

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAPHAEL AUGUSTO PINHEIRO ANUNCIÇÃO

**O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
EM FACE DA LEI DE DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO - LEI 12.546/2011**

BRASÍLIA/DF, JANEIRO 2017

RAPHAEL AUGUSTO PINHEIRO ANUNCIÇÃO

**O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
EM FACE DA LEI DA DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO - LEI 12.546/2011**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP -, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Professor Dr. José Roberto Afonso

BRASÍLIA/DF, JANEIRO 2017

RAPHAEL AUGUSTO PINHEIRO ANUNCIAÇÃO

**O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
EM FACE DA LEI DA DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO - LEI 12.546/2011**

Trabalho de Dissertação apresentado ao curso de pós-graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Brasília-DF, 23 de janeiro de 2017.

Professor Dr. José Roberto Afonso

Professor Orientador

Professor(a) Membro da Banca Examinadora

Professor(a) Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Carlos e Cida, e à minha irmã Carla, por todo apoio, confiança e amor demonstrados durante todo meu curso de mestrado. A Ana Paula, pela compreensão e carinho, especialmente nos momentos de ausência. A toda minha família e amigos.

Especial agradecimento é devido ao Professor Doutor José Roberto Afonso que, com muita paciência e dedicação, conseguiu me colocar no rumo certo e, assim, possibilitar que essa difícil etapa fosse cumprida.

Aos meus insubstituíveis amigos e companheiros de trabalho, Roberto Liporace, Rafael Braúna e Mikaela Braúna, a quem dedico este trabalho.

Aos novos amigos conquistados, Jacob Fortes, José Meira Júnior, Afonso Belice, Edvaldo Barreto Júnior, Thiago Bouza, Rubens Júnior e Hugo Passos, com quem participei do grupo de estudos em temas controversos do Direito, intitulado IDP Leituras.

A Michelle Dias, Pablo Prado e aos demais advogados do Escritório Dias, Lopes e Barreto, pelos excelentes debates e incentivo ao estudo.

À excelente equipe de Professores e Colaboradores do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

RESUMO

A presente pesquisa tem como propósito avaliar a possibilidade do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, em vista das mudanças tributárias decorrentes da Lei 12.546/2011, conhecida como Lei da Desoneração da Folha de Pagamento, que alterou as regras da contribuição previdenciária patronal. Para isso, foi realizado estudo sobre as características dos contratos administrativos, em especial sobre as regras de revisão dos valores pactuados entre a Administração Pública, na condição de contratante, e as empresas contratadas. Nesse contexto, são avaliados os fundamentos adotados pelo Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2859-41/2013 – Plenário, que determinou a revisão dos contratos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal.

Palavras-chave: contrato administrativo. supremacia do interesse público. reequilíbrio econômico-financeiro. desoneração da folha de pagamento.

ABSTRACT

The present research has the purpose of evaluating the possibility of the economic-financial balance of the administrative contracts, due to the tax changes arising from Law 12,546/2011, known as the Payroll Deduction Law, which changed the rules of the employer's social security contribution. For this, a study was carried out on the characteristics of administrative contracts, in particular on the rules for reviewing the values agreed between the Public Administration, as contractor, and contracted companies. In this context, the grounds adopted by the Federal Audit Court, in Judgment 2859-41 / 2013 - Plenary, which determined the review of administrative contracts, within the scope of the Federal Public Administration, are evaluated.

Key-words: administrative contracts. public interest's supremacy. economic-financial balance. payroll deduction law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	10
1.1 Supremacia do Interesse Público	10
1.2 Natureza Jurídica dos Contratos Administrativos	23
CAPÍTULO 2 – ALTERAÇÃO DOS VALORES PACTUADOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	37
2.1 Considerações Iniciais	37
2.2 Revisão ordinária	46
2.3 Revisão extraordinária	52
CAPÍTULO 3 – DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO	59
3.1 Definição e evolução da renúncia	59
3.2 Avaliação de seus efeitos e eficácia	71
CAPÍTULO 4 - REVISÃO CONTRATUAL EM FACE DA DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO	75
4.1 Decisão do TCU, fundamentos e efeitos	75
CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	94

INTRODUÇÃO

A desoneração da folha de pagamento, mecanismo de incentivo à atividade produtiva de setores específicos da economia, criado por meio da Lei 12.546, de 14 de dezembro de 2011, foi responsável pela alteração na base de cálculo da contribuição previdenciária patronal, a partir da substituição da alíquota incidente sobre a folha de pagamento por alíquota aplicada sobre o faturamento das empresas beneficiadas.

Com intuito de fomentar a atividade econômica de setores supostamente mais afetados pela crise mundial, a política da desoneração buscava, a partir da redução dos encargos previdenciários, que as empresas desses setores incrementassem seu grau de competitividade nos mercados interno e externo, gerassem novos empregos e reduzissem a informalidade nas contratações de profissionais, para citarmos alguns.

No âmbito dos contratos administrativos, os reflexos da desoneração podem ser identificados nos casos em que a contratada é empresa beneficiada pela referida política. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo examinar as questões relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, em face das mudanças promovidas pela Lei 12.546/2011.

Como é cediço, a relação econômico-financeira é tema de notória importância e controvérsia no âmbito do direito administrativo, pois, ainda que a manutenção de seu equilíbrio seja garantia consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, tanto na Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) quanto na legislação infraconstitucional (e.g., art. 65 da Lei 8.666/93), sua materialização decorre da necessidade de demonstração de outros pressupostos, a depender do cenário observado.

Nesse viés, o reequilíbrio econômico-financeiro dependerá necessariamente da maior ou menor oneração do contratado, diante da mudança das condições inicialmente pactuadas, seja em decorrência de alterações promovidas pela própria Administração Pública, na condição de contratante e por meio de atos unilaterais, seja em razão da influência de fatores estranhos ao ajuste firmado. A título de exemplo, podemos mencionar injunções econômicas, casos fortuitos, alterações tributárias, para citarmos alguns.

Contudo, não é bastante a previsão legal no sentido de assegurar a manutenção da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, haja vista que devem ser igualmente evidenciados os fatores que causarem seu desequilíbrio, além do efetivo impacto no caso concreto.

Para tanto, serão analisados, no primeiro capítulo, o princípio da supremacia do interesse público e os conceitos relacionados à natureza jurídica dos contratos administrativos, a partir da averiguação das diversas correntes doutrinárias e dos pontos de controvérsia relacionados aos temas.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo das regras que versam sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Serão, portanto, avaliados os preceitos constitucionais e infraconstitucionais, com especial enfoque para as regras referentes à revisão ordinária dos contratos, e ao reajuste, à repactuação, aos fatos do príncipe e da administração, como também para a teoria da imprevisão.

A política de desoneração da folha de pagamento é examinada no terceiro capítulo, por meio do estudo suas características, definição e evolução da renúncia. Além disso, será feita a avaliação de seus efeitos e eficácia. Por fim, os fundamentos e efeitos do Acórdão 2859-41/13 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, são investigados no quarto capítulo.

CAPÍTULO 1 - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.1 Supremacia do Interesse Público

O presente capítulo tem por objetivo demonstrar as características referentes aos contratos administrativos. Para tanto, será apresentada breve narrativa acerca da evolução do direito administrativo brasileiro. De igual modo, serão apresentados os atributos principais das licitações públicas e, por fim, serão tratadas as questões atinentes à natureza jurídica dos contratos administrativos.

Nesse passo, as ideias que serviram de sustentação à Revolução Francesa¹ são vistas, por muitos doutrinadores,² como marco histórico do surgimento do Direito Administrativo na forma como é visto na contemporaneidade. Dentre seus principais fundamentos, destacam-se a definição das relações entre a Administração Pública e seus administrados, bem como os limites de atuação dos agentes públicos.

Esse cenário histórico foi marcado pela ruptura do regime, cuja característica central era assinalada pela ausência de mecanismos de controle dos atos do governante máximo, que não tinha suas determinações revistas por outro poder institucional, menos ainda pela sociedade como um todo, haja vista que não estavam submetidas ao ordenamento jurídico existente. A premissa *the*

¹ Na lição de Caio Tácito, “Até a reforma política decorrente da revolução francesa não se podia caracterizar a independência científica dos preceitos reguladores da atividade administrativa do Estado. No depoimento de ZANOBINI a certidão de nascimento do direito administrativo terá sido a lei de 28 pluviose do ano VIII (1800) que, pela primeira vez atribuiu à administração francesa uma organização juridicamente garantida e exteriormente obrigatória”.. (TÁCITO, Caio. *Perspectivas do direito administrativo no próximo milênio. Revista de Direito Administrativo*, 212, Rio de Janeiro, FGV, abril/junho de 1998, p.1).

² Diogo Figueiredo aponta para o desenvolvimento, ainda no período imperial, de instituições políticas e jurídicas, com base nos modelos franceses oriundos do processo revolucionário de 1789. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 122). Acrescenta Bandeira de Mello que a fase inicial de construção do Direito Administrativo se funda mais nas decisões proferidas pelo Conselho de Estado Francês do que na criação normativa propriamente dita. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 38-39).

king can do no wrong sujeitava os administrados à vontade soberana do Governante.³

A derrocada do poder absolutista, de acordo com os ideais revolucionários do final do século XVIII e início do século XIX, implicou a submissão da autoridade aos ditames estabelecidos pela legislação, cuja elaboração ficaria a cargo do Legislativo, e o controle seria conduzido pelo Judiciário.⁴ Vivenciava a França, pela primeira vez, a separação dos poderes como marco constitucional.⁵

Os contornos adotados pelo direito francês quando da adoção de novo regime de governo de tripartição dos poderes determinaram, contudo, a

³ Arino Ortiz, quanto ao surgimento do direito administrativo, aduz que: “En primer lugar, puede afirmarse que el derecho administrativo es como la resultante de la lucha por el poder, de la lucha entre el Estado y la sociedad; esto se manifestará, de una parte, en la tensión Parlamento/Gobierno (toda la teoría de las normas y la progresiva racionalización y control del poder normativo responde a ello; también el principio de legalidad, la teoría de las potestades, los planteamientos presupuestarios etc.); y, de otra, en la tensión Administración/juez (la historia del derecho administrativo es, en este sentido, la historia del sometimiento al derecho de las inmunidades del poder, en frase de García de Enterría, o, si se quiere, la historia de la defensa del ciudadano frente las intromisiones del poder en el ámbito de sus derechos). El derecho administrativo ha sido el instrumento de afirmación de la supremacía o de la garantía, según el predominio de las fuerzas en juego”.. (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Lecciones del administración y políticas públicas*. Madri: lustel, 2011, p. 34.). Na tradução livre: Em primeiro lugar, pode-se dizer que o direito administrativo é como o resultado da luta pelo poder, a luta entre o Estado e a sociedade; Este será manifestado, em primeiro lugar, na tensão Parlamento/Governo (teoria inteira de normas e de racionalização e controle do poder regulamentar progressiva responde a ele, e também o princípio da legalidade, a teoria dos poderes, etc. .); e, por outro, na tensão Administração/juiz (a história do direito administrativo é, nesse sentido, a história da sujeição à lei das imunidades do poder, nas palavras de Garcia de Enterría, ou, se preferir, história defesa dos cidadãos contra as usurpações de poder no âmbito dos seus direitos). Direito administrativo tem sido o instrumento de afirmação da supremacia ou de segurança, de acordo com o predomínio das forças em jogo.

⁴ Necessário observar, contudo, que a existência de normas disciplinadoras da atividade administrativa remete às primeiras sociedades organizadas. No entanto, o surgimento do Direito Administrativo, conforme elucida Floriano de Azevedo Marques Neto, decorre do “momento em que o poder passa a se submeter ao Direito, à legalidade e à tripartição de Poderes. Sua afirmação como ramo autônomo do Estado de Direito, no qual passam a estar sujeitos à lei e aos mecanismos de controle não só os súditos, mas também os detentores do poder estatal”.. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 359-360).

⁵ Segundo M.J.C. Vile, “A Assembleia e o Rei foram expressamente proibidos de exercer qualquer função judicial e os juízes tinham a intenção de ser independentes dos outros dois poderes em virtude de sua eleição popular”.. (tradução livre). No original: “The Assembly and the King were expressly forbidden to exercise any judicial function and the Judges were intended to be independent of the other two branches by virtue of their popular election”.. (VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianápolis: Liberty Fund, 1998, p. 207).

criação da jurisdição administrativa, como forma de impedir o controle, pelo Judiciário, dos atos outorgados pelos agentes públicos, bem como pelos integrantes do Legislativo.

Adotou-se, então, na França pós-revolucionária, a Jurisdição Dupla,⁶ sendo que os atos administrativos estariam sujeitos apenas ao controle exercido pelo Tribunal Administrativo,⁷ responsável pelo julgamento dos conflitos com os administrados.

Surge a figura do “*administrador-juiz*”.⁸ Nota-se, nesse viés, que a separação do poder na França reveste-se de característica singular, visto que os atos do Executivo não estariam sujeitos a questionamentos perante o Judiciário.

No Brasil, em seu turno, seguiu-se a tradição francesa,⁹ que pôde ser observada ainda no governo monárquico de Dom Pedro II, não obstante a existência do poder moderador.¹⁰ A adoção do modelo francês importou na criação inclusive, no período imperial, da *jurisdição administrativa*.¹¹

⁶ Quanto ao tema, Vile acrescenta que: Na verdade, a Assembleia Constituinte inserido na Constituição uma negação específica do direito de revisão judicial. Os tribunais foram proibidos de interferir com o exercício do poder legislativo ou para suspender a execução das leis. Nem foram para entreter as ações contra funcionários em relação às suas atividades administrativas. (tradução livre). No original: “Indeed the Constituent Assembly inserted in the Constitution a specific denial of the right of judicial review. The courts were forbidden to interfere with the exercise of the legislative power or to suspend the execution of the laws. Nor were they to entertain actions against officials in respect of their administrative activities”. (VILE, M.J.C. op. cit., p. 207).

⁷ Segundo o Professor Francisco Cavalcanti, “tal posição seria geradora da dualidade de jurisdição e da consolidação do Conselho de Estado como órgão de jurisdição e dos Tribunais Administrativos como órgãos jurisdicionais, distintos do Poder Judiciário, integrantes da própria Administração Pública. A existência de uma justiça administrativa integrante da própria Administração Pública, partia do pressuposto aceito que julgar a Administração também é administrar”. (CAVALCANTI, Francisco. Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos. *Revista Acadêmica*, v. 84, 2012, p. 351-352).

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 41.

⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

¹⁰ “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação, e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes políticos”. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: www.planalto.gov.br.

¹¹ CAVALCANTI, Francisco. op. cit., p. 349.

Com efeito, o nascimento do direito administrativo brasileiro,¹² por assim dizer, tem como marco a criação da cátedra nas faculdades de direito, a partir da promulgação do Decreto 608, de 1851.¹³

Nada obstante, somente com a proclamação de República, em 1889, e a adoção do regime presidencialista, o Direito Administrativo começa a se revestir da estrutura idealizada na Europa Ocidental,¹⁴ principalmente nas doutrinas francesa e italiana, com a submissão do Executivo aos comandos normativos emanados pelo Legislativo, além do estabelecimento de limites às prerrogativas dos governantes nas relações com seus administrados.¹⁵

Revestido de forte caráter ideológico francês, em especial pela adoção de seus pressupostos de maneira acrítica, notadamente pela ausência de substancial produção doutrinária no período compreendido entre 1851 e 1930,¹⁶ o direito administrativo brasileiro começa a sofrer suas primeiras influências do direito norte-americano.¹⁷

Nesse viés, com a promulgação da Carta Constitucional de 1891, é extinto o poder moderador, e a Administração Pública passa a ser submetida ao controle jurisdicional, agora uno e reservado exclusivamente ao Judiciário,

¹² Segundo Di Prieto, no Brasil, durante o período colonial, os donatários das capitâneas hereditárias eram detentores de poder absoluto, “que lhes era outorgado pelo monarca português e que abrangia, sem qualquer controle, a administração, a legislação e a distribuição da justiça”. (DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 42).

¹³ Art. 2º He autorizado também o Governo a crear mais duas Cadeiras, huma de Direito Administrativo, e outra de Direito Romano, continuando porém a ser de cinco annos o curso completo das Sciencias Juridicas e Sociaes. (redação original).

¹⁴ LEMOS, Rafael Diogo D.; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Participação popular e eficiência nas agências reguladoras: fundamentos, limites e conflitos no âmbito do direito positivo. *Constituição e Garantias de Direito*, vol. 1, ano 4, p. 18.

¹⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 52.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit., p. 123. e DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 42.

¹⁷ TÁCITO, Caio. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, julho/setembro 1977, Rio de Janeiro.

suprimindo-se, portanto, a jurisdição administrativa de competência do então Conselho de Estado.¹⁸

Por sua vez, a Constituição de 1934, de caráter notadamente social, estabeleceu retumbantes marcos ao direito administrativo pátrio, com a organização do funcionalismo público e a criação do Tribunal de Contas, eminentemente administrativo, responsável pela fiscalização e pelo controle dos gastos decorrentes de recursos públicos.¹⁹

Esse período marca, outrossim, a retomada da produção doutrinária,²⁰ agora com forte influência das correntes alemã, espanhola, além das tradicionais francesa e italiana.²¹ A evolução histórica, aqui tratada de maneira sucinta e desprovida da pretensão exaustiva, tem por intuito delinear o contexto de surgimento do direito administrativo como ramo próprio.

Mais do que isso, o objetivo é demonstrar que o direito administrativo se fundou em premissas existentes até a presente data, em especial no que concerne à noção de interesse público,²² o qual se revela, por parte da doutrina,²³ como sendo “*o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade*”.²⁴

¹⁸ DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Revista Diálogo Jurídico*: Salvador, 10, 2002.

¹⁹ “Art. 99 - É mantido o Tribunal de Contas, que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos”.

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit., p. 123-124.

²¹ MEDAUAR, Odete. op. cit., p. 38.

²² Quanto ao interesse público, Maria João Estorninho afirma, em balizada crítica, que este não pode nem mesmo ser utilizado como elemento caracterizador do Direito Administrativo, pois mesmo em sua atuação privada a Administração Pública está voltada à sua busca. (ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 168).

