a contribuição para a Previdência Social seguirá a mesma sistemática a que estiver submetida a empresa beneficiária da contratação.

Para ler o inteiro teor da instrução, acesse:

<http://sijut2.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=48917>

NOTÍCIA

Publicado em 27 de novembro de 2013 o Decreto Estadual n.º 46.354/13.

Foi publicado no dia 27 de novembro de 2013 o importante Decreto Estadual n.º 46.354/13, que trata da remissão dos créditos tributários relativos ao ICMS nas vendas de concreto asfáltico ou cimentício, ocorridas até o dia 1º de agosto, para o emprego em obras públicas.

Da sucinta norma, que conta com apenas três artigos, destaca-se o disposto em seu artigo 2º, que determina:

Art. 2º Ficam remetidos os créditos tributários relativos ao ICMS devido nas saídas de concreto cimento ou asfáltico ocorridas até 1º de agosto de 2013, mesmo que preparado fora do local da obra, para emprego em obra pública, ainda que esta seja realizada por particular na condição de concessionário, permissionário ou autorizatário.

Parágrafo único. O disposto neste artigo:

I - aplica-se ao crédito tributário formalizado ou não, inscrito ou não em dívida ativa, ajuizada ou não a sua cobrança;

II - não autoriza a devolução, a restituição ou a compensação de valores já recolhidos;

III - fica condicionado:

a) à desistência de ações ou embargos à execução fiscal, nos autos judiciais respectivos, ou à desistência de impugnações, defesas e recursos apresentados no âmbito administrativo;

b) à desistência pelo advogado do sujeito passivo de cobrança do Estado de eventuais honorários de sucumbência;

c) ao pagamento das custas e demais despesas processuais e de honorários advocatícios devidos ao Estado.

O Decreto mineiro inclui, entre os beneficiados, as empresas com débitos inscritos na Dívida Ativa Estadual, incluindo aqueles que já são objeto de cobranças em ações de execução fiscal.

O ponto negativo é que, aqueles que recolheram o imposto em tais operações, não terão direito à restituição dos valores já pagos. Para reaver eventuais créditos será necessário o ajuizamento de ação judicial para repetição de indébito, sujeita a precatório.

A norma entrou em vigor na data de sua publicação.

**A íntegra do Decreto encontra-se disponível no site da Assembleia Legislativa de Minas Gerais:
<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=46354&comp=&ano=2013>*

OPINIÃO

Decreto Municipal n.º 15.304, de 14 de agosto de 2013. Dispõe sobre o não ajuizamento de execução fiscal e o protesto dos créditos dos Municípios de Belo Horizonte e de suas autarquias e fundações.

As Fazendas Públicas dispõem de procedimento especial na busca dos créditos que lhes são devidos, a Execução Fiscal, disciplinada pela Lei n.º 6.830/80, popularmente conhecida como LEF.

Após percorrido o trâmite administrativo previsto, o débito é inscrito em Dívida Ativa, emitindo-se a respectiva Certidão de Dívida Ativa (CDA), a qual constitui o título hábil a instruir o feito executivo.

A Lei n.º 12.767, de 27 de dezembro de 2012, ao alterar o artigo 1º da Lei 9.492/97, incluiu a certidão de dívida ativa no rol dos títulos sujeitos ao protesto.

Vendo na referida inovação uma oportunidade de aumentarem as suas receitas, os entes municipais buscaram normatizar, o quanto antes, o expediente. No âmbito do Município de Belo Horizonte, o protesto de créditos municipais (tributários e não tributários) encontra-se disciplinado pelo Decreto 15.304/2013.

O procedimento a ser observado na cobrança da dívida ativa municipal encontra-se previsto no artigo 8º do referido Decreto, que determina:

Art. 8º - A cobrança da dívida ativa do Município observará o seguinte procedimento:

I - vencido o prazo para o pagamento do crédito tributário e não tributário, ocorrerá sua inscrição em dívida ativa;

II - após a inscrição em dívida ativa, o crédito tributário e não tributário será cobrado pela via administrativa pelo período de 90 (noventa) dias;

III - vencido o prazo de que trata o inciso II deste artigo sem pagamento, a CDA representativa do crédito tributário e não tributário será remetida a protesto na forma indicada neste Decreto;

IV - após 6 (seis) meses do protesto do título, caso não haja pagamento do crédito tributário e não tributário, será ajuizada execução fiscal para cobrança da CDA.

O protesto extrajudicial será realizado por meio do Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil - Seção Minas Gerais - IEPTB/MG através de convênio com o Município de Belo Horizonte.

O procedimento de protesto extrajudicial ocorrerá de forma centralizada, por meio de arquivo eletrônico, assegurado o sigilo das informações pela Central de Remessa de Arquivos Eletrônicos - CRA do Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil - Seção Minas Gerais - IEPTB/MG.

A CRA enviará, então, a CDA ao cartório competente, acompanhada da respectiva guia de recolhimento. Antes do efetivo registro do protesto, será facultado ao contribuinte pagar a dívida junto ao cartório. Havendo pagamento, caberá ao Tabelionato de Protestos e Títulos efetuar o depósito em favor do Município mediante quitação da guia de recolhimento no primeiro dia útil subsequente ao do recebimento.

No caso de efetivação do registro de protesto, o pagamento deverá ser efetuado mediante guia emitida diretamente pela Secretaria Municipal de Finanças ou pela Procuradoria Geral do Município.

O novo Decreto traz, também, disposições especiais para execuções de pequeno valor. Sobre o assunto, destacam-se os artigos 2º e 7º da novel legislação municipal:

Art. 2º - Os créditos inscritos em dívida ativa, iguais ou inferiores a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), reajustáveis anualmente pelo Índice Geral de Preços do Mercado - IGP-M, não serão objeto de execução fiscal, salvo determinação em contrário da Procuradoria-Geral do Município e da Secretaria Municipal de Finanças.

Parágrafo único - Os créditos de que trata o caput deste artigo deverão, prioritariamente, ser encaminhados para o protesto extrajudicial da Certidão da Dívida Ativa - CDA.

Art. 7º - Fica a Procuradoria-Geral do Município autorizada a desistir das execuções fiscais cujo crédito exequendo corrigido seja inferior a R\$5.000,00 (cinco mil reais) e das execuções fiscais distribuídas antes de 31 de dezembro de 2004, cujo crédito exequendo seja inferior a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), desde que, em ambos os casos, não haja incidência de causa de suspensão da exigibilidade do crédito em execução.

Parágrafo único - As Certidões de Dívida Ativa relativas às execuções fiscais indicadas no caput deverão ser encaminhadas ao protesto extrajudicial, após análise de sua viabilidade pela Procuradoria-Geral do Município e pela Secretaria Municipal de Finanças.

Apesar de ser objeto de legislação federal, o protesto de CDA's suscita acalorados debates, os quais defendem, em síntese, a impossibilidade de se pretender a cobrança extrajudicial de valores litigiosos.

Sob a ameaça do protesto, é certo que, frequentemente, as empresas se verão compelidas a pagar débitos equivocados e/ou majorados, sem que seja oportunizada a sua discussão, em flagrante ofensa ao Direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, consagrado pela Constituição em seu art. 5º, inciso LV.

O protesto de Certidões de Dívida Ativa revela CLARO caráter coercitivo na desenfreada busca fiscal em aumentar cada vez mais a receita tributária, podendo ser incluída no rol de condutas coercitivas para recebimento de tributos, amplamente rechaçadas pela Suprema Corte Brasileira, que, a respeito do tema, já emitiu as Súmulas de n.º 70, 323 e 547.

O assunto é polêmico e aguarda manifestação do Poder Judiciário, que deverá enfrentar tais questões ao julgar as demandas que com certeza surgirão.

**Para acessar o inteiro teor do Decreto, visite: <http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>*

JURISPRUDÊNCIA

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Em ação de improbidade administrativa, é possível a concessão de liminar “inaudita altera parte” a fim de obstar o recebimento pelo demandado de novas verbas do poder público e de benefícios fiscais e creditícios. Isso porque, ressalvadas as medidas de natureza exclusivamente sancionatória – por exemplo, a multa civil, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos –, pode o magistrado, a qualquer tempo, com fundamento no poder geral de cautela, adotar a tutela necessária para fazer cessar ou extirpar a atividade nociva, a teor do que disciplinam os arts. 461, § 5º, e 804 do CPC, 11 da Lei 7.347/1985 e 21 da mesma lei combinado com os arts. 83 e 84 do CDC. Assim, embora o art. 17, § 7º, da LIA estabeleça como regra a prévia notificação do acusado para se manifestar sobre a ação de improbidade, pode o magistrado, excepcionalmente, conceder medida liminar sempre que verificar que a observância daquele procedimento legal poderá tornar ineficaz a tutela de urgência pretendida. Precedentes citados: EDcl no Ag 1.179.873-PR, Segunda Turma, DJe 12/3/2010 e REsp 880.427-MG, Primeira Turma, DJe 4/12/2008. **REsp 1.385.582-RS, Rel. Herman Benjamin, julgado em 1º/10/2013.**

A mera variação de preços de mercado não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93. Diferenças entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado.