²³ Para citar alguns: DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183. Acrescenta, ainda, o renomado publicista que o interesse público “trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a

Revela-se, portanto, para tal grupo de publicistas, a supremacia do interesse público sobre os interesses privados,²⁵ quando identificado o conflito entre o direito individual e o interesse da coletividade.²⁶

Ainda de acordo com essa corrente de doutrinadores brasileiros, o direito administrativo, sob a égide do interesse público, é responsável pela limitação do poder estatal, em favor da população, decorrente da imposição de normas de controle aos atos dos agentes estatais, configurado no princípio da legalidade.²⁷

Nada obstante, devemos destacar que a definição acerca do interesse público, aceita e defendida por parte da doutrina, como acima referido, encontra forte contraponto por administrativistas de relevo.²⁸ Para estes, as prerrogativas estatais em face dos particulares, decorrente da superioridade do interesse público à satisfação dos interesses individuais, perde relevância na atualidade.²⁹

Para essa “nova” corrente, configura grave erro histórico e doutrinário a associação do surgimento do direito administrativo com o advento do Estado de Direito e do princípio da separação dos poderes, visto que, na sua

prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e assecuramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 56 e ss).

²⁵ Percebe-se que, como destacado anteriormente, a doutrina, em sua maioria, aponta para a Supremacia do Interesse Público em face dos interesses individuais, quando evidenciado conflito de interesses. Para Maria Adelaide França, “para que o Estado possa perseguir a finalidade pública, essência do equilíbrio em sociedade, inevitável reconhecer que o interesse público, em regra, deva prevalecer sobre o interesse privado”. (p. 155). Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2009, op. cit., p. 73-74).

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 89-90.

²⁸ Para citarmos alguns: Alexandre Santos de Aragão, Flávio Amaral Garcia, Gustavo Binenbojm, Egon Bockmann Moreira, Paulo Ricardo Schier.

²⁹ “De uma disciplina de autoridade, que pressupunha uma relação vertical entre Estado e Cidadão (‘administrado’), orientada à persecução de objetivos macroeconômicos, se passa a um Direito Administrativo voltado a garantir em prol dos cidadãos a melhor satisfação possível dos seus direitos fundamentais”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit., p. 4).

gênese, o direito administrativo representou, na verdade, a manutenção das práticas administrativas do regime absolutista.³⁰

No que concerne à noção do interesse público, Binjenbojm contrapõe o postulado clássico desse princípio, tal qual defendido por parte da doutrina, ao afirmar que não é possível estabelecer, *prima facie*, sua supremacia aos interesses individuais e particulares.

Sem embargo, o interesse público, em sua acepção tradicional, corresponde justamente à ponderação de todos “os interesses e atores envolvidos na questão, buscando sua máxima realização”,³¹ em especial com a adoção do Estado Democrático de Direito, claramente estabelecido pela Carta Política de 1988, a qual impôs nova didática sobre os pressupostos do direito administrativo.³²

Na mesma esteira, Daniel Sarmento assevera ser inapropriada a existência da supremacia do interesse público sobre o particular, mesmo quando em aparente situação de conflito. Nesse caso, deveria o Estado observar os interesses legítimos do particular e promover a “ponderação adequada entre os interesses públicos e privados presentes em casa hipótese, realizada sob a égide do princípio da proporcionalidade”.³³

³⁰ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma do direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 119–121. Nesse contexto, o citado autor alude, de forma bastante didática, que os elementos que caracterizadores do nascimento do direito administrativo, como consequência da criação do Estado de direito na França pós-revolucionária, não encontram suporte nos postulados estabelecidos nos princípios da legalidade e da separação de poderes, visto que, à época, a Administração Pública detinha poderes para edição de suas próprias normas e, ademais, lhe competia o julgamento de litígios com seus administrados.

³¹ BINENBOJM, Gustavo. op. cit., p. 149–151. Na mesma esteira, Floriano de Azevedo Marques elucida que na atualidade os legítimos interesses de um particular, sejam esses interesses mediatos ou imediatos, “*não podem significar automaticamente um interesse contrário ao designios públicos*”. (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 152).

³² BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129.

³³ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 115.

Para o notável autor, correta seria a aplicação do *princípio da tutela do interesse público*,³⁴ em que os interesses dos governantes não podem sobrepor-se aos interesses do indivíduo ou da coletividade, definidos pela ordem jurídica em sentido amplo, composta não apenas pela norma singular, mas sim pelas regras e princípios constitucionais.³⁵

A ponderação essencial está contida nos casos de conflito de interesses entre particulares e Administração Pública. Desse modo, quando as normas constitucionais e infraconstitucionais não forem suficientes para proporcionar necessária guarda à divergência em análise, defende-se a aplicação do juízo de ponderação³⁶ a partir da incidência do juízo de proporcionalidade, a ser observado pela própria Administração Pública.

Na proporcionalidade está embutida a ideia de vedação ao excesso, ou seja, a medida há de ser estritamente necessária, adequada e compatível com o grau de ofensividade do erro cometido. Portanto, para aferir tais pilares, principalmente da própria necessidade, deve-se ter em mente a seguinte questão:

³⁴ SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 114.

³⁵ Ainda quanto ao tema, valiosa é a lição de Alexandre Santos de Aragão, ao afirmar que “as prerrogativas estatais sobre os particulares se justificam em razão daquela visão do interesse público como superior à satisfação dos interesses individuais. Hoje, com a crescente identificação do interesse público justamente como a maior satisfação possível dos interesses dos cidadãos, o papel dessas prerrogativas, com a conseqüente exclusão do direito protetivo dos interesses individuais, deve ser atualizado”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A supremacia do interesse Público no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3). Acrescenta Humberto Ávila que o princípio da supremacia do interesse público “tal como vem sendo descrito pela doutrina, não se identifica com o bem comum. Bem comum é a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não o direcionamento dessa composição em favor do ‘interesse público’. O discutido ‘princípio da supremacia’ explica, antes, uma ‘regra de preferência’”. (ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173).

³⁶ Para Gustavo Binenbojm, o “raciocínio ponderativo funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura mais objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional”. (op. cit., p. 150).

o meio escolhido pela Administração foi o 'mais apropriado' entre as opções existentes?³⁷

Nesse passo, impõe-se que exista uma adequação não só entre a finalidade da lei e o ato praticado, como também dos meios escolhidos para alcançar tal fim.³⁸ Assim, deve abranger não só a congruência, a adequação ou a idoneidade da medida para realizar o fim que a lei propõe, mas igualmente a proibição do excesso.³⁹

Nesse sentido, valendo-se da teoria de Habermas de que todo o sistema jurídico é concebido como a esfera de compromisso entre a facticidade, entendida como legalidade, e a validade, entendida como legitimidade, por meio do conceito de *forma jurídica*, que estabiliza as expectativas sociais de comportamento, e do princípio do discurso, à luz do qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral, fornecem-se meios suficientes para introduzir as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* de pessoas de direito.⁴⁰

³⁷ Para José dos Santos Carvalho Filho, "O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassam os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido". (CARVALHO FILHO; José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33).

³⁸ Alexy promove, de maneira singular, valiosa elucidação sobre o tema, ao aludir que o "Princípio da proporcionalidade consiste de três princípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a ideia de otimização. Os direitos constitucionais enquanto princípios são comandos de otimização. Enquanto comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios da adequabilidade e da necessidade dizem respeito ao que é fática ou factualmente possível. O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados". (ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Ratio Juris, v.16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003, p. 135-136).

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I, 5, Salvador, agosto de 2001.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 160.

Isso quer dizer que uma ação encontra-se conforme o direito quando permite à liberdade de arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal. Assim, as regulações somente são legítimas se promovem a compatibilização dos direitos de um com os iguais direitos de todos. Portanto, a lei, geral e abstrata, deve garantir a todos os sujeitos direitos iguais e igual tratamento, o que evitaria o excesso de atuação por parte do Estado.⁴¹

Não se discute, portanto, que as normas são legítimas e legais, mas sim a possibilidade de se perceber, à luz da proporcionalidade, ausência de fundamentos na tomada de decisões em desfavor do particular, em diversos eventos relacionados ao ajuste firmado entre a Administração Pública e o particular, quanto mais diante da necessidade de alteração da equação econômico-financeira, para fins de alteração dos valores inicialmente pactuados.

Por conseguinte, a sinonímia, em termos gerais, dos princípios supracitados não só é possível atualmente, como deve ser observada em todo ato praticado pela Administração Pública, haja vista que princípios têm a mesma finalidade de proteger os interesses do particular e limitar a atividade estatal através de um controle constitucional fundamentado no conteúdo jurídico do princípio da proporcionalidade,⁴² também denominado mandamento de ponderação por Alexy.⁴³

A fim de compreender o conteúdo e o alcance do princípio em tela, em seu espectro conceitual, há que se destacar seu aspecto material, que visa proteger o particular contra imposições de caráter excessivo do Estado, na medida em que determina a relação adequada entre um ou vários fins determinados e os

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. op. cit., p. 161.

⁴² Gustavo Binenbojm defende a ideia de “constitucionalização do direito administrativo”, em substituição à ideia de supremacia do interesse público, que serve como fundamento de legitimação do regime jurídico-administrativo vigente. (BINENBOJM, Gustavo. Supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Processual Geral*: Rio de Janeiro, (59), 2005, p. 54 e 55).

⁴³ ALEXY, Robert. 1997, apud SANTOS, Gustavo Ferreira, op. cit., p. 114.

meios com que são levados a cabo,⁴⁴ a partir da sua divisão nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse viés, o subprincípio da adequação estabelece que as medidas de intervenção sejam aptas a atingir os objetivos pretendidos. Já o da necessidade pressupõe a inexistência de meios mais benéficos para o particular, igualmente eficiente para a consecução do objetivo pretendido pela norma.⁴⁵

Daniel Sarmento afirma que o subprincípio em questão preconiza que a medida emanada do Poder Público deve ser apta a atingir os fins que o inspiraram.⁴⁶ Em relação ao subprincípio da necessidade, impõe-se a adoção de medida menos gravosa possível, ou seja, que traga menos prejuízo ao direito fundamental.⁴⁷ Extrai-se, portanto, que os benefícios devem ser superiores aos ônus que impõe.⁴⁸

Por sua vez, o Princípio da Proporcionalidade, em sentido estrito, define uma relação adequada entre o fim objetivo da norma e o meio jurídico empregado para alcançá-la, sem ferir o núcleo essencial do Direito Fundamental, bem como que as desvantagens advindas da norma em apreço possam ser compensadas pelas vantagens oriundas de outra ordem, consoante lição de Willis Santiago Guerra Filho.⁴⁹

⁴⁴ Retrata Sérvulo Correia que “a Administração revela falta de ponderação dos interesses em causa se, para satisfazer certo interesse público, usa um meio muito mais gravoso do que outro de que também dispõe ou se, para realizar certo interesse público agindo quando não é obrigada a fazê-lo, provoca efeitos negativos cujo alcance supera claramente o dos benefícios”. (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Reimp. da ed. de 1987. Coimbra: Almedina, 2003, p. 499).

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 43-44.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 89.

⁴⁷ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 76.

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. op. cit., p. 87.

⁴⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 67-68.

Necessário, ainda, trazer maior clareza sobre o concepção do interesse público nos vieses primário e secundário. A dicotomia em análise foi proposta inicialmente pelo consagrado administrativista italiano Renato Alessi,⁵⁰ segundo o qual o interesse primário funda-se em valores fundamentais de interesse da população, ao passo que o interesse secundário está relacionado aos interesses próprios de determinado ente estatal.⁵¹

Ou seja, o interesse público, tal qual defende parte expressiva da doutrina pátria, corresponde, na verdade, ao interesse primário, enquanto o interesse da Administração Pública, como entidade organizada, corresponde ao secundário.⁵²

⁵⁰ ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Dott. Antonio Giuffrè Editore, 1953.

⁵¹ Nos termos propostos por Luís Roberto Barroso, “o interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são interesses de toda sociedade. O interesse público *secundário* é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias”. (BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, xiii). (destaque no original).

⁵² No magistério do publicista italiano, tem-se que: Estes interesses coletivos públicos, dos quais a administração deve cuidar do cumprimento, não são, note-se, simplesmente interesse da administração entendida como uma entidade jurídica de direito próprio, em vez disso, o que tem sido chamado o interesse coletivo primário, formado por todos os interesses preponderantes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse administrativo é simplesmente secundário que se fazem sentir na comunidade, e que podem ser efetuados somente na hipótese de coincidência – e nos incontáveis limites dela – com o interesse coletivo primário. As peculiaridades da posição jurídica da Administração Pública residem precisamente no fato de que, embora seja, como qualquer outra pessoa jurídica, proprietário de um interesse secundário pessoal, a sua função é não perceber esse interesse secundário, pessoal, mas sim para perceber o interesse coletivo, público, primário e interesse secundário, a equipe, a entidade administrativa pode ser realizado, como qualquer outro interesse secundário do indivíduo, apenas no caso de coincidência, e o grau de coincidência, com o interesse público. (tradução livre). No original: “Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come soggetto giuridico a sè stante, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse del soggetto amministrativo è semplicemente secondario che si fanno sentire in seno allà collettività, e che possono sere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e eni limiti di siffata coincidenza, com l'interesse collettivo primario. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica amministrazione sta appunto in ciò, che quantunque essa sia, al pari di ogni altro soggetto giuridico, titolare di un proprio interesse secondario personale, la sua funzione non è quella di realizzare questo interesse secondario, personale, ma bensì quella di realizzare l'interesse collettivo, pubblico, primario, mentre l'interesse secondario, personale, del soggetto amministrativo può essere realizzato, al pari di ogni altro interesse secondario dei singoli, soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti della coincidenza, com l'interesse pubblico”. (ALEXI, Renato. op. cit. p. 151-152).

Tal distinção mostra-se essencial à análise das licitações e contratos administrativos. Como será demonstrado a seguir, a doutrina brasileira, em muitos casos, não estabelece a distinção entre os interesses primário e secundário, privilegiando, mais uma vez, o dito interesse público em detrimento do interesse particular.

Cumprindo observar que a doutrina de Alessi não tem por condão a criação de nova categoria atinente ao interesse público. Ao revés, busca demonstrar que o interesse público consagra-se na atuação administrativa em benefício da coletividade, sendo que seus interesses, de caráter particular e limitado, não fazem parte desse postulado.

Seriam, portanto denominados interesses secundários, os quais não podem ser confundidos com o interesse público ou, ainda, segundo classificação doutrinária, interesse público primário.

Nota-se que os elementos conceituais trazidos ao debate no presente capítulo são essenciais ao tema proposto, em especial quando passarmos à análise dos contratos administrativos, os quais, por seu turno, trazem novamente a discussão acerca da dicotomia entre os interesses públicos e privados.

1.2 Natureza Jurídica dos Contratos Administrativos

De início, destaca-se que o contrato privado, por sua definição tradicional e geral, consubstancia-se num acordo de vontades das partes, com objetivo de promover a conservação, proteção, modificação, extinção e aquisição de direitos, a partir do respeito às regras e limites definidos pela legislação vigente.⁵³ No âmbito do direito público, por seu turno, tal concepção é dotada de definição distinta, que será doravante tratada.

Não diferente do que ocorreu no surgimento do direito administrativo brasileiro, os contratos dele decorrentes foram permeados, em sua gênese, de forte influência do direito francês,⁵⁴ consoante prescreve uma primeira corrente doutrinária.

Nessa linha de pensamento, apregoa-se, de um lado, a existência do contrato administrativo, de regência pelo direito público,⁵⁵ seja pela imposição

⁵³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do direito civil*. v. III. 16. ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 7.

⁵⁴ Sobre o tema, a crítica proferida Allan-R. Caxias aponta para os riscos de utilização de conceitos advindos de outra nação, mormente pelas significativas diferenças culturais, políticas, históricas e econômicas. Nesse contexto, aduz o autor que: “A repartição das competências jurisdicionais, na França foi um fator chave no nascimento e desenvolvimento do Direito Administrativo e na própria concepção do contrato administrativo; definitivamente, foi a justificação do próprio Direito Administrativo. Em nossos países e na grande maioria daqueles que foram tributários do Direito francês isto não ocorreu, e nem é assim. Dai a tendência observada, uma vez alcançada e necessária madurez doutrinária, de abandonar tantas teorias e concepções baseadas em uma situação de origem adjetiva, demasiadamente circunstancial, e de estruturar nossas próprias concepções. Não se trata de inovar por inovar e, sim, de substantivar o próprio Direito Administrativo, conforme as peculiaridades de nossos países, e deixar de importar por importar. (CARIAS, Allan-R. Brewer. Evolução do conceito de contrato administrativo. *Revista de Direito Público*, v. 51-52, 1979, p. 6).

⁵⁵ Em relação à dicotomia direito público vs. direito privado, o magistério de García de Enterría e Ramón Fernández é indispensável ao debate. “Pues bien, hay que advertir que en el caso concreto de los contratos de la Administración la distinción entre los de carácter administrativo y los de carácter privado no remite a regímenes jurídicos irreductiblemente diferentes, sino en buena parte próximos. Hay que notar también que tales regímenes no son unitarios y compactos, es decir, que no hay un solo régimen jurídico para los contratos administrativos y otro para los contratos privados, sino varios regímenes distintos a cada lado de la línea divisoria. Dicho de otro modo, la distinción de regímenes jurídicos se hace más por series o tipos de contratos individualmente considerados que por su calificación genérica como privados o administrados”. Na tradução livre: Bem, deve notar-se que, no caso concreto dos contratos administrativos, a distinção entre contratos de carácter administrativo e privado não se refere a diferentes regimes jurídicos, mas na

legal, seja por versarem sobre serviços públicos ou, ainda, em decorrência de se valerem de cláusulas exorbitantes^{56/57}, aplicáveis em benefício da Administração Pública.

De outro, aponta-se para existência de contratos regidos pelo direito privado⁵⁸ mesmo quando a administração figura como uma das partes celebrantes, os quais denomina contratos da administração.⁵⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles⁶⁰ são os grandes expoentes dessa corrente doutrinária que consagra os contratos

proximidade entre os dois institutos. Também deve-se notar que esses sistemas não são unitários e compactos, ou seja, que não há nenhum regime jurídico único para contratos administrativos e um para contratos privados, mas vários regimes diferentes em ambos os lados da linha divisória. Em outras palavras, a distinção entre regimes jurídicos ocorre pelos tipos de contratos, individualmente considerados, pela classificação genérica de contratos privados ou administrativos. (ENTERRÍA, Eduardo García de.; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 1. ed. com notas de Agustín Gordillo. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 704-705).

⁵⁶ Os citados autores esclarecem que as cláusulas exorbitantes não encontram paralelo nos contratos privados. “O contrato administrativo seria um contrato em que estão presentes cláusulas ou conteúdos contratuais dessa natureza, não explicáveis a partir do direito comum das obrigações”. (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. v. 1. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 677-678).

⁵⁷ No mesmo sentido, assevera Onofre Batista que “a doutrina brasileira tende, ainda, a apontar que é pela necessária submissão do contrato administrativo a um regime jurídico exorbitante que é possível destacá-lo dos contratos privados da Administração. Parte-se da ideia de que o contrato é administrativo quando estiver sujeito a normas de direito administrativo, isto é, sujeito a regime jurídico administrativo. O fato de estar sujeito a regime jurídico excepcional é que confere à Administração a prerrogativa de impor as chamadas cláusulas exorbitantes”. (BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 293).

⁵⁸ “Os contratos celebrados pela Administração compreendem, quanto ao regime jurídico, duas modalidades:

1. os **contratos de direito privado**, como a compra e venda, a doação, o comodato, regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas;
2. os **contratos administrativos**, dentre os quais incluem-se:
 - a) os **tipicamente administrativos**, sem paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público;
 - b) **os que têm paralelo no direito privado**, mas são também regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada.

Embora de **regimes jurídicos** diversos, nem sempre é fácil a distinção entre os contratos privados da Administração e os contratos administrativos, pois, como os primeiros têm regime de direito privado **parcialmente derogado pelo direito público**, essa derrogação lhes imprime algumas características que também existem nos da segunda categoria”. (DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p.p. 262-267). (grifos no original).

⁵⁹ A teoria doutrinária adotada por Di Pietro, dentre outros administrativistas, tem origem na emblemática obra de Gaston Jéze “Principios Generales Del Derecho Administrativo”.

⁶⁰ No mesma linha do pensamento desenvolvido por Di Pietro, Hely Lopes assinala que os contratos administrativos derivam da teoria geral do direito e se caracterizam por dois pressupostos essenciais, a saber: a) observância do pactuado (*pacta sunt servanda*); e b) por

administrativos como *espécie do gênero* contrato, este oriundo da teoria geral do direito^{61/62}. Para eles, os contratos administrativos e os contratos da administração são caracterizados por três elementos essenciais:

- a) pelo acordo de vontades;
- b) pela existência de interesses distintos a cada uma das partes; e
- c) pela geração de obrigações e direitos recíprocos.⁶³

configurar lei entre as partes. Ademais, aduz que, “embora típica do Direito Privado, a instituição do *contrato* é utilizado pela Administração Pública na sua pureza originaria (contrato privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí por que a *teoria geral do contrato* é a mesma tanto para os *contratos privados* como para os *contratos públicos*, de que são espécies os *contratos administrativos* e os *acordos internacionais*. Todavia, os *contratos públicos* são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público, atuando o Direito Privado apenas supletivamente, jamais substituindo ou derogando as regras privativas da Administração”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 214). (grifos no original).

⁶¹ Allan R. Brewer-Carías defende que: “Ante todo, como lo ha puntualizado Dromi, deve quedar claro que la mayoría de las figuras jurídicas son comunes a las distintas ramas del derecho. Por ello, el contrato, tal como afirma E. García de Enterría, es una institución general a todo el Derecho, por lo que no es una figura propia de una rama jurídica específica; es común al derecho civil, al derecho mercantil, al derecho laboral y al derecho administrativo; y se lo califica de civil, mercantil, del trabajo o administrativo, cuando se le suman, a sus características básicas y genéricas, las notas peculiares y específicas del régimen regulado en esas ramas del derecho”. Na tradução livre: Primeiro de tudo, como tem sido apontado Dromi, deve ficar claro que a maioria das figuras legais são comuns aos vários ramos do direito. Portanto, o contrato, como afirma E. Garcia de Enterría, é uma instituição comum a todos os ramos do direito, visto que não é uma figura própria de um ramos jurídico específico; é comum ao direito civil, ao direito comercial, ao direito do trabalho e ao direito administrativo; só é classificado como civil, comercial, trabalhista ou administrativo, quando são adicionados às suas características básicas e genéricas, as notas peculiares e específicas reguladas por esses ramos do direito. (CARÍAS, Allan R. Brewer. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 42).

⁶² Carlos Horbach, por seu turno, infere que a distinção apontada pela autora não pode descaracterizar, contudo, o fato de que a origem dos contratos administrativos se deu com base nos fundamentos e longo histórico de criação dos contratos privados. Nesse viés, elucida que a “base dessa formação, portanto, é a teoria dos atos jurídicos lentamente desenvolvida pela Teoria Geral do Direito Civil, desde os primórdios do direito romano até a era das codificações. As ideias são as mesmas, mas, com o influxo dos princípios do direito público, são conformadas às necessidades típicas da relação de administração, também essa uma mutação da ideia de relação desenvolvida no direito no direito civil, na linha exposta por Ruy Cirne Lima”. (HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 27).

⁶³ “No contrato administrativo, existe uma **oferta** feita, em geral, por meio do edital de licitação, **a toda coletividade**; dentre os interessados que a aceitam e fazem a sua proposta (referente ao equilíbrio econômico do contrato), a Administração seleciona a que apresenta as condições mais convenientes para a celebração do ajuste. Forma-se, assim, a **vontade contratual unitária** (primeiro elemento). Os **interesses** e **finalidades** visados pela Administração e pelo contratado são contraditórios e opostos; em um contrato de concessão de serviço público, por exemplo, a Administração quer a prestação adequada do serviço, e o particular objetiva o lucro (segundo elemento).

Cada uma das partes adquire, em relação à outra, o direito às obrigações convencionadas (terceiro elemento). Quer isso dizer que os contratos administrativos enquadram-se no conceito geral de

Quanto aos contratos administrativos propriamente ditos, característica fundamental é revelada, essencialmente, em razão da possibilidade de a Administração fazer uso de seu *poder de império*, para fins de promover modificações unilaterais no ajuste firmado, sem que seja necessária a prévia anuência do particular.

Essa imperatividade decorre da existência das denominadas cláusulas exorbitantes^{64 / 65} ou, ainda, de *privilégio* ou de *prerrogativa*,⁶⁶ cuja

contrato com **acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocos**". (DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 263-264). (grifos no original).

⁶⁴ Joel Menezes Niebuhr defende tese semelhante ao afirmar que:

"Assim sendo, em que pese a imprescindível concordância do contratado para a formação do vínculo, as relações contratuais firmadas pela Administração Pública apresentam caráter peculiar, justamente em tributo às prerrogativas especiais que lhe são conferidas, que têm o condão de conformar o inicialmente pactuado às cambiáveis sujeições do interesse público, desequilibrando a posição dos contratantes.

(...)

Como dito, a nota típica dos contratos administrativos reside nas chamadas *cláusulas exorbitantes*, expressão consagrada pela doutrina. Repita-se que consideramos melhor denominá-las de *poderes administrativos* ou de *prerrogativas protetoras do interesse público*. De todo modo, independentemente do rótulo, o fato é que a Administração Pública vale-se de prerrogativas especiais para o gerenciamento de seus contratos, que a põe em posição de vantagem em relação aos contratados.

(...)

O fato é que as relações contratuais da Administração Pública são desequilibradas ao seu favor. Ela dispõe de várias prerrogativas a fim de que os interesses públicos prevaleçam sobre os interesses meramente privados dos contratados". (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 791-794).

⁶⁵ Allan R. BREWER-CARIÁS defende que as cláusulas exorbitantes não são característica exclusiva dos contratos administrativos, visto que podem ser aplicadas também nos contratos privados. "Dos cuestiones devem quedar claras em torno a estas llamadas clausulas exorbitantes: em primer lugar, como se dijo, em general son clausulas em sentido de que no son estipulaciones contractuales, sino que, em realidad, son manifestaciones del poder de acción unilateral próprio de la Administración Pública; y em segundo lugar, no son exorbitantes del derecho común, pues la Administración, por señalado anteriormente, puede utilizarlas aun em aquellas relaciones contractuales em las cuales exista uma preponderância de régimen de derecho privado. Además, como lo há dicho G. Vedel, la tal exorbitância, em realidad, no implica que las mismas pudieran ser ilícitas em contratos privados, sino que son desacostumbradas y poco verosímiles". (No original).

Na tradução livre: Duas questões devem ficar claras em relação às chamadas cláusulas exorbitantes: em primeiro lugar, como foi dito, geralmente são cláusulas que não são estipulações contratuais, mas, na realidade, manifestações do poder de ação unilateral da Administração Pública; e em segundo lugar, não são exorbitantes ao direito comum, pois a Administração, como observado acima, pode usá-las até mesmo naquelas relações em que há preponderância de direito privado. Além disso, como afirma G. Vedel, a exorbitância, na verdade, não implica que essas cláusulas sejam ilícitas nos contratos privados, mas que são incomuns e implausíveis. (CARIÁS, Allan R. Brewer. op. cit., p. 47).

⁶⁶ Muito bem observa Vladimir França que "nem todos os contratos de direito privado da Administração admitem cláusulas exorbitantes. Os contratos civis, mercantis e de trabalho firmados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista não devem prever a essas entidades prerrogativas estranhas àquelas previstas para os particulares em geral" (FRANÇA,

justificativa encontra abrigo na supremacia do interesse público,⁶⁷ e também da correlação entre os elementos definidores do contrato administrativo e do direito administrativo propriamente dito.⁶⁸

Sem embargo, é inquestionável a existência na Lei 8.666/93,⁶⁹ que estabelece normas para as licitações e contratos da Administração Pública, de dispositivos que conferem privilégios aos entes administrativos⁷⁰ (cláusulas exorbitantes), especialmente aqueles contidos no artigo 58.⁷¹ Tal prerrogativa decorre do *ius varindi*.⁷²

Vladimir da Rocha. Conceito de contrato administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador*, n. 7, ago./out. 2006).

⁶⁷ Di Prieto defende, ainda, que as cláusulas exorbitantes são dotadas de executoriedade e inafastabilidade, visto que tais cláusulas são indispensáveis à manutenção da supremacia do interesse público. Vejamos:

“Já no que concerne às **prerrogativas**, as diferenças são maiores. São elas previstas por meio das chamadas **cláusulas exorbitantes** ou de **privilégio** ou de **prerrogativa**.

Tais cláusulas podem ser definidas como **aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra**.

(...)

Quando a Administração celebra **contratos administrativos**, as cláusulas exorbitantes existem **implicitamente, ainda que não expressamente previstas**; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular”. (DI PRIETO, Maria Sylvania Zanella. op. cit., p. 262-266). (grifos no original).

⁶⁸ Sérvulo Correia é emblemático ao afirmar que esse “(...) critério de fundo não pode ser outro além daquele que sirva para identificar os institutos e as normas do próprio Direito Administrativo, já que a natureza administrativa do contrato advém da virtualidade que este possui de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas do direito administrativo. Não é, pois fruto de coincidência a correlação que se pode constatar entre os polos das várias doutrinas que pretendem encontrar o fundamento das especificidades do contrato administrativo e os critérios usados para singularizar o Direito Administrativo: a sujeição do particular, o objeto, o fim e o estatuto privativo da Administração Pública”. (CORREIA, José Manuel Sérvulo. op. cit., p. 362).

⁶⁹ Importante destacar que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê outros benefícios exclusivos à Administração Pública, tais como as prerrogativas expressas nos arts. 56, 65 e 80 da citada norma.

⁷⁰ “Todas as alterações nas cláusulas regulamentares ou de serviço originais devem assegurar a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras (preço) e monetárias (atinentes a correção e reajustes), caso essas alterações desequilibrem a relação encargo/remuneração inicialmente estabelecida. Ao mesmo tempo que à Administração Pública cabe a prerrogativa de alterar unilateralmente cláusulas de serviços de seus contratos, em contrapartida, ao contratado assiste o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em face das modificações impostas mercê do uso da prerrogativa (Lei 8.666/93, art. 58, §§1º e 2º)”. (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, ano 8, n. 88, Belo Horizonte, abr. 2009).

⁷¹ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

Noutra linha, uma segunda corrente defende que os poderes conferidos à administração em face do particular, quando da celebração de determinada avença oriunda diretamente de expressa previsão legal, não são poderes de índole contratual, mas sim relativos à própria atividade administrativa. Dito isso, não haveria que se falar em contratos administrativos, mas sim na ocorrência de atos unilaterais.⁷³

Alude, ainda, Bandeira de Mello, grande defensor dessa linha de pensamento, que os ajustes celebrados pela Administração Pública e algum particular, quando estabelecidos por meio de norma específica, são dotados de “*prerrogativas especiais*”.

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo”.

⁷² Segundo Fernando Vernalha, “não se nega, no âmbito da relação contratual administrativa, a existência de atos administrativos destacáveis e que se destinam à execução do contrato; caracterizam-se como sede de constituição de poderes da Administração sobre o cocontratante, sendo esses, portanto, a própria manifestação da ‘exorbitância’ que repousa sobre a relação contratual administrativa. Neste âmbito, insere-se o *ius variandi*.”

Esses ‘poderes’ inerentes à execução contratual depreendem-se exclusivamente do regime jurídico-administrativo, e estão dimensionados pelo quadro principiológico que desenha a teoria geral dos contratos administrativos. No Direito nacional, tal com acontece no Direito alemão e ao contrário do que se passa no Direito francês, a competência de alteração unilateral, enquanto exercício de poder da Administração sobre o cocontratante, constitui matéria de reserva legal, derivando o seu regulamento unicamente a partir do texto legal. Decorre que a única fonte regulamentar de competência para o exercício de modificações unilaterais contratuais é a lei. O plano contratual não tem o condão de atribuir competência dessa ordem. Bem por isso, a competência de instabilização do vínculo nasce de uma relação de legalidade pautada por um princípio de reserva de lei. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos salariais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 21, fev./mar./abril, Salvador, 2010, p. 111 e 112).

⁷³ Na visão de Celso Antonio Bandeira de Mello, “(...) os poderes reconhecidos à Administração nestes ‘contratos administrativos’ parece-nos que nada têm de contratuais. São poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos. É só por esta razão que prescindem de cláusulas contratuais que os mencionem e de normas legais sobre contratos efetuados pela Administração. Tais poderes de instabilização descendem diretamente das regras de competência administrativa sobre os serviços públicos e o uso de bens públicos. E são competências inderrogáveis pela vontade das partes, insuscetíveis de transação e, pois, de ‘contratos’. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2009, op. cit., p. 631). (grifo no original).

Essas não seriam cabíveis ou admissíveis nos contratos privados, justamente em homenagem à supremacia do interesse público, limitada à intangibilidade da equação econômico-financeira.⁷⁴

Nos demais casos, ou seja, quando não houver expressa disposição legal, a Administração estaria submetida ao comandos do direito privado, inclusive em relação à celebração de contratos.⁷⁵

Destaca-se, por necessário, a existência de uma terceira corrente, que sustenta a imposição de regras e princípios de Direito Público em todos os contratos celebrados pela Administração Pública, não obstante seu objeto, condições de execução e finalidade.⁷⁶

⁷⁴ Bandeira de Mello classifica o contrato administrativo como “um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Acrescenta, ainda, no tocante à supremacia do interesse público:

“Estes tipos de avença entre entidade pública e terceiro, consoante opinião prevalente dos doutos, apresentam originalidade em relação às congêneres do Direito Privado, pela circunstância de sua disciplina jurídica sofrer o influxo de um interesse público qualifica a ser, por via delas, satisfeito.

(...)

Tais preceitos visam a garantir a satisfação do interesse público, de tal modo que assujeitam peculiarmente o vínculo ao cabal cumprimento deste desiderato, o que, de resto, como ao diante se verá, em nada compromete os interesses do particular substanciados no ajuste. Conferem à Administração prerrogativas de supremacia, enquanto instrumentais à realização da finalidade pública e na medida em que o sejam, do mesmo passo em que lhe irrigam sujeições típicas, umas e outras armadas ao propósito de acautelar o interesse público”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2009, op. cit., p. 630-633).

⁷⁵ Bandeira de Mello salienta, contudo, que a doutrina majoritária adota a denominação “contratos administrativos”, originária do direito francês, motivo pelo qual passa a se valer da mesma terminologia, no que concerne à análise de todas situações que “por força de lei, de cláusulas contratuais ou do objeto da relação jurídica situem a Administração em posição jurídica peculiar em prol da satisfação de um interesse administrativo”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2009, op. cit., p. 632).

⁷⁶ Defensor da tese, Carlos Ari Sunfeld afirma que todos os contratos administrativos “estão, em todas as etapas de sua vida, sujeitos à observância do regime do direito administrativo, donde a impropriedade (e o perigo) de definir uma parcela deles como privados. A doutrina, inclusive brasileira, já vem reconhecendo que, mesmo nos ditos contratos estatais privados, incidem regras de direito administrativo, especialmente no tocante às condições e formalidades para a contratação (como a definição da competência para celebrar o ajuste, a necessidade de licitação etc.) e a seu controle (através do Tribunal de Contas, p. ex.), o que é correto. Mas ainda persiste a idéia de que seu conteúdo seria determinado pelo direito privado. Parece-nos falsa essa visão, eis que os princípios e regras de direito público, ao incidirem nos contratos comuns, acabam por construir um regime novo, tipicamente administrativo, também para seu conteúdo. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 201).

Os apontamentos sobre as diferentes correntes doutrinárias⁷⁷ que tratam dos ajustes firmados pela Administração não têm por condão, certamente, esmiuçar a questão ao detalhe, tampouco trazer mais controvérsia ao tema. O objetivo consiste em demonstrar a existência de divergências e seus principais conceitos.

Com efeito, seja um contrato administrativo ou mesmo um contrato privado da Administração, a depender da doutrina adotada, a própria Lei 8.666/93 estabelece que esses ajustes *“regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”*.⁷⁸ Isto é, à luz da legislação regente, submetem-se ao regime jurídico administrativo.⁷⁹

Desse modo, o intuito é demonstrar que, independentemente da classificação que seja dada ao instrumento contratual firmado entre a Administração Pública e o particular, a doutrina pátria é ainda muito consistente no sentido da caracterizá-lo em prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público.⁸⁰

⁷⁷ Importante é a ponderação contida na doutrina de Maria João Estorninho, no sentido de que “a dificuldade enfrentada pela doutrina, ao longo de perto de cem anos, em encontrar o critério perfeito de autonomização do contrato administrativo resultou, na minha opinião, do facto de esse critério único não passar de um ‘mito’, insusceptível de ser encontrado na realidade”. (ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 183)

⁷⁸ Artigo 54 da Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993.

⁷⁹ A crítica de Fernando Vernalha Guimarães é fundamental. “Os tempos presentes são outros, tanto no que se refere à extensão daquelas prerrogativas como à dimensão da tutela do equilíbrio contratual. A teoria da contratação administrativa vem se aproximando cada vez mais da teoria do contrato privado, sob um contexto em que interferências estatais são cada vez menos desejadas e cada vez menos compatíveis com um modelo de contrato administrativo eficiente. Os contratos administrativos do século XXI, principalmente os contratos concessionários, são contratos que prezam acima de tudo pela *eficiência*, o que exige um adequado ambiente institucional para a sua execução, com estabilidade regulatória e máxima segurança jurídica, uma regulação contratual apoiada num princípio de simetria entre os contraentes, seu controle e fiscalização conduzida ou orientada por agentes externos e independentes à Administração e uma adequada e detalhada alocação de riscos entre as partes. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e ppps: formação e metodologia para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 90-91).

⁸⁰ Nesse ponto, é emblemático o apontamento feito por Hely Lopes Meirelles: “Mas o que realmente o tipifica e o distingue do contrato privado é a participação da Administração na **relação**

Por certo, em diversas situações é possível identificar tal característica, dada a natureza da contratação celebrada, como ocorre, a título de mera ilustração, nos casos de concessão de serviços públicos ou ainda nas hipóteses em que a gestão de hospitais e centros de saúde da rede pública é realizada por entidades privadas.

Pois bem. Em tais hipóteses, à luz do exposto no título anterior, mostra-se evidente a caracterização do objeto sob o manto do interesse público ou interesse público primário.

Todavia, não se mostra razoável que idêntico tratamento seja conferido a boa parte dos contratos administrativos, visto que não trazem em seu núcleo questão atinente ao dito interesse público, mas tão somente à satisfação da necessidade de determinado órgão integrante da Administração Pública.

Nesses casos, a utilização de prerrogativas (cláusulas exorbitantes) deveria ser submetida a elevado juízo de ponderação, pois o interesse público a ser protegido reside na melhor utilização dos recursos públicos e nas premissas atinentes ao processo licitatório, *de per se*.

Assim, a utilização de cláusulas exorbitantes em contratos administrativos, que tenham por intuito atender a exclusivos interesses de determinado órgão público contratante, sob a justificativa da inafastabilidade da supremacia do interesse público, pode determinar a própria denegação desse pressuposto.⁸¹

jurídica com supremacia de poder para fixar as condições iniciais do ajuste”. (MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 216). (grifo nosso).

⁸¹ Marçal Justen Filho traz importante ponderação ao tema, ao sublinhar o impacto econômico decorrente do uso das prerrogativas extraordinárias, nos termos a seguir destacados: “Ressalta-se que as garantias asseguradas aos particulares e os limites impostos às chamadas prerrogativas extraordinárias (previstas nas ‘cláusulas exorbitantes’) do Estado relacionam-se apenas a uma concepção democrática de Administração Pública. Trata-se, também, de assegurar a própria viabilidade econômica da contratação administrativa. Adotar configuração autoritária para o contrato administrativo conduz a reduzir o universo dos particulares. Em suma, todas as prerrogativas excepcionais asseguradas ao Estado refletem-se numa elevação de custo

À parte da importante discussão promovida acima, ainda que de forma sucinta, os contratos administrativos trazem, em seu bojo, condições mais favoráveis à Administração Pública em face do particular, em especial no que concerne às alterações iniciais do ajuste.⁸²

Destarte, a legislação pátria estabelece prerrogativas exclusivas à Administração, tais quais as seguintes, para citarmos algumas:

- a) estabelecimento das condições iniciais do ajuste;
- b) definição do objeto a ser contratado;
- c) regras contratuais;
- d) cronograma de atividades;
- e) condições de alteração e rescisão unilateral;
- f) aplicação de penalidades.

Contudo, diferentemente da dissonância existente acerca do conceito de contrato administrativo e das questões atinentes à supremacia do interesse público, a doutrina⁸³ parece assumir posição pacífica no tocante à teoria

econômico. Quanto maiores as restrições aos direitos dos particulares, tanto maior o preço que a Administração desembolsará para haver as utilidades de que necessita. Em outras palavras, os cofres públicos arcam com os reflexos econômicos de todas as prerrogativas anômalas que forem instituídas a propósito da realização pelo Estado de suas funções. Portanto, configura-se um paradoxo. O intento de assegurar a potencial proteção ao interesse coletivo acarreta, na verdade, o seu efetivo sacrifício. É que o Estado paga preço mais elevado para participar da relação jurídica caracterizada pela sua supremacia. Tais ponderações não podem ser ignoradas, especialmente por ocasião da configuração da contratação administrativa. Muitas vezes, a ânsia de proteger um 'interesse público' desconhecido e abstrato traduz-se na previsão de um sem-número de ressalvas, exceções, alterações do regime comum. O agente público não se apercebe que todas essas imposições unilaterais se refletem no preço que será desembolsado em prol do particular. Há, bem por isso, uma forte tendência a rejeitar a aplicação automática do regime das prerrogativas extraordinárias sempre que a Administração Pública dele não necessitar para promover a satisfação dos direitos fundamentais. Ofende ao princípio da República que os cofres públicos arquem com encargos superiores aos necessários como contrapartida da assunção de competências desnecessárias e inúteis". (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 706-707).

⁸² Segundo Bandeira de Mello, o contrato administrativo representa "um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas **assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público**, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1980, p. 401). (grifo nosso).

⁸³ Para Bandeira de Mello, "pelo contrário: a outra face do problema, contraposta às prerrogativas da Administração, assiste precisamente no campo das garantias do particular ligado pelo acordo.

da intangibilidade da equação da econômico-financeira,⁸⁴ teoria essa oriunda dos primados do direito francês.⁸⁵

Posto isso, se, de um lado, existe a necessidade de realização de procedimento próprio para obtenção da proposta mais vantajosa⁸⁶ para a Administração Pública, qual seja, aquela que atenda aos verdadeiros interesses

Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodoá-la com jaça, por pequena que seja. Daí outra peculiaridade do assim chamado contrato administrativo, conforme notação dos especialistas. A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encareci da equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2009, op. cit., p. 635).

Di Pietro, em seu magistério, alude que: “Ao poder de alteração unilateral, conferido à Administração, corresponde o **direito** do contratado, de ver mantido o **equilíbrio econômico-financeiro** do contrato, assim considerada a relação que se estabelece, no momento da celebração do ajuste, entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária assegurada pela Administração”. (DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., 278). (grifo no original).

Por seu turno, Hely Lopes assinala que a “relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento”. (MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., 219).

⁸⁴ Por seu turno Fernando Vernalha salienta que “o desenvolvimento de uma teoria do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos esteve associada historicamente à sua suscetibilidade a eventos capazes de instabilizar excessivamente a base econômica dos contratos (especialmente à sua suscetibilidade às interferências administrativas). Foi necessário desenvolver uma dogmática capaz de tutelar o interesse daqueles que contratavam com a Administração Pública, assegurando-lhes um mínimo de estabilidade econômico-financeira face às vicissitudes contratuais. (...) O contexto que propiciou o florescimento e desenvolvimento da teoria do equilíbrio econômico-financeiro é o do intervencionismo e dirigismo contratual, que tinha um claro contraponto nas prerrogativas exorbitantes da Administração Pública”. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). op. cit., p. 89).

⁸⁵ Conforme assinalam Thiago Marrara e André Souza, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro “origina-se na França a partir do julgamento de alguns casos pelo Conselho de Estado no início do século XX. A doutrina ressalta, dentre vários julgados, o *arrêt Compagnie Générale Française de Tramways*, em que se assegurou ao ente privado a equivalência originária entre os deveres e os benefícios econômicos advindos da prestação do serviço público. (MARRARA, Thiago; SOUZA, André. Equilíbrio econômico-financeiro e redução tarifária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 302).

⁸⁶ Em relação ao princípio da obtenção da proposta mais vantajosa, a lição de Marcos Nóbrega é essencial: “Ocorre que, na busca pela proposta mais vantajosa, não podemos nos cingir apenas ao aspecto do preço ou de qualquer combinação com a técnica. Fatores como os aspectos organizacionais da empresa fornecedora do bem, sua estrutura de custos e mecanismos de controle e qualidade dos processos da empresa devem ser observados. Assim, os requisitos exigidos, como qualificação técnica e econômica segundo a Lei 8666/93, restam insuficientes para revelar a verdadeira capacidade da empresa para prestar o serviço ou prover o bem contratado”. (NÓBREGA, Marcos. Aspectos econômicos da licitação: uma abordagem jurídica e econômica. *Revista Internacional de Contratos Públicos*, n. 2, dez/2013, p. 4.).

do Órgão Contratante, providos por empresa idônea, apta e que pratique preços nos limites praticados no mercado, tem-se que, de outro lado, deve ser assegurado ao contratado o equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

A noção de reequilíbrio é vista a partir de uma concepção dinâmica, em um contexto em que a preservação do que foi acordado impõe às partes o dever de acompanhar as circunstâncias que envolvem a execução do contrato e o seu constante cotejamento com aqueles fatores que resultaram na definição dos encargos das partes a fim de, verificado o desequilíbrio e comprovados determinados parâmetros, promover a alteração do contrato de modo a recompor o equilíbrio inicialmente definido.⁸⁷

Com fulcro nessa nova concepção, a definição dos mecanismos de preservação do equilíbrio e a sua aplicação no curso da execução do contrato não importam em violação do *pacta sunt servanda*, mas na sua realização. Nesse viés, cumpre ressaltar que o Princípio da Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro não se conflita com o da Supremacia do Interesse Público.

Pelo contrário, pois a Administração, ao fazer uso das prerrogativas de alteração unilateral das cláusulas regulamentares do contrato administrativo, não pode violar o direito do contratado de ver mantida a equação financeira originalmente estabelecida, cabendo-lhe operar os necessários reajustes para restabelecimento do equilíbrio financeiro.

⁸⁷ Allan Brewer-Carías esclare que “todo co-contratante de la Administración Pública en los contratos administrativos, a pesar del interés público que en los mismos está envuelto, está guiado principalmente al contratar, por su interés privado patrimonial, financiero o económico que se materializa fundamentalmente en la contraprestación que, por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, debe recibir. Pero el co-contratante de la Administración, además del derecho a su contraprestación económica, tiene un derecho inherente al contrato y es el equilibrio financiero del mismo, es decir, a la inmutabilidad de la ecuación económica del contrato cuando la mutación le causa perjuicios”. (No original)

Na tradução livre: Todo o cocontratante da Administração Pública em contratos administrativos, apesar do interesse público em que está envolvido, é guiado, principalmente, por seu interesse patrimonial, financeiro ou econômico, que se materializa fundamentalmente na contraprestação que, pelo cumprimento das suas obrigações contratuais, deve receber. Mas o contratante da administração, além do direito ao seu pagamento, tem um direito inerente ao contrato e o equilíbrio financeiro dos mesmos, ou seja, a imutabilidade da equação econômica do contrato, quando a mudança lhe causa prejuízos. (CARÍAS, Allan R. Brewer. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 202).

Sob razoável consciência, na mesma ótica que tem como inadmissível a obtenção de lucros exorbitantes pelo particular contratado, tampouco é possível a oneração indevida do prestador de serviços, sob a égide de atendimento dos interesses da administração.

Sem embargo, o (re)equilíbrio nos contratos administrativos é garantia constitucional, como será demonstrado adiante, em razão da proteção dada ao *pactum*, pois o contrato deve conter cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, observadas e mantidas as condições efetivas da proposta apresentada previamente à celebração do ajuste.

A Administração Pública deve obedecer às cláusulas, dando efetividade à natureza contratual, inclusive àquelas que mantêm incontestada obrigação de garantir o equilíbrio e o justo pagamento.

Os contratos administrativos – em razão da adoção da supremacia do interesse público, ainda que em alguns casos de forma limitada e equivocada, bem como de seu desnivelamento em relação ao particular – são responsáveis pela mitigação, não raramente, do *pacta sunt servanda*, decorrente da existência das cláusulas exorbitantes implícitas em todos os contratos e da possibilidade de alteração unilateral, decorrente da legislação aplicável.

Assim, a Administração deverá adotar os meios necessários como forma de minorar os efeitos, algumas vezes funestos, que atingem a relação contratual, bem como os reflexos negativos para própria Administração, como descontinuidade de um serviço, paralisação de uma obra etc.

Ainda que o presente trabalho não tenha por objetivo tratar dos problemas observáveis no âmbito das licitações, importante elucidar que se mostra indispensável uma profunda análise de nossa legislação, em especial quanto à necessidade de reformulação dos critérios de escolha dos fornecedores,

de modo a permitir que a Administração Pública tenha acesso a melhores serviços, produtos e obras, a partir do pagamento de valores justos.

O que se percebe, com grande facilidade, é que nossa legislação não dispõe dos pressupostos necessários a permitir que a escolha da empresa a ser contratada ocorra por meio de critérios de eficiência.

Nessa esteira, é praticamente inexistente a multidisciplinaridade, restando ao ordenamento vigente e limitado a definição dos critérios relativos aos aspectos econômicos da contratação, por exemplo.⁸⁸

⁸⁸ Muito pertinente é a crítica proferida pelo Professor Marcos Nóbrega, senão vejamos: “A principal conclusão desse texto é que precisamos repensar o sistema de licitações no Brasil. Ele parte de pressupostos arcaicos que não conseguem apreender a realidade e perpetuam ineficiências. A resposta padrão a essas ineficiências é que há muita corrupção e/ou o sistema de controle é ineficiente. Isso é verdade, mas apenas uma parte da verdade.

Creio que a maioria das ineficiências advêm da modelagem inadequada das licitações que prioriza o procedimento em vez da eficiência. Há um emaranhado de regras que aumentam em demasia o custo de transação e não levam a canto algum. Os Tribunais, por sua vez, se enredam em debates bizantinos sobre esse ou aquele dispositivo, muito pouco contribuindo para o debate.

Ademais, qualquer modificação proposta fitando aumentar a eficiência do sistema é obstaculizada pelo apego aos princípios da Administração pública, cristalizados como dogmas pelos doutrinadores brasileiros e empecilhos para uma discussão mais técnica sobre licitações no país.

Aliás, o apego aos princípios, conquanto tenha seu valor intrínseco, não pode ser visto como mantra impeditivo de avanços e como manto para mascarar a impossibilidade de um raciocínio mais analítico dos institutos. Isso aparece em muitos pontos do debate sobre licitações.

É necessário repensar os critérios de eficiência em compras governamentais, superando o dogma utilitarista do ótimo de Pareto, e caminhar para uma abordagem de maximização de incentivos. Dessa forma, a teoria da informação tem um papel fundamental. (NÓBREGA, Marcos. Novos marcos teóricos em licitação no Brasil: olhar para além do sistema jurídico. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, 30, Salvador, abril/maio/junho de 2012).

CAPÍTULO 2 – ALTERAÇÃO DOS VALORES PACTUADOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 Considerações Iniciais

O presente tópico tem por objetivo demonstrar as formas admitidas na Lei 8.666/93, no que tange às regras de alteração dos valores pactuados nos ajustes firmados entre os entes integrantes da Administração Pública e as empresas privadas prestadoras de serviços, ou fornecedoras de produtos, na ótica da preservação do equilíbrio econômico-financeiro.

Com efeito, a partícula elementar para o reequilíbrio dos contratos administrativos surge quando o Estado, detentor do Poder Público, contrata, com terceiro particular, obras, serviços, compras, alienações, ou transfere ao particular, por meio de concessão, a execução de determinados serviços públicos, mediante remuneração advinda do pagamento de tarifas por parte dos usuários do serviço.

Assim, a Constituição promulgada em 1934⁸⁹ já trazia, em seu art. 137, o instituto da revisão das tarifas para serviços explorados por concessão ou delegação, com a observação de justa retribuição do capital, que fosse necessária ao atendimento (princípio da continuidade), à expansão (princípio da universalidade ou da generalidade) e ao melhoramento dos serviços (princípio da regularidade) prestados. Previsão similar é identificada na Carta Constitucional de 1937.⁹⁰

⁸⁹ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

“Art 137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços”.

⁹⁰ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

“Art. 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços”.

O instituto do (re)equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos encontra seu aperfeiçoamento na Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, que editou a Carta Constitucional de 1967.⁹¹

A Constituição Federal de 1988,⁹² por seu turno, definiu os objetivos e finalidades a serem alcançados pelo Poder Público, ficando sob a competência da União, privativamente, legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, a Magna Carta, com amparo no artigo 37, XXI,⁹³ prevê que, nas contratações de obras, serviços, compras e alienações realizadas pelo Poder Público, devem ser respeitadas as condições do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste firmado.

Como visto, a Lei 8.666/1993, nos termos do art. 58,⁹⁴ instituiu prerrogativas que a autorizam a modificar o contrato, unilateralmente, com base no interesse público, observado os direitos do contratado quanto ao equilíbrio

⁹¹ Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2016.

“Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”. (redação na forma original).

⁹² Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br.

⁹³ “Art. 37. XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

⁹⁴ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...)

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

econômico-financeiro.⁹⁵ Cumpre registrar, ainda, que a Lei 8.666/1993, ao incorporar em seu arcabouço o equilíbrio econômico-financeiro, o fez inclusive projetando a possível ocorrência de álea, como bem configurado no art. 65, “d”.⁹⁶

Nesse ponto, é necessário observar que há clara e essencial distinção entre as determinações contidas nos artigos 58 e 65 da Lei de Licitações. No primeiro, a legislação garante ao particular a recomposição dos valores inicialmente pactuados, nos casos em que a Administração Pública se vale da utilização de cláusulas exorbitantes.⁹⁷

O comando do artigo 65, além de trazer a previsão de alterações contratuais, pela Administração, de forma unilateral, prevê, ainda, o restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, seja em favor do particular ou da Administração Pública, em decorrência de álea econômica extraordinária e superveniente ao que foi pactuado de início.

⁹⁵ Desse modo, convém afirmar que, quando um dos polos da equação manifestada em contrato sofre alteração, deve haver correspondente alteração equivalente a ser suportada pelo polo beneficiado. Para Marçal Justen Filho, “existe direito do contratado de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se e quando vier a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou tornados mais onerosos qualitativamente, a situação inicial estará modificada (...). Significa que a Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba a remuneração originariamente prevista (...). A regra foi expressamente consagrada no art. 58, parágrafo segundo, a propósito de modificação unilateral do contrato, mas aplica-se a qualquer evento que afete a equação econômico-financeira”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 543).

⁹⁶ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

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”.

⁹⁷ “A administração tem o poder-dever de tomar providências imediatas para, por aditamento, restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, sempre que ocorrer alteração do ajuste, que aumente os encargos do interessado licitante. Este princípio já está firmado, de modo geral, nesta lei, quando o legislador, tratando das Disposições Preliminares dos Contratos, diz que ‘as cláusulas econômico-financeiras do contrato administrativo não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado’ e que, se forem, ‘deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual’... (CRETILLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.360).

No debate sobre o tema, é ampla a doutrina que trata da ocorrência das situações de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos em face do particular, o que não se observa quando tal desequilíbrio se configura desfavorável à Administração Pública.⁹⁸

Outrossim, necessário que não se confundam com os conceitos relacionados à revisão ordinária dos contratos administrativos – os quais são realizados por meio do reajuste e da repactuação –⁹⁹ daqueles voltados à revisão extraordinária, os quais serão abordados nos tópicos posteriores.

Ainda no tocante à legislação infraconstitucional, o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), instituído pela Lei 12.462/11, para atender, num primeiro momento, às licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações (FIFA 2013) e da Copa do Mundo (FIFA 2014), dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, bem como obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação, consideradas sedes dos eventos supracitados.

Posteriormente, houve uma ampliação nos limites de abrangência da citada norma, que passou a englobar o Programa de Aceleração do Crescimento, obras e serviços de engenharia do SUS, das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e

⁹⁸ “Embora a legislação não detalhe o assunto de modo tão evidente, o equilíbrio econômico-financeiro vale igualmente em benefício do Estado e, por conseguinte, da coletividade de usuários do serviço público delegado. É possível conceber uma série de situações em que a equivalência inicial se quebra em desfavor do polo público”. (MARRARA, Thiago; SOUZA, André. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). op. cit., p. 310).

⁹⁹ A recomposição de preços é o procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta a equação econômico-financeira do contrato e promove adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o equilíbrio original. Já o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independente de averiguação efetiva do desequilíbrio. Aprofundando os conceitos, o reajuste é consequência de uma espécie de presunção absoluta de desequilíbrio. Já a recomposição pressupõe a apuração real dos fatos e exige a comprovação acerca de todos os detalhes relacionados com a contratação e os supervenientes a ela. (JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 390 e seguintes).

de unidades de atendimento socioeducativo, entre outros elencados em seu artigo 1º.¹⁰⁰

O RDC possui características próprias, que se distanciam da Lei de Licitações,¹⁰¹ e inova ao contemplar o regime de contratação integrada,¹⁰²

¹⁰⁰ Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 2 nov. 2016.

“Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II;

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC);

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS;

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo;

VII - das ações no âmbito da segurança pública;

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A;

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

¹⁰¹ Explica André Rosilho que o “RDC evitou repetir características da Lei 8.666/1993 que traziam ineficiência às licitações. Uma delas foi o excessivo apego aos trâmites burocráticos, aos incontáveis, rígidos e custosos – e muitas vezes inúteis – procedimentos. Trata-se de diploma normativo mais enxuto, que foca no que há de essencial para dar cumprimento à exigência constitucional de licitar (art. 37, XXI), evitando, assim, custos – de tempo e recursos – que tornem a licitação mais onerosa”. (ROSILHO, André. O regime diferenciado de contratações/rdc e seu controle. In. SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 154-155).

¹⁰² Segundo Marcos Nóbrega, o RDC “(...) inova ao conceber o regime de contratação integrada que, entre outras coisas, transfere ao contratado o ônus de elaboração do design do projeto (aqui chamado projeto básico de Engenharia), determina a existência de um Orçamento Sigiloso e estabelece regras para tornar o certame mais célere”.

Acrescenta, ainda: “Na contratação integrada, a licitação é formatada de maneira que o setor privado estabeleça o design e construa o bem, objetivando satisfazer os níveis de performance requeridos pelo Governo. A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento do anteprojeto de engenharia (por parte do Governo); o projeto básico; a execução de obras e serviços de engenharia; a montagem; a realização de testes; a pré-operação e todas as demais medidas necessárias para a entrega final do objeto que ficarão a cargo da empresa contratada”.

Faz, contudo, importante alerta acerca da nova forma de execução de obras criada pelo RDC: “Aliás, como acenamos anteriormente, o RDC — e de resto toda legislação produzida nos últimos anos sobre compras governamentais — cingiram-se a determinar novas regras de licitação, mas pouco disseram sobre a estrutura contratual. O próprio dispositivo em comento, conquanto crie uma nova forma de execução, é tímido ao dispor sobre as peculiaridades desse tipo de contratação”. (NÓBREGA, Marcos. A contratação integrada no regime diferenciado de

orçamento sigiloso, bem como a vedação expressa de celebração de termos aditivos, no caso das contratações integradas, excetuando-se as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior, por necessidade de alteração do objeto ou de suas especificações.

Percebe-se que, no caso do Regime Diferenciado de Contratação, o legislador mitigou o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro, na forma como previsto na Lei de Licitações, de maneira bem observada por André Rosilho:

Além disso, neste regime de execução há regra expressa que veda a celebração de termos aditivos, exceto 'para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior' e 'a pedido da Administração Pública, desde que 'por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação' e desde que 'não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado'.¹⁰³

Ao analisar-se, ainda que de forma breve, a Lei 11.079/2004, que institui as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, bem como a Lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, verifica-se que a teoria das áleas, que norteia a equação econômico-financeira adotada no Brasil, não foi entremeada aos regimes jurídicos acima apontados,¹⁰⁴ prevendo, na verdade, a repartição dos riscos pelas partes celebrantes.¹⁰⁵

contratação: inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 12, n. 45, Belo Horizonte, jan/mar 2014, p. 112 e seguintes).

¹⁰³ ROSILHO, André. In. SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. op. cit., p. 156.

¹⁰⁴ Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: www.planalto.gov.br.

“Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

(...)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

(...)

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

Noutro lado, a Lei 13.303/2016 – também denominada Lei das Estatais –, que trata do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, prevê,¹⁰⁶ em dispositivo similar ao disposto na Lei 8.666/93, garantia o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com particulares.

Ademais, a mencionada norma determina que, nos processos licitatórios, bem como nas contratações de obras e serviços por empresas

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

¹⁰⁵ Salienta Flávio Amaral Garcia que “A doutrina é unânime em afirmar que cada parte deve suportar os riscos contratualmente pactuados e quanto ao ponto não há qualquer dúvida. O principal objetivo da partilha de riscos é conferir previsibilidade aos eventos, concretizando racionalmente a divisão das áleas entre os parceiros.

Não obstante, o autor faz pertinente anotação, ao esclarecer que tal regra não pode ser imutável, sob pena de quebra do equilíbrio econômico-financeiro, bem como da premissa da boa-fé contratual. Nestes termos, destacamos:

“Mesmo contratos complexos, como são as concessões e parcerias público-privadas, guardam uma relação de equivalência e equilíbrio dinâmico que deve ser preservada e mantida ao longo da duradoura relação, fundada, principalmente, no comportamento recíproco de boa-fé que deve pautar as condutas dos parceiros, com a finalidade de manter a estabilidade contratual, objetivo comum que une solidariamente os interesses de contratante e contratado.

(...)

Supor que as partes devam manter tudo como está, mesmo diante de uma aguda transformação das circunstâncias econômicas exógenas ao contrato, bastante o suficiente para desequilibrar financeiramente a relação e gerar iniquidades e injustiças gravosas para um dos contratantes, é ignorar a boa-fé como pressuposto das públicas relações contratuais.

Ainda que o desequilíbrio recaia essencialmente em custos assumidos por uma das partes, parece solução simplista dizer que se tratava de risco contratualmente previsto, afastando-se a racionalidade da teoria da imprevisão. (GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 116-117).

¹⁰⁶ Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Disponível em: www.planalto.gov.br.

“Art. 81. Os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos:

(...)

VI - 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 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”**. (grifo nosso)."

públicas e sociedades de economia mista, deverá ser apresentada matriz de riscos, contendo as cláusulas definidoras de riscos e responsabilidades entre as partes.

De igual modo, devem ser identificados os termos do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, o ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, ainda, listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, que possam se afigurar impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência.

Não bastasse, a lei em comento estabelece importante inovação normativa, quando comparada à Lei de Licitações, a determinar a necessidade de elaboração de matriz de riscos, na condição de *“cláusula definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e que identifiquem os termos do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação”*.¹⁰⁷

Por fim, os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43 do diploma legislativo em análise contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, para restaurar o *status quo* do que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento.

Fica evidente o objetivo de preservar o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em caso de fatos imprevisíveis – ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis –, que retardem ou impeçam a execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

¹⁰⁷ Artigo 42, X, da Lei 13.303/16.

As sucintas considerações acima tratadas não têm por intuito abordar o tema de forma exaustiva, tendo em vista que o objetivo é analisar a revisão dos contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93, o que será feito nos próximos tópicos.

Contudo, é importante verificar que o instituto do equilíbrio econômico-financeiro permeia as demais normas que definem as relações entre os particulares e a Administração Pública no tocante à prestação de serviços, fornecimento de bens ou produtos e realização de obras ou serviços de engenharia.

2.2 Revisão ordinária

Como mencionado anteriormente, a Lei 8.666/93, ao incorporar em seu arcabouço regras de manutenção da equação econômico-financeira, o fez com o claro objetivo de preservar os valores inicialmente pactuados, em decorrência de eventual defasagem que possa ser observada durante o curso da execução contratual.

Desse modo, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser avaliado com base em três cenários distintos. O primeiro deles decorre da possibilidade/necessidade de recomposição dos valores inicialmente pactuados, nos casos em que a Administração Pública se vale da utilização de cláusulas exorbitantes, conforme regra disposta no já citado art. 58 da Lei de Licitações.

Em segundo plano, está prevista a preservação do equilíbrio econômico-financeiro, em favor do particular ou da Administração Pública,¹⁰⁸ em decorrência de álea extraordinária superveniente ao que foi pactuado de início, consoante comando contido no art. 65 da Lei 8.666/93.¹⁰⁹

Em terceiro, identifica-se a necessidade de preservação do ajuste firmado, não em razão da ocorrência de situações, eventos, ações ou omissões, de caráter imprevisível ou impositivo, mas em vista do transcurso temporal ou da variação dos componentes que compõem os custos da contratação, capazes de determinar a quebra do equilíbrio econômico-financeiro.

¹⁰⁸ “Embora a legislação não detalhe o assunto de modo tão evidente, o equilíbrio econômico-financeiro vale igualmente em benefício do Estado e, por conseguinte, da coletividade de usuários do serviço público delegado. É possível conceber uma série de situações em que a equivalência inicial se quebra em desfavor do polo público”. (MOREIRA, Egon, op. cit., p. 310).

¹⁰⁹ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

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”.

Nos dois primeiros cenários, estaremos diante da possibilidade de revisão extraordinária dos contratos administrativos. No último, iremos nos deparar com a revisão ordinária, que está relacionada à noção de preservação da variação periódica dos custos inerentes à sua execução. Nesses casos, a revisão será implementada por meio dos institutos do reajuste ou da repactuação, a depender da natureza do contrato celebrado.

Com efeito, o reajuste tem por fulcro preservar a variação periódica de custos, em vista da desvalorização monetária,¹¹⁰ a partir da aplicação de índices setoriais, preestabelecidos no instrumento convocatório ou no contrato administrativo¹¹¹ e capazes de promover a recomposição dos valores pactuados, desde que respeitado o interregno de 12 (doze) meses, consoante aplicação combinada dos artigos arts. 40, inc. XI, 55, inc. III, da Lei 8.666/93 e arts. 2º e 3º da Lei 10.192/01.¹¹²

¹¹⁰ Como explica Marçal Justen Filho, o “reajuste de preços é uma solução desenvolvida na experiência estrangeira, mas que recebeu aplicação muito intensa na prática contratual brasileira. Convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e a inconveniência da prática de preços nominais fixos. Com o passar do tempo, generalizou-se a prática da indexação em todos os campos. A indexação foi encampada também nas contratações administrativas. A Administração passou a prever, desde logo, a variação dos preços contratuais segundo a variação de índices (predeterminados ou não). Essa prática é identificada como ‘reajuste’ de preços. Trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias”. (JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 557-564).

¹¹¹ MARQUES NETO, Floriano P. Azevedo. O princípio constitucional da preservação das condições efetivas da proposta e a legislação de estabilização econômica. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 21. São Paulo, out. 1997, p. 218.

¹¹² “Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;”

Lei 10.192/01:

“Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou

Quanto à repactuação, foi necessária a adoção de critérios distintos daqueles utilizados na concessão do reajuste. Neste, deve ser respeitado o período de 12 meses, a contar da apresentação da proposta de preços pela empresa contratada,¹¹³ além da utilização de índices setoriais, para fins de correção dos valores pactuados.

Naquela, a aplicação dos índices oficiais não se mostrava compatível com o impacto financeiro sofrido pela empresa, visto que a repactuação é instrumento legal voltado à recomposição dos valores atinentes à prestação de serviços com alocação de mão de obra, em favor da Administração Pública,¹¹⁴ conforme estabelece a Instrução Normativa 02, de 30 de abril de 2008.¹¹⁵

corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitam, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir”.

¹¹³ Acórdão 474/2005 – Plenário – TCU:

“9.1.1. a interpretação sistemática do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, do art. 3º, § 1º, da Lei 10.192 e do art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/93 indica que o marco inicial, a partir do qual se computa o período de um ano para a aplicação de índices de reajustamento previstos em edital, é a data da apresentação da proposta ou a do orçamento a que a proposta se referir, de acordo com o previsto no edital.

9.1.2. na hipótese de vir a ocorrer o decurso de prazo superior a um ano entre a data da apresentação da proposta vencedora da licitação e a assinatura do respectivo instrumento contratual, o procedimento de reajustamento aplicável, em face do disposto no art. 28, § 1º, da Lei 9.069/95 c/c os arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001, consiste em firmar o contrato com os valores originais da proposta e, antes do início da execução contratual, celebrar termo aditivo reajustando os preços de acordo com a variação do índice previsto no edital relativa ao período de somente um ano, contado a partir da data da apresentação das propostas ou da data do orçamento a que ela se referir, devendo os demais reajustes ser efetuados quando se completarem períodos múltiplos de um ano, contados sempre desse marco inicial, sendo necessário que estejam devidamente caracterizados tanto o interesse público na contratação quanto a presença de condições legais para a contratação, em especial: haver autorização orçamentária (incisos II, III e IV do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93); tratar-se da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei 8.666/93); preços ofertados compatíveis com os de mercado (art. 43, IV, da Lei 8.666/93); manutenção das condições exigidas para habilitação (art. 55, XIII, da Lei 8.666/93); interesse do licitante vencedor, manifestado formalmente, em continuar vinculado à proposta (art. 64, § 3º, da Lei 8.666/93);”

¹¹⁴ “Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o art. 5º do Decreto 2.271, de 1997. Instrução Normativa 02, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão”..

¹¹⁵ A Instrução Normativa 2/2008, da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MPOG), para os contratos administrativos celebrados pelos Órgãos da Administração Pública Federal, tem por objetivo “Art. 1º Disciplinar a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG”.

Com efeito, o objeto da medida consiste na revisão ordinária do contrato, no viés econômico-financeiro, com base nos encargos suportados pela empresa prestadora de serviços, os quais têm sua variação definida majoritariamente pelas regras impostas na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), nos Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) – ou, ainda, em outro meio definido por lei –¹¹⁶ da categoria alocada na execução do contrato administrativo. Desse modo, a revisão deve se perfazer a partir da atualização dos valores da proposta, com as novas condições estabelecidas pela CCT.¹¹⁷

Em outro plano, o interregno de 12 (doze) meses, para fins de concessão da repactuação, tem seu marco temporal inicial avaliado sob diferente aspecto, pois, ao entrar em vigência nova convenção coletiva de trabalho, suas regras passam a ter eficácia imediata às partes vinculadas (empregados e empregadores).

Assim, ainda que o período, a contar da data da apresentação da proposta, não tivesse superado os 12 (doze) meses necessários à concessão da revisão ordinária dos valores, a empresa contratada teria que arcar com as obrigações advindas da CCT, o que denotaria injustificável impacto na relação econômico-financeira.

Nessa toada, acertada foi a redação introduzida pela Instrução Normativa 2/2008, ao definir como marco inicial do necessário prazo de 12 meses, para fins de repactuação, a data de vigência do instrumento no qual a

¹¹⁶ “Art. 30.

(...)

I - os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em convenção, acordo coletivo ou em decorrência de lei; Instrução Normativa 02, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão”.

¹¹⁷ Carlos Motta traz clareza ao tema, ao inferir que “É cabível, outrossim, a recomposição em decorrência de impositiva convenção coletiva ou dissídio coletivo (art. 7.o, incisos VI e XVI, e art. 114, § 2.o da Constituição Federal, em razão do poder normativo da Justiça do Trabalho, diante de toda conceituação de preço-limpo, matéria básica da Lei de Licitação, não é recomendável que o proponente onere sua oferta com a previsão de presumíveis encargos, cuja futura criação por sentença, é, no entanto, de natureza legal e coercitiva. Tem-se justificado, pois, a recomposição nesses casos. (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Das licitações públicas*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 360).

Administração se apoiou para elaboração do orçamento referente à contratação^{118/119}.

Dito em outros termos, a data de início da vigência da convenção coletiva de trabalho, utilizada à época da apresentação da proposta pela empresa, será o marco da contagem do período de 1 (um) ano.

Ou seja, com a homologação de nova convenção coletiva de trabalho, que também deverá respeitar o interregno de 12 (doze) meses em relação à anterior, o contrato administrativo estará apto, ao menos no que concerne ao prazo, à repactuação.

Como visto, o reajuste e a repactuação são as formas previstas à revisão ordinária dos contratos administrativos, todavia com pressupostos diferentes de aplicação, em virtude da natureza do objeto contrato.

¹¹⁸ “Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir: I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou (Redação dada pela Instrução Normativa 3, de 16 de outubro de 2009)

II - da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos. (Redação dada pela Instrução Normativa 3, de 16 de outubro de 2009). Instrução Normativa 02, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão”.

¹¹⁹ À guisa de esclarecimento, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 1563/2004-Plenário, já havia se manifestado sobre a questão, conforme se observa a seguir:

“Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

9.1. expedir as seguintes orientações dirigidas à Segedam:

9.1.1. permanece válido o entendimento firmado no item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário;

9.1.2 os incrementos dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base da cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua não se constituem em fundamento para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro;

9.1.3. no caso da primeira repactuação dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2271/97 e do item 7.2 da IN/MARE 18/97;

9.1.4. no caso das repactuações dos contratos de prestação de serviços de natureza contínua subsequentes à primeira repactuação, o prazo mínimo de um ano a que se refere o item 8.1 da Decisão 457/1995 - Plenário conta-se a partir da data da última repactuação, nos termos do disposto no art. 5º do Decreto 2271/97 e do item 7.1 da IN/MARE 18/97;” (grifo nosso).

Salutar observar que a Advocacia-Geral da União, por meio de orientações normativas,¹²⁰ se manifestou quanto ao tema no sentido de propor maior clareza aos institutos trazidos à baila.

¹²⁰ **Orientação Normativa 23**, de 1º de abril de 2009.

"O edital ou o contrato de serviço continuado deverá indicar o critério de reajustamento de preços, sob a forma de reajuste em sentido estrito, admitida a adoção de índices gerais, específicos ou setoriais, ou por repactuação, para os contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, pela demonstração analítica da variação dos componentes dos custos".

Orientação Normativa 24, de 1º de abril de 2009.

"O contrato de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra deve indicar que o reajuste dar-se-á após decorrido o interregno de um ano contado da data limite para a apresentação da proposta".

Orientação Normativa 25, de 1º de abril de 2009.

"No contrato de serviço continuado com dedicação exclusiva de mão de obra, o interregno de um ano para que se autorize a repactuação deverá ser contado da data do orçamento a que a proposta se referir, assim entendido o acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho, para os custos decorrentes de mão de obra, e da data limite para a apresentação da proposta em relação aos demais insumos". Disponível em: www.agu.gov.br/orientacao/.

2.3 Revisão extraordinária

Nos termos do art. 65 da Lei 8.666/93, prevê-se a possibilidade de alteração aos ajustes celebrados entre o poder público e o particular, mais especificamente às áleas extraordinárias administrativa e econômica, decorrentes das mudanças que podem ser observadas ao longo da execução contratual. Nesses casos, a consequência principal reside na recomposição dos valores inicialmente pactuados, em favor de uma parte ou de outra.

No campo da teoria das áleas extraordinárias, são quatro as principais situações capazes de produzir o rompimento da equação econômico-financeira do contrato:

- a) alteração unilateral do contrato;
- b) o fato da Administração; e
- c) o fato do príncipe, que representam a álea administrativa; e
- d) os fatos imprevisíveis, supervenientes e excepcionais, desde que sejam suficientes para acarretar o comprometimento da equação, que assinalam a álea econômica.

A alteração unilateral do contrato, como já demonstrado, consiste na intervenção, pelo órgão público contratante, sobre os termos celebrados no contrato administrativo, e que, diante do reflexo causado à equação econômico-financeira, deverá, igualmente, promover medidas que reestabelecem seu reequilíbrio.

A propósito, o regramento da matéria está inserto no artigo 65 da Lei 8.666/93¹²¹ e decorre da verificação de que o objeto inicialmente pactuado já não é totalmente adequado para atender às necessidades públicas.

¹²¹ “Art. 65 Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

- unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos.

A partir da leitura do dispositivo legal acima indicado, a doutrina distingue as alterações nos contratos administrativos em quantitativas e qualitativas. A alínea "a" do artigo 65, I, da Lei de Licitações trata das modificações qualitativas, ao passo que a alínea "b" se refere a modificações quantitativas.

As alterações qualitativas são voltadas para o aprimoramento técnico e operacional do objeto inicialmente licitado. Já as modificações quantitativas nada mais são do que alterações na dimensão (quantidade) do objeto, conforme o presente caso.¹²²

Seja qual for o tipo de alteração (qualitativa ou quantitativa), não se poderá desnaturar o objeto inicialmente contratado. Dessa forma, concilia-se a necessidade de alterações na avença com a manutenção da essência do objeto da licitação, em respeito aos princípios da vinculação ao edital, da isonomia, da impessoalidade, entre outros. Sob tal égide, é necessário destacar que a alteração deve decorrer de fato posterior à instauração do procedimento licitatório. Ou seja, celebrado o contrato, este vincula a Administração.¹²³

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

(...)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos”.

¹²² Sobre o tema, esclarece Márcio Cammarosano que: “(...) alterações contratuais só não podem implicar aumentos do valor inicial do contrato, devidamente atualizado, que superem, conforme a hipótese, 25% ou 50%, apenas nas situações que configurem acréscimo quantitativo do seu objeto, isto é, acréscimo da dimensão do objeto do contrato. Alterações qualitativas, assim entendidas as que consubstanciam modificação do projeto ou das especificações, e que só podem ter por finalidade a melhor adequação técnica aos seus objetivos, não estão sujeitas aos limites rígidos mencionados. Também não estão sujeitas aos limites em questão as alterações que se fizerem necessárias ou que forem justificadamente recomendadas em decorrência de fatores supervenientes, ou preexistentes, mas desconhecidos do contratado que tenha e esteja operando de boa-fé”. (CAMMAROSANO, Márcio. Aditamentos qualitativos e quantitativos dos contratos administrativos e os limites legais. *Revista Diálogo Jurídico*: Salvador, 18, 2012, p. 14-15).

¹²³ Explica Marçal Justen Filho que “Não teria cabimento que, firmado o contrato nos exatos termos licitados, a Administração introduzisse inovações fundadas em eventos pretéritos que já fossem conhecidos de antemão. Essa prática violaria a seriedade da licitação e a regra da vinculação ao ato convocatório”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 1008).

No aspecto jurisprudencial, o Tribunal de Contas da União definiu entendimento de que tais alterações unilaterais devem observar a necessária justificativa,¹²⁴ além da vinculação aos valores inicialmente pactuados¹²⁵ e do respeito aos limites legais¹²⁶ de acréscimo ou supressão do objeto contratado.

Por sua vez, o Fato da Administração se molda na conduta produzida pelo órgão contratante, dotada de direto impacto nas condições contratuais, que podem gerar dificuldade ou impossibilitar que o particular cumpra com as obrigações que lhe foram imputadas. Observa-se, ainda, que o comportamento do contratante pode ocasionar situações de desequilíbrio na equação econômico-financeira.¹²⁷

Sob outro ângulo, o Fato do Príncipe consiste em ato praticado pelo Poder Público, não vinculado ao contrato administrativo, que implicará direta repercussão, *“provocando, de modo reflexivo, o rompimento da equação*

¹²⁴ Acórdão 1679/2008 – Plenário:

“9.2.1 oriente suas superintendências regionais no sentido de observar o determinado no item 9.2.3 do Acórdão n° 866/2006-Plenário/TCU, a respeito da necessidade de apresentação de justificativas para qualquer alteração pretendida de quantitativo contratual, inclusive para as modificações inferiores a 25% dos quantitativos iniciais de itens de serviços, em vista dos Princípios da Motivação, da Legalidade, da Moralidade e demais correlatos (...).”

¹²⁵ Acórdão 1498/2015 – Plenário:

As reduções ou supressões de quantitativos devem ser consideradas de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no art. 65 da Lei 8.666/93.

¹²⁶ Acórdão n.º 625/2007 – Plenário:

“É admissível a celebração de aditivo contratual que respeite o limite previsto no §1º do art. 65 da Lei n.º 8.666/1993 e não implique alteração da vantagem obtida na contratação original (inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal)”.

¹²⁷ Para Fernando Vernalha, “o fato da Administração retrata conduta lesiva (e ilícita) da Administração levada a efeito como parte contratante. Será um comportamento da Administração tomado na qualidade de parte no contrato que acarrete a impossibilidade de sua execução ou o desbalanceamento da equação econômico-financeira. São as hipóteses, por exemplo, da não-liberação do terreno em que se promoverá a execução da obra; da não-expedição de ordem de serviço para o início das tarefas, quando obrigatória, etc. A Lei n° 8.666/93 disciplinou uma série de direitos do contratado em face da ocorrência de fatos da Administração (incisos XV e XVI do artigo 78 e inciso VI do § 1º do art. 57)”. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos salariais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 21, fev./mar./abril, Salvador, 2010, p. 3).

econômico-financeira,¹²⁸ ” motivo pelo qual se faz imperativo seu restabelecimento.¹²⁹

Não se pressupõe, portanto, um ato dirigido a instabilizar relação jurídico-contratual; é, em regra, medida de ordem geral e que apenas indiretamente repercute alterações no seio do contrato.¹³⁰ Por isso, qualifica-se como um mero fato jurídico (em relação aos efeitos produzidos no contrato).

Quanto à teoria da imprevisão,¹³¹ infere-se o reconhecimento de que, diante da ocorrência de eventos supervenientes, imprevisíveis pelas partes – ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis –,¹³² não imputáveis às partes

¹²⁸ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. op. cit. p.3.

¹²⁹ Para Carlos Pellegrino, fato do príncipe é “todo o ato editado pelo Poder Público que onera substancialmente o contrato administrativo, impedindo a sua execução. Essa oneração, chamada *álea administrativa* (em oposição à idéia de *álea econômica*, que se encontra na teoria da imprevisão), desde que intolerável e impeditiva da execução do ajuste, obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte para prosseguir na execução ou, se impossível, dá ensejo a rescisão com as indenizações cabíveis. Carlos Roberto Pellegrino. (PELLEGRINO, Carlos Roberto. *Revista de Direito Administrativo*, n. 179. Rio de Janeiro, 1990, p. 86).

¹³⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello alude à teoria do fato do príncipe nos seguintes termos: “Agravos econômicos resultantes de medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença. É o chamado “fato do príncipe”, tomada a expressão com o âmbito específico a que se reporta Francis-Paul Benoit, ao dizer: ‘Convém entender por ‘fato do príncipe’ os atos jurídicos e operações materiais, tendo repercussão sobre o contrato, e que foram efetuados pela coletividade que celebrou o contrato, mas agindo em qualidade diversa da de contratante’”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 465).

¹³¹ “A teoria da imprevisão considera o contrato não como negócio isolado, mas como algo que se insere dentro de uma realidade e está sujeito às incertezas próprias e imanentes do futuro. Assim, ela é aplicada quando há modificação das circunstâncias de forma a onerar excessivamente uma das partes, isto é, busca retomar o equilíbrio quando os contratantes não vislumbram mais a mesma realidade em que foi celebrado o contrato. Em última análise, ela está relacionada com o contrato no tempo, o seu objetivo é tutelar as partes da alteração da realidade que era desconhecida no momentos da realização do contrato”. (WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 310).

¹³² “Caracteriza-se uma modalidade de atuação culposa quando o evento causador da maior onerosidade era previsível e o particular não o levou em conta. Tal como ocorre nas hipóteses de força maior, a ausência de previsão do evento previsível prejudica o particular. Cobia-lhe o dever de formular sua proposta tomando em consideração todas as circunstâncias previsíveis. Presume-se que assim tenha atuado. Logo, sua omissão acarretou prejuízos que deverão ser por ele arcados. Rigorosamente, nessa situação inexistente rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Se a ocorrência era previsível, estava já abrangida no conceito de ‘encargos’. Mas devem ser excluídos os eventos cuja previsibilidade não envolvia certeza de concretização. Quando nenhum conhecimento científico ou experiência profissional produzisse certeza acerca da concretização de evento, não se poderia aludir à imprevisão culposa. Embora exista uma parcela de *álea* em toda contratação, não se pode transformar a aleatoriedade em essência do contrato, como regra”. (JUSTEN FILHO, Marçal. 2010. op. cit., 777).

celebrantes,^{133/134} deverá ser realizada a revisão do contrato administrativo, para o devido ajustamento da equação econômico-financeira, como condição necessária à manutenção ao ajuste firmado.¹³⁵

Para alguns doutrinadores, trata-se da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*,¹³⁶ à semelhança do que ocorre nos contratos firmados por particulares. Esse cenário configura-se o mais desafiador, em razão da necessidade de que seja demonstrado o efetivo impacto ao equilíbrio, no caso concreto.¹³⁷

¹³³ Otávio Rodrigues cita os ensinamentos do notável Gaston Jèze, ao afirmar que: “É preciso que se encontre em presença de um evento inteiramente independente da vontade das partes contratante; em particular, da vontade da administração. Se não é o caso de fato do príncipe. É o que se chama a distinção entre a álea econômica e a álea administrativa. É preciso que o acontecimento não pudesse ser razoavelmente previsto pelas partes contratantes, senão não há imprevisão (imprevisão quanto ao próprio evento). É preciso que o evento acarrete como consequência o desconcerto econômico do contrato, quer dizer, ocasionar, para o contratante, perdas que ultrapassem todas as imprecisões que poderiam ter sido feitas no momento do contrato (importância quanto à importância das consequências)”. (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 248).

¹³⁴ Marçal Justen Filho adverte que “(...) a elevação de encargos não derive de conduta culposa imputável ao particular. Se os encargos tornaram-se mais elevados porque o particular atuou mal, não fará jus à alteração de sua remuneração. (JUSTEN FILHO, Marçal. 2010, p. 776).

¹³⁵ “Nos contratos administrativos, em especial aqueles que se vocacionam a atender diretamente as demandas da sociedade (como são os contratos concessionais), há um interesse maior a ser preservado com a manutenção e estabilidade do pacto, a saber, o atendimento da própria finalidade pública que justificou a contratação. Quando é o contratado que se encontra em posição de desequilíbrio – situação mais recorrente –, preservar o contrato não é apenas uma imposição que decorre da valoração axiológica dos conceitos de justiça e equidade, mas uma medida assecuratória do interesse público tutelado na relação contratual. Aliás, uma solução que não acolhesse o núcleo da imprevisão importaria ao contratado o dever de arcar com os efeitos negativos de todo e qualquer evento que perturbasse a economia original do contrato, o que elevaria profundamente os custos de transação, afastando potenciais interessados em se relacionar contratualmente com os entes públicos ou tornando os valores extremamente elevados em razão da internalização deste exorbitante e incalculável risco. A teoria da imprevisão é, portanto, um alicerce que estrutura a noção de equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, eis que se revela instrumental e garantidora da comutatividade e equidade nas relações contratuais públicas. (GARCIA, Flávio Amaral. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). op. cit., p. 113-114).

¹³⁶ “A alínea “d” diz respeito à chamada teoria da imprevisão que, em síntese, se expressa no seguinte: circunstâncias, que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, vêm modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo “déficit” ao contratado; este tem direito a que a Administração o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade. Tais circunstâncias ultrapassam a normalidade, revestindo-se de caráter excepcional; por isso passaram a ser incluídas na expressão ‘álea extraordinária’. A teoria da imprevisão, própria do direito administrativo, representa, nesse âmbito, o que a cláusula *rebus sic stantibus* (literalmente, estando assim as coisas, se as coisas tiverem se mantido no mesmo estado) significa nos contratos do direito privado”. (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 257)

¹³⁷ Flávio Amaral Garcia apresenta valioso esclarecimento ao tema. “(...) A Teoria da Imprevisão não pode ser invocada genericamente por qualquer dos contratantes para justificar o desequilíbrio do contrato, recorrendo a argumentações imprecisas e vagas como ‘a crise econômica’ ou

Nesse viés, a mera indicação de ocorrência de evento capaz de causar o desequilíbrio da equação econômico-financeira não se mostra suficiente para sustentar o reequilíbrio contratual, haja vista que a análise deve ocorrer diante da situação em concreto. Além disso, o impacto financeiro deve ser comprovadamente caracterizado.

Além das condições de alteração demonstradas acima, o § 5º do art. 65 da Lei 8.666/93 estabelece que **“quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridos após a data de apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso”**.¹³⁸ (grifo nosso)

De acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União, observa-se que:

desvalorização excessiva do real'. Cabe àquele que pleiteia o reequilíbrio do contrato demonstrar quais os custos ou receitas que foram impactados pela ocorrência de fatos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis e que provocaram desequilíbrio desproporcional em relação àquilo que foi inicialmente pactuado. Desequilíbrios pressupõem obrigatoriamente análises e exames comparativos entre a situação original e a situação atual, bem como o conhecimento consensual e recíproco entre as próprias partes do que se considera como ponto de equilíbrio daquele específico contrato. Afinal, para reequilibrar um contrato é suposto saber em que condições e a partir de quais fatores ele se encontra equilibrado”. (GARCIA, Flávio Amaral. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). op. cit., p. 121).

¹³⁸ Carlos Ari Sunfeld alude que: “A lei foi expressa ao assegurar a revisão do preço caso o equilíbrio contratual seja rompido pelo chamado 'fato do príncipe'. Deveras, dispôs que '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' (art. 65-§5º), sem contar a referência no art. 65-II-d. O preceito não beneficia apenas o contratado, mas também a Administração. O fato do príncipe pode, portanto, gerar aumento ou diminuição do preço, na dependência de haver aumentado ou diminuído os custos do particular. Essa revisão do preço não está ligada a eventos contratuais, mas à incidência, na economia do contrato, de fatores a ele estranhos. O estatuto mencionou os tributos, cuja criação, supressão, aumento ou diminuição repercute nos preços contratados. Mas não se limitou a eles. Quaisquer disposições normativas cujo surgimento repercute comprovadamente nos preços, bem como quaisquer outros encargos criados, alterados ou extintos após sua fixação, dão ensejo à revisão da remuneração. Irrelevante o fato do príncipe não ser de responsabilidade do ente contratante. Não se cuida aqui, realmente, de obrigação de reparar decorrente da ocorrência de dano; trata-se de cumprir as cláusulas econômico-financeiras de um contrato, atingidas por evento que lhes é externo”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 243).

2. Havendo alteração a carga tributária após a data da apresentação da proposta, com comprovada repercussão nos preços contratados, decorre a necessária revisão da avença.¹³⁹

À toda evidência, diferentemente do que acontece nas situações de revisão ordinária dos contratos, em que a alteração financeira, de um lado, decorre da aplicação de índices setoriais – previamente definidos no instrumento contratual ou no edital de licitação – e, de outro, a partir dos encargos previstos na convenção coletiva de trabalho ou documento congênere, para os casos de repactuação, a revisão extraordinária está vinculada à ocorrência de evento superveniente, imprevisível ou previsível de proporções suficientes a causar o desequilíbrio da equação econômico-financeira.

Cumpra observar que a proteção legal à equação econômico-financeira dos contratos administrativos, a promoção do reequilíbrio, é carregada de elevada complexidade, visto que a legislação afeta ao tema é notadamente desprovida de elementos claros e objetivos.^{140/141}

Nada obstante, ainda que a legislação se mostre deficiente, fato é que as situações de desequilíbrio exigem análises precisas e exames comparativos, não cabendo alegações de ordem genérica, tampouco a invocação de mandamentos legais que não estejam cobertos por suporte fático capaz de comprovar significativo abalo nas condições inicialmente pactuadas, especialmente sobre as condições econômico-financeiras.

¹³⁹ Acórdão 2.933/2011 – Plenário.

¹⁴⁰ Marrara e Souza abordam o tema de forma bastante pertinente, ao esclarecer que, “além de complexa e delicada, a relação entre equilíbrio econômico-financeiro e serviço adequado se afigura flexível e mutável, haja vista que o direito positivo confere ao primeiro conteúdo vago e indeterminado, o que viabiliza sua concretização por modelagens licitatórias e contratuais variadas. (MARRARA, Thiago; SOUZA, André. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). op. cit., p. 303).

¹⁴¹ Flávio Amaral Garcia afirma que, no tocante às concessões públicas, “a legislação é omissa a respeito de elementos mínimos que possam preencher o conteúdo material do conceito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, fazendo referência à manutenção das condições efetivas da proposta ou a uma equivalência material entre direitos e obrigações fixadas no momento da licitação, ou que tem se apresentado como insuficiente para resolver os problemas e questões que se colocam nos contratos concessionais que, como é do conhecimento convencional, apresentam uma configuração bastante complexa e sofisticada se comparada aos demais contratos administrativos. (GARCIA, Flávio Amaral. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). op. cit., p. 121).

CAPÍTULO 3 – DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO

3.1 Definição e evolução da renúncia

No presente capítulo serão discutidas as características da política de desoneração da folha de pagamento, a renúncia fiscal decorrente da medida, como também seus efeitos e eficácia. Nesse passo, cumpre destacar, já de início, que a desoneração consiste na principal medida do Plano Brasil Maior – terceira linha da política industrial promovida pelo Poder Executivo Federal, iniciada em 2004.

A Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior – PITCE, lançada naquele ano, corresponde ao marco inicial do programa, seguida pela Política de desenvolvimento Produtivo – PDP, de 2008.¹⁴² Sem embargo, no cerne da eclosão e aprofundamento da crise financeira internacional em 2008/2009, a política fiscal brasileira adotou uma postura contracíclica, tradicional em períodos de desaceleração ou recessão. Na direção contrária dos demais países, que optaram em sua maioria por elevar investimentos ou outros gastos de caráter temporário, o Brasil acabou por conceder, prorrogar e ampliar desonerações tributárias, além de criar um modelo *sui generis* em que acionou o endividamento público para fomentar o crédito ao setor privado.

O Plano Brasil Maior, nesse contexto, configura-se política pública com forte ênfase em medidas setoriais voltadas ao estímulo à inovação e ao investimento na promoção do comércio exterior e na defesa da indústria e do mercado interno, através de medidas que foram agrupadas de acordo com os propósitos mais relevantes de cada ação:

¹⁴² “No bojo da eclosão e aprofundamento da crise financeira internacional em 2008/09, a política fiscal brasileira adotou uma postura contra cíclica, tradicional em períodos de desaceleração ou recessão. Ao contrário da maioria dos outros países que optaram por elevar investimentos ou outros gastos de caráter temporário, o Brasil preferiu conceder, prorrogar e ampliar desonerações tributárias, além de criar um modelo *sui generis* em que acionou o endividamento público para fomentar o crédito ao setor privado”. (BARROS, Gabriel Leal de; AFONSO, Jose Roberto. Nota técnica – *Evolução inicial da desoneração da folha salarial*. IBRE/FGV. Julho, 2013, p. 2).

- (i) redução dos custos do trabalho e do capital;
- (ii) promoção e defesa comercial; e
- (iii) apoio à inovação e defesa do mercado interno, além de medidas de apoio à competitividade e ao desenvolvimento produtivo.¹⁴³

Principal desdobramento do Plano Brasil Maior,¹⁴⁴ de agosto de 2011, a desoneração da folha de pagamento foi implementada por meio da Medida Provisória 540, de 02 de agosto de 2011, convertida na Lei 12.546, de 14 de dezembro de 2011, e ampliada por diversas alterações.

Com efeito, no modelo tradicional, ou seja, não atingido pelos efeitos da desoneração da folha de pagamento, as empresas submetidas aos regimes tributários do lucro real e do lucro presumido¹⁴⁵ devem promover o recolhimento dos encargos sociais incidentes sobre verbas de caráter remuneratório, como salário, férias, 13º salário,¹⁴⁶ para citarmos algumas, conforme tabela abaixo:

Encargos Sociais	%	Base Legal
INSS	20,00%	Lei nº 8.212/91
SESI ou SESC	1,50%	Lei nº 9.403/46 e Lei nº 8.036/90
SENAI ou SENAC	1,00%	Decreto Lei 4.048/42
INCRA	0,20%	LC nº 11/71 e Decreto Lei nº 1.146/70
Salário Educação	2,50%	Art. 212, § 5º da CF/88
Seguro	¹⁴⁷	Lei nº 8.212/91, Dec. nº 6.957/09 e Res. MPS/CNPS

¹⁴³ SOUZA, Kênia Barreio de Souza; CARDOSO, Débora Freire; DOMINGUES, Edson Paulo. Medidas recentes da desoneração tributária no Brasil: uma análise de equilíbrio geral computável. *Revista Brasileira de Economia*, v. 70, 1, Rio de Janeiro, janeiro-março 2016, p. 102.

¹⁴⁴ Informações disponíveis em: <www.brasilmaior.mdic.gov.br>. Acesso em: 2 dez. 2016.

¹⁴⁵ Registre-se que as empresas optantes do regime tributário do simples nacional já são beneficiadas por política própria de desoneração da folha de pagamento, decorrente do advento da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006.

¹⁴⁶ Para informação completa acerca das verbas sujeitas à incidência dos encargos sociais, consultar a “Tabela de Incidência de Contribuição”, elaborada pela Receita Federal, disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/pagamentos-e-parcelamentos/emissao-e-pagamento-de-darf-das-gps-e-dae/calculo-de-contribuicoes-previdenciarias-e-emissao-de-gps/tabela-de-incidencia-de-contribuicao>>.

¹⁴⁷ A base de cálculo da contribuição referente ao seguro acidente de trabalho poderá variar de empresa para empresa, tendo em vista que sua definição aplicação do índice do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) à alíquota do Risco Acidente de Trabalho (RAT) ao qual a empresa encontra-se vinculada.

Acidente de Trabalho (SAT)		n° 1.316/10
SEBRAE	0,60%	IN RFB 971/2009

A desoneração, por seu turno, reside na supressão da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento dos funcionários, pela contribuição compulsória e parcial¹⁴⁸ sobre a receita bruta das empresas impactadas pelo novo regime.¹⁴⁹

De acordo com a Receita Federal do Brasil, a mudança da base de incidência se deu, na verdade, pela criação de novo tributo,¹⁵⁰ aplicado sobre o faturamento das empresas beneficiadas pela Lei 12.546/11, com alíquotas que variavam de 1,5% a 2,5%. Essa contrapartida era, contudo, de menor monta.¹⁵¹

Adotou-se, portanto, o termo desoneração, “*na medida em que este valor é inferior à alíquota que manteria inalterada a arrecadação patronal, a chamada alíquota neutra*”.¹⁵² Em alguns casos, contudo, os dados informados pela

¹⁴⁸ BARROS, Gabriel Leal de; AFONSO, Jose Roberto; PINTO, Vilma da Conceição. Nota técnica - *Avaliação setorial da desoneração da folha de salários*. IBRE/FGV. Julho 2014, p. 1.

¹⁴⁹ SOUZA, Kênia Barreiro de Souza; CARDOSO, Débora Freire; DOMINGUES, Edson Paulo. op. cit., p. 100.

¹⁵⁰ “A implementação da incidência sobre a receita bruta se deu, em termos práticos, por meio da criação de um novo tributo, a Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), que consiste na aplicação de uma alíquota ad valorem, 1% ou 2%, a depender da atividade, do setor econômico (CNAE) e do produto fabricado (NCM), sobre a receita bruta mensal”. (BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária da Receita Federal do Brasil. *Desoneração da folha, estimativa de renúncia e metodologia de cálculo*. p. 1. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/arre/RenunciaFiscal/Desoneracaodafolha.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2016.)

¹⁵¹ “Os setores beneficiados passaram a pagar sobre o faturamento, em média, cerca de metade do que contribuíam anteriormente sobre a folha de pagamentos”. (BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 3. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

¹⁵² CORDILHA, Ana Carolina. *Desoneração da folha de pagamento: impactos na competição e política fiscal*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Economia, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, 2015, p. 130.

Segundo o Ministério da Fazenda, “**A desoneração previa originalmente a neutralidade tributária, i.e., a substituição do pagamento correspondente à contribuição patronal por outro tributo em volume equivalente**. No entanto, essa neutralidade não foi alcançada no Brasil, sendo o tributo compensatório estabelecido em nível bem menor do que aquele necessário para compensar a renúncia tributária decorrente do não pagamento das contribuições patronais para o INSS”. (destaque no original). (BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 1. Disponível em:

Receita Federal apontam para o fato de que empresas sofreram, de fato, oneração.¹⁵³

De início, a desoneração foi aplicada a apenas 4 setores (móveis, vestuário e couro-calçados, e tecnologia da informação e comunicação –TIC), em face das dificuldades observadas quanto à retomada do crescimento.¹⁵⁴ Nesse contexto, a desoneração foi criada como política tributária,¹⁵⁵ de caráter provisório, voltada de propiciar o crescimento dos setores favorecidos.

Outrossim, fomentava-se maior competitividade à indústria nacional,¹⁵⁶ seja no tocante às exportações, como também em face dos produtos importados, além, é claro, do incremento das condições do mercado de trabalho,¹⁵⁷ a partir da redução da informalidade¹⁵⁸ e da terceirização¹⁵⁹ e consequente aumento do nível de emprego.¹⁶⁰

<<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

¹⁵³ “Ainda que não afetassem o resultado agregado, seja do setor, seja do mês, é importante atentar para o significado de desoneração negativa. Pela metodologia adotada pela RFB, o negativo ocorre sempre que o recolhimento supere a contribuição teórica”. (BARROS, Gabriel Leal de; AFONSO, Jose Roberto; PINTO, Vilma da Conceição. op. cit., p. 8).

¹⁵⁴ Exposição de motivos da Medida Provisória 540/11, posteriormente convertida na Lei 12.546/11.

“(…)

21. Apesar da melhora do cenário econômico após a crise de 2008/2009, as empresas que prestam serviços de tecnologia da informação - TI e tecnologia da informação e comunicação - TIC, bem como as indústrias moveleiras, de confecções e de artefatos de couro têm enfrentado maiores dificuldades em retomar seu nível de atividade. Nesse contexto, a medida proposta favorece a recuperação do setor, bem como incentiva a implantação e a modernização de empresas com redução dos custos de produção.

22. A importância e a urgência da medida são facilmente percebidas em razão do planejamento tributário nocivo que tem ocorrido mediante a constituição de pessoas jurídicas de fachada com o único objetivo de reduzir a carga tributária, prática que tem conduzido a uma crescente precarização das relações de trabalho; bem como, em razão do risco de estagnação na produção industrial e na prestação de serviços nos setores contemplados”.

¹⁵⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 1. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

¹⁵⁶ BARROS, Gabriel Leal de; AFONSO, Jose Roberto. op. cit., p. 3.

¹⁵⁷ SOUZA, Kênia Barreio de Souza; CARDOSO, Débora Freire; DOMINGUES, Edson Paulo. op. cit., p. 102.

¹⁵⁸ A melhoria da competitividade viria da redução dos custos de produção associados à diminuição dos encargos incidentes sobre a folha de salários, sem afetar a remuneração dos empregados ou seus direitos previdenciários. O desempenho das exportações e a redução do custo com encargos sociais estimulariam a geração de empregos formais e contribuiriam para

Quando da criação da medida, buscava-se introduzir no ordenamento pátrio políticas que haviam sido criadas em alguns países europeus,¹⁶¹ como forma de compensar os elevados custos previdenciários que tinham como fulcro subsidiar parte dos benefícios do *Estado de Bem-Estar Social*,¹⁶² em especial por conta da crise internacional deflagrada em 2008.¹⁶³

maior formalização no mercado de trabalho. (DIEESE. Nota Técnica: O Projeto de Lei 863/2015 e as mudanças na desoneração da folha. N. 145 – junho de 2015, p. 03).

¹⁵⁹ Exposição de motivos da Medida Provisória 540/11, posteriormente convertida na Lei 12.546/11.

“(…)

19. Nos últimos anos, em virtude da busca pela redução do custo da mão de obra, as empresas passaram a substituir os seus funcionários empregados pela prestação de serviços realizada por empresas subcontratadas ou terceirizadas. Muitas vezes, as empresas subcontratadas são compostas por uma única pessoa, evidenciando que se trata apenas de uma máscara para afastar a relação de trabalho.

20. Em virtude dessa nova relação contratual, os trabalhadores ficam sem os direitos sociais do trabalho (férias, 13º salário, seguro desemprego, hora extra, etc.), pois se trata de uma relação jurídica entre iguais (empresa-empresa) e não entre trabalhador e empresa. Essa prática deixa os trabalhadores sem qualquer proteção social e permite que as empresas reduzam os gastos com encargos sociais”.

¹⁶⁰ Tal argumento é contraposto pelos seguintes fundamentos: “O primeiro pode ser respondido pelo primado da teoria econômica, onde se sabe que para criar mais e melhores empregos em uma economia, não basta desonerar a folha; é preciso, dentre outros, gerar um crescimento vigoroso e duradouro, aumento do consumo, investimento público casado com uma política fiscal e ciente, uma reforma tributária progressiva que possibilite melhorias na distribuição da riqueza. Segundo, porque, depois da criação do regime tributário do Simples, que hoje já alcança mais de três milhões de empresas, a imensa maioria das micro e pequenas empresas não paga a cota previdenciária sobre a Folha de Pagamentos. Para elas, a contribuição patronal recai sobre o faturamento. Em 2010, cerca de 4 milhões de empresas entregaram GFIP e, destas, 2,3 milhões eram optantes pelo Simples. Desse total, 2 milhões tinham entre um e cinco empregados e apenas 17,4 mil tinham mais de 251 empregados”. FRANÇA, Álvaro Sólon de. *Desoneração da folha de pagamentos desconstrói a seguridade social. Seminário da Desoneração da Folha – ANFIP*. Realizado em 7 de julho de 2011 na Câmara Federal, p. 80-81.

¹⁶¹ “O modelo europeu consistiu em transferir parcela da tributação incidente sobre os salários (contribuições sociais) para um imposto sobre o valor agregado - IVA”. (SILVA, Alessandro Costa da; FERNANDES, Artur Monteiro de Prado; GAMA, Filipe Nogueira da; QUARESMA, Marcus Vinicius Martins; TAKADA, Mylke. *Desoneração da folha de pagamento: análise e modelo alternativo*. Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC/Receita Federal do Brasil. Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação em Economia no Setor Público e Finanças Públicas. Brasília, 2015, p. 6).

¹⁶² BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 1. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

¹⁶³ “Com a crise internacional de 2008 muitos países da Zona Monetária Europeia começaram a praticar o instrumento da desvalorização fiscal para aumentar a competitividade das empresas nacionais, estimular a criação de empregos e o crescimento econômico, mesmo que essa medida seja apenas de curto prazo, a manutenção dessa política pode aprofundar os resultados de longo prazo. A esperança subjacente é que custos trabalhistas mais baixos, devido à redução, por exemplo, da alíquota sobre a previdência social, irão aumentar a demanda de trabalho e reduzir o desemprego”. (FREITAS, Carlos Eduardo de. *A desoneração da folha de pagamentos: uma aplicação do modelo de gerações sobrepostas para o Brasil*. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal de Pernambuco, CCSA, 2015, p. 5).

Na experiência europeia, a desvalorização fiscal (nomenclatura utilizada), se deu a partir da transferência da contribuição patronal previdenciária para a base de cálculo do valor agregado (VAT),¹⁶⁴ com incidência sobre os bens de consumo, aplicada também aos produtos importados. Ficaram isentos os produtos de exportação, como forma de fomento à economia.¹⁶⁵

Impende observar que o contexto existente no Brasil quando da propositura da medida era bastante distinto da realidade europeia quando da implementação da política de desvalorização fiscal, haja vista que vivenciávamos quase o pleno emprego, salários crescentes e taxa de câmbio flutuante.¹⁶⁶ Nesse cenário, a expansão de empregos não se mostrava plausível, tampouco a redução de preços ao consumidor final.¹⁶⁷

Ainda nessa toada, Álvaro de França alude que a política de desoneração não levou em consideração importantes questões afetas ao tema, conforme destaque abaixo:

1. o custo da mão de obra em relação ao conjunto das despesas operacionais das empresas, o faturamento e o seu lucro;
2. o custo da tributação previdenciária em relação ao conjunto dos demais tributos e das despesas operacionais e o faturamento das empresas;
3. as razões determinantes para a falta de competitividade das empresas, como custo de captação de recursos, relação cambial,

¹⁶⁴ Aqui, a desoneração transferiu a base de cálculo da contribuição patronal para a receita de vendas (i.e. faturamento), ao invés do VAT, mas também eximiu as exportações. Evidentemente, no caso de empresas não exportadoras, passou-se, portanto, a onerar as empresas com um imposto dito “em cascata”, diferentemente do mecanismo do VAT europeu. (BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 3. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.)

¹⁶⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 3. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

¹⁶⁶ SILVA, Alessandro Costa da; FERNANDES, Artur Monteiro de Prado; GAMA, Filipe Nogueira da; QUARESMA, Marcus Vinicius Martins; TAKADA, Mylke. op. cit., p. 9.

¹⁶⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 4. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

capacidade de inovação etc;¹⁶⁸

Como destacado acima, a desoneração tinha caráter temporário e registro a quatro setores. Não obstante, em menos de um ano da criação da política, o Governo decidiu não apenas ampliar a quantidade de setores beneficiados, como também reduziu as alíquotas de incidência sobre o faturamento, que passaram a ser de 1,0% e 2,0%.¹⁶⁹

Tratava-se de tentativa de enfrentar o processo de desaceleração da economia,¹⁷⁰ não obstante a ausência de indicadores concretos capazes de comprovar os benefícios da medida,¹⁷¹ tampouco efetividade comprovada por meio de estudo prévio e técnico.¹⁷²

Ocorre, porém, que, de acordo com o Ministério da Fazenda,¹⁷³ os estudos realizados revelaram, na verdade, resultados muito pouco favoráveis à manutenção da política de desoneração, senão vejamos:

¹⁶⁸ FRANÇA, Álvaro Sólon de. op. cit., p. 78.

¹⁶⁹ As mudanças foram promovidas pela Lei 12.715, de 17 de setembro de 2012, nos seguintes termos:

“Art. 55. A Lei nº 12.546, de 14 de dezembro de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 7º Até 31 de dezembro de 2014, contribuirão sobre o valor da receita bruta, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, **à alíquota de 2% (dois por cento):**

(...)

Art. 8º Até 31 de dezembro de 2014, contribuirão sobre o valor da receita bruta, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, **à alíquota de 1% (um por cento)**, em substituição às contribuições previstas nos incisos I e III do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, as empresas que fabricam os produtos classificados na Tipi, aprovada pelo Decreto no 7.660, de 23 de dezembro de 2011, nos códigos referidos no Anexo desta Lei”. (grifo nosso).

¹⁷⁰ CORDILHA, Ana Carolina. op. cit., p. 129.

¹⁷¹ Barros e Afonso explicam que “era desconhecida qualquer avaliação sistemática dos resultados dessa primeira medida e com a RFB respondendo requerimentos da Lei de Acesso a Informações declarando não dispor de acompanhamento sistemático da arrecadação da contribuição previdenciária classificada setorialmente segundo a CNAE”. (BARROS, Gabriel Leal de; AFONSO, Jose Roberto. op. cit., p. 3).

¹⁷² SILVA, Alessandro Costa da; FERNANDES, Artur Monteiro de Prado; GAMA, Filipe Nogueira da; QUARESMA, Marcus Vinicius Martins; TAKADA, Mylke. op. cit., p. 18.

¹⁷³ BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

Em FGV(2013) as exportações líquidas no setor de confecções efetivamente diminuem. Em FGV(2014b), a desoneração surge associada à diminuição de 200 mil empregos em setores de serviço desonerados (construção civil, comércio varejista, Tecnologia da Informação). Os resultados indicam que, retrospectivamente, os efeitos medidos da desoneração sobre o emprego (atividade) e as exportações foram incertos, apesar do seu alto custo fiscal.

Nada obstante, como visto, a política não apenas foi mantida, como foi também ampliada. Contudo, no intuito de diminuir os impactos do elevado custo fiscal imposto ao governo,¹⁷⁴ as regras da desoneração sofreram importante alteração com o advento da Lei 13.202/15, que majorou a alíquota aplicada sobre a receita bruta, de 2% para 4,5%, e de 1% para 2,5%, para a maior parte dos setores beneficiados.¹⁷⁵

O quadro a seguir¹⁷⁶ apresenta o atual cenário da desoneração da folha de pagamento, após as diversas mudanças ocorridas na Lei 12.546/11:

¹⁷⁴ “Caso seja considerada válida a base de cálculo utilizada pela Receita Federal, no tocante ao montante da renúncia fiscal decorrente da folha de pagamento, essa representará a quarta maior renúncia existente no país, atrás apenas do simples nacional, da Zona Franca de Manaus e da desoneração da cesta básica”. SILVA, Alessandro Costa da; FERNANDES, Artur Monteiro de Prado; GAMA, Filipe Nogueira da; QUARESMA, Marcus Vinicius Martins; TAKADA, Mylke. op. cit., p. 17.

Observa-se que “essa medida foi adotada no contexto da forte deterioração das contas públicas no ano de 2015, e estava contida no rol das principais ações promovidas pelo esforço de ajuste fiscal”. SILVA, Alessandro Costa da; FERNANDES, Artur Monteiro de Prado; GAMA, Filipe Nogueira da; QUARESMA, Marcus Vinicius Martins; TAKADA, Mylke. op. cit., p. 47.

¹⁷⁵ “Art. 7º-A. A alíquota da contribuição sobre a receita bruta prevista no art. 7º será de 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento), exceto para as empresas de *call center* referidas no inciso I, que contribuirão à alíquota de 3% (três por cento), e para as empresas identificadas nos incisos III, V e VI, todos do caput do art. 7º, que contribuirão à alíquota de 2% (dois por cento).

Art. 8º-A. A alíquota da contribuição sobre a receita bruta prevista no art. 8º será de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento), exceto para as empresas constantes dos incisos II a IX e XIII a XVI do § 3º do art. 8º e (...) que contribuirão à alíquota de 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), (...), que contribuirão à alíquota de 1% (um por cento)”..

¹⁷⁶ SILVA, Alessandro Costa da; FERNANDES, Artur Monteiro de Prado; GAMA, Filipe Nogueira da; QUARESMA, Marcus Vinicius Martins; TAKADA, Mylke. op. cit., p. 14.

Art. 7º e 7º-A da Lei nº 12.546/11	
4,5%	3,0%
Empresas: 1) de tecnologia da informação (TI), de tecnologia da informação e comunicação (TIC); 2) de concepção, desenvolvimento ou projeto de circuitos integrados; 3) do setor hoteleiro (CNAE 5510-8/01); 4) de construção civil (CNAE 412, 432, 433 e 439); 5) de construção de obras de infraestrutura (CNAE 421, 422, 429 e 431);	Empresas: 1) de <i>call center</i> ; 2) de transporte rodoviário coletivo de passageiros (CNAE 4921-3 e 4922-1); 3) de transporte ferroviário de passageiros (CNAE 4912-4/01 e 4912-4/02); 4) de transporte metro ferroviário de passageiros (CNAE 4912-4/03);
Art. 8º e 8º-A da Lei nº 12.546/11	
2,5%	1,5%
Empresas: 1) fabricantes de produtos elencados no anexo I da Lei nº 12.546/2011; 2) de manutenção de aeronaves; 3) de navegação de apoios marítimo e de portuário; 4) de manutenção e reparação de embarcações; 5) de varejo, listadas no anexo. II da Lei nº 12.546/2011;	Empresas: 1) de transporte aéreo de carga e de serviços auxiliares ao transporte aéreo de carga; 2) de transporte aéreo de passageiros regular e de serviços auxiliares ao transporte aéreo de passageiros regular; 3) de transporte marítimo de carga e de passageiros na navegação de cabotagem; 4) de transporte marítimo de carga e de passageiros na navegação de longo curso; 5) de transporte por navegação interior de carga e de passageiros em linhas regulares; 6) de operações de carga, descarga e armazenagem de contêineres (CNAE 5212-5 e 5231-1); 7) de transporte rodoviário de cargas (CNAE 4930-2); 8) de transporte ferroviário de cargas (CNAE 4911-6); 9) jornalísticas e de radiodifusão sonora, sons e imagens (CNAE 1811-3, 5811-5, 5812-3, 5813-1, 5822-1, 5823-9, 6010-1, 6021-7 e 6319-4); 10) que fabricam os produtos de artefatos têxteis, calçados e automóveis para transporte coletivo classificados na Tipi nos códigos 6309.00, 64.01 a 64.06 e 87.02;
1,0%	
Empresas que fabricam produtos a base de carnes, peixes e pães classificados na TIPI nos códigos: 1) 02.03, 0206.30.00, 0206.4, 02.07, 02.09, 02.10.1, 0210.99.00 2) 03.03, 03.04 3) 0504.00, 05.05 4) 1601.00.00, 16.02 5) 1901.20.00 Ex 01, 1905.90.90 Ex 01 e 03.02.	
Art. 2º da Lei nº 13.161/15	
2,0%	
Empresas de construção civil, grupos 412, 432, 433 e 439 da CNAE 2.0, até o encerramento das obras: 1) matriculadas no Cadastro Específico do INSS (CEI) no período de 1º de abril de 2013 a 31 de maio de 2013; 2) matriculadas no CEI de 1º de junho de 2013 a 31 de outubro de 2013, desde que a empresa tenha optado pela desoneração nesse período; 3) matriculadas no CEI de 1º de outubro de 2013 a 31 de dezembro de 2015.	

Quando da implantação da medida, previa-se inicialmente a *neutralidade tributária*, ou seja, a contribuição patronal deveria ser substituída por outro tributo cuja arrecadação fosse correspondente em termos de equivalência.¹⁷⁷

¹⁷⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 1. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

A neutralidade, contudo, não ocorreu,¹⁷⁸ haja vista que o tributo compensatório não se mostrou suficiente para suprir as renúncias tributárias, em face do não recolhimento da contribuição patronal ao INSS.¹⁷⁹

Denota-se, na verdade, a ocorrência da renúncia de receita, que corresponde ao montante não arrecadado pelo governo, diante da implantação da política de desoneração da folha de pagamento, a título de contribuições previdenciárias.

Conforme definição da Receita Federal,¹⁸⁰ o impacto fiscal foi calculado a partir da “*diferença entre o valor da contribuição que a empresa recolheria se não estivesse sujeita à Desoneração da Folha, e o valor da contribuição previdenciária efetivamente arrecadado, conforme o previsto na Lei 12.546 de 2011*”.¹⁸¹

Em levantamento feito pelo Dieese,¹⁸² com base nos dados disponibilizados pela Receita Federal, a renúncia fiscal foi de R\$ 3,6 bilhões, em

¹⁷⁸ Cumpre esclarecer que, na Europa, a política de desvalorização fiscal “(...) foi neutra do ponto de vista das contas públicas, visto que a perda de arrecadação com a redução da contribuição social e com a desoneração das exportações (incidência do IVA no destino) foi compensada por um aumento do IVA de magnitude suficiente a garantir a neutralidade tributária”. SILVA, Alessandro Costa da; FERNANDES, Artur Monteiro de Prado; GAMA, Filipe Nogueira da; QUARESMA, Marcus Vinicius Martins; TAKADA, Mylke. op. cit., p. 9.

¹⁷⁹ “Há redução parcial do imposto pago, pois, de modo geral, a receita gerada por essas alíquotas não compensa a perda advinda da menor tributação sobre a folha, o que significa perda de receita para o Erário e alívio financeiro para o contribuinte. Há um compromisso financeiro do Tesouro no sentido de ressarcir a previdência social pela receita perdida. Mas para o setor público com um todo (Tesouro mais Previdência) o resultado é perda de receita”. PELLEGRINI, Josué; MENDES, Marcos. *O que é desoneração da folha de pagamento e quais são seus possíveis efeitos*. Instituto Braudel. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/08/11/o-que-e-desoneracao-da-folha-de-pagamento-e-quais-sao-seus-possiveis-efeitos/>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

¹⁸⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). *Considerações sobre o Projeto de Lei 863/2015: desoneração da folha de pagamento*. Brasília/DF, abr. 2015. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/divulgacao/publicacoes/reforma-da-desoneracao-da-folha/consideracoes-sobre-o-pl-8632015-2013-desoneracao-da-folha-2013-09.04.2015/view/>>. Acesso em: 2 dez. 2016.

¹⁸¹ Segundo o Dieese, contudo, “o cálculo da renúncia não é simples, pois requer que se saiba o quanto seria arrecadado caso a política não tivesse sido adotada”. (DIEESE. op. cit., p. 7).

¹⁸² DIEESE. op. cit., p. 7.

2012, aumentando para 12,3 bilhões, em 2013, e 25,2 bilhões em 2015,¹⁸³ o que corresponde a aproximadamente “0,4% do PIB, 1,6% da arrecadação federal” e “80% do déficit previsto para o orçamento de 2016”.¹⁸⁴

Tal elevação decorreu especialmente do número de setores beneficiados pela medida,¹⁸⁵ além do número de trabalhadores abarcados por ela, que saltou de 870 mil para mais de 13 milhões¹⁸⁶ no mesmo período suprainformado.

Destaca-se, porém, que a metodologia de cálculo acima identificada pode ser questionada, ainda segundo o Dieese, visto que a massa salarial, utilizada para fins de levantamento estimado, seria a mesma, apesar da desoneração.¹⁸⁷

Ainda nesse contexto, segundo o Dieese, deveriam ser levados em consideração os efeitos positivos da política de desoneração, em relação aos possíveis benefícios referentes à massa salarial.¹⁸⁸

¹⁸³ Os números referentes à renúncia são muito próximos àqueles do Dieese. “De forma global, o montante renunciado foi R\$ 3,7 bilhões em 2012 e R\$ 8,0 bilhões até setembro de 2013 – se mantido mesmo valor de setembro nos meses seguintes e no 13º salário, a renúncia atingirá os R\$ 11,9 bilhões até o final do ano”. (BARROS, Gabriel Leal de; AFONSO, Jose Roberto; PINTO, Vilma da Conceição. op. cit., p. 3).

¹⁸⁴ SILVA, Alessandro Costa da; FERNANDES, Artur Monteiro de Prado; GAMA, Filipe Nogueira da; QUARESMA, Marcus Vinicius Martins; TAKADA, Mylke. op. cit., p. 17.

¹⁸⁵ “O efeito da escalada legislativa reflete-se na crescente renúncia fiscal e número de empresas desoneradas à medida que a abrangência da desoneração foi se ampliando. Após a sexta MP tratando do assunto, mais de 80 mil empresas já estavam sendo beneficiadas, com um custo mensal de R\$ 1,8 bilhões”. (BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 5. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016).

¹⁸⁶ DIEESE. op. cit., p. 7.

¹⁸⁷ “Isto porque a contribuição previdenciária teórica é calculada com base na massa salarial declarada pelos empregadores, sem descontar eventuais efeitos da desoneração sobre esta mesma base. Se esta política resultou na preservação ou no aumento da massa salarial, a contribuição previdenciária, na ausência da desoneração, seria menor do que na realidade foi, levando a uma superestimação da renúncia fiscal apurada”. (DIEESE. op. cit., p. 8).

¹⁸⁸ “Por exemplo, supondo que a desoneração da folha estimulou a geração de empregos formais e dos salários, elevando a massa salarial em 20%, então este percentual deveria ser deduzido base de cálculo da contribuição previdenciária teórica. Procedendo a este desconto (...), chegar-se-ia a um resultado de renúncia fiscal de R\$ 10,4 bilhões, o que representa 46% do indicado acima. A dificuldade em saber efetivamente qual foi o custo da desoneração da folha deve-se à falta de estudos conclusivos sobre os efeitos desta política no mercado de trabalho (...). Em suma, a

A despeito da divergência sobre a metodologia de cálculo do montante da renúncia fiscal, o que não se questiona é a sua existência e exponencial crescimento, na medida em que a política de desoneração da folha de pagamento foi sendo ampliada.

Nesse viés, como bem observado no relevante estudo técnico de Barros e Afonso,¹⁸⁹ “*essa política tende a aprofundar ainda mais o já conhecido déficit previdenciário e agravar a necessidade de financiamento e cobertura pelo Tesouro Nacional*”.

desoneração da folha acarretou uma significativa renúncia fiscal, mas que parece não adequadamente refletida nas estimativas oficiais. É possível que o custo fiscal da desoneração esteja sendo superestimado. Ainda que o custo da política de desoneração tenha sido alto, os números disponíveis carecem de precisão, e deveriam ser mais bem avaliados”. (DIEESE. op. cit., p. 8).

¹⁸⁹ BARROS, Gabriel Leal de; AFONSO, Jose Roberto. op. cit., p. 12.

3.2 Avaliação de seus efeitos e eficácia

Dentre os efeitos da desoneração da folha de pagamento, adverte-se, de início, para potencial quebra da equidade e do princípio da capacidade contributiva,¹⁹⁰ pois, ainda que a política tenha passado por significativa ampliação desde sua criação, se restringe a um número bastante reduzido de contribuintes.¹⁹¹

Essa tese ganha relevo diante da falta de estudos técnicos consistentes para a escolha dos setores e atividades que seriam beneficiados, como também pelo fato de a ampliação sistemática dos setores ter ocorrido “*mesmo tendo transcorrido pouco tempo desde o início e sem muitas evidências da efetividade dessa medida*”.¹⁹² Em outras palavras, a aleatoriedade¹⁹³ na escolha das empresas pode implicar, de fato, a violação da equidade tributária.

Noutro giro, em decorrência das particularidades da legislação, inseridas num sistema tributário já bastante minucioso,¹⁹⁴ os encargos de

¹⁹⁰ Na lição de Roque Carraza, “a capacidade contributiva à qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta ao criar