Tomada de Contas Especial apurou pagamentos realizados indevidamente à construtora contratada, no âmbito de contrato firmado pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf) para a execução das obras civis de infraestrutura de irrigação do Projeto Salitre – Etapa I, em Juazeiro/BA. Dentre os pagamentos impugnados, destaca-se o relativo ao 5º termo aditivo ao contrato, por meio do qual fora realizado reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste com base em alegada variação dos preços de mercado. A Codevasf argumentou, fundamentalmente, que a celebração do aditivo baseou-se em estudo comparativo entre os preços unitários contratuais e os preços de mercado dois anos após a contratação, considerando pesquisa de mercado do custo dos insumos e mantendo-se o desconto ofertado pela contratada à época da licitação. O relator, ao apreciar as justificativas apresentadas, registrou que *"a adoção de tal sistemática motivou um incremento de 4,86% ao valor contratual até então não executado (...), que foi incorporado adicionalmente aos*

percentuais de reajustamento contratualmente previstos". Observou, a esse respeito, que "a mera variação de preços, para mais ou para menos, não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993, a saber: fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências 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." Destacou ainda que a ocorrência de pequenas variações entre os preços contratuais reajustados e os preços de mercado é situação previsível, "já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a variação de preços do mercado". Por fim, ressaltou que "caso a metodologia adotada pela Codevasf fosse considerada adequada, o art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 restaria inócuo, já que qualquer variação de preço seria capaz de ensejar a obrigatoriedade da realização de reequilíbrio econômico-financeiro, o que substituiria o reajustamento dos contratos". O Tribunal, seguindo o voto do relator, decidiu, em relação ao ponto, condenar em débito a construtora solidariamente com os gestores responsáveis.

Acórdão 3024/2013-Plenário, TC 019.710/2004-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 13.11.2013.

3. É legal, para a comprovação da capacidade técnico-profissional da licitante, a exigência de quantitativos mínimos, executados em experiência anterior, compatíveis com o objeto que se pretende contratar.

Denúncia acerca de possíveis irregularidades em pregão promovido pelas Centrais Elétricas de Rondônia S.A. (Ceron), destinado à contratação de fornecimento e instalação de módulos fotovoltaicos no total de 120 kWp de capacidade, apontara possível restrição à competitividade do certame, decorrente de exigência editalícia de quantitativos mínimos em atestado de capacidade técnico-profissional. Sinteticamente, o edital requeria a apresentação de certidões de acervo técnico de engenheiros, emitidas pelo Crea, demonstrando experiência em projetos executivos e gerenciamento de construção de usinas fotovoltaicas com capacidade de pelo menos 30 kWp. Revisitando os requisitos do inciso I do § 1º do art. 30 da Lei 8.666/93, o relator registrou que a interpretação que "*mais se coaduna com o interesse da Administração de se resguardar quanto à real capacidade técnica da licitante de prestar adequadamente os serviços pactuados*" é a que vincula a vedação de exigências de quantidades mínimas ao número de atestados, e não aos serviços objeto dos atestados fornecidos. No caso concreto, pela complexidade técnica dos serviços, entendeu o relator ser "*imprescindível a apresentação de atestado de capacidade técnico-profissional com exigência de quantitativos mínimos, sob pena de a Administração atribuir responsabilidade pela prestação dos serviços a profissionais que não detêm capacidade técnica demonstrada na execução de serviços de porte compatível com os que serão efetivamente contratados*". Em tais circunstâncias, refletiu o relator, "*o que deve ser então ponderado é se os quantitativos mínimos exigidos em relação à capacidade técnico-profissional das licitantes restringiram excessivamente a competitividade do certame em tela*". Na licitação em análise

o quantitativo exigido no edital correspondia a apenas 25% do total a ser contratado, “*não podendo ser considerado, a priori, exorbitante a ponto de se inferir ter havido restrição indevida à competitividade do certame*”. Nada obstante, entendeu o relator ser necessária, ante a ausência de justificativas para os quantitativos requeridos, a expedição de determinação à Ceron para que, “*em futuras licitações, ao exigir quantitativos mínimos para fim de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes, apresente a devida motivação dessa decisão administrativa, evidenciando que a exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame*”. O Plenário, acolhendo a proposta do relator, julgou parcialmente procedente a Denúncia, expedindo a determinação sugerida.

Acórdão 3070/2013-Plenário, TC 018.837/2013-1, relator Ministro José Jorge, 13.11.2013.

DIREITO PENAL. CONCURSO DE CRIMES PREVISTOS NA LEI 8.666/1993.

Não configura *bis in idem* a condenação pela prática da conduta tipificada no art. 90 da Lei 8.666/1993 (fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório) em concurso formal com a do art. 96, I, da mesma lei (fraudar licitação mediante elevação arbitrária dos preços). Isso porque se trata de tipos penais totalmente distintos. Com efeito, enquanto no crime do art. 90 o agente busca eliminar a competição ou fazer com que esta seja apenas aparente, no crime do art. 96, I, atinge-se diretamente a licitação, elevando arbitrariamente os preços em prejuízo da Fazenda Pública. Dessa forma, caracterizadas as duas espécies delitivas, um crime não estará absorvido pelo outro. **REsp 1.315.619-RJ, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador convocado do TJ-PR), julgado em 15/8/2013.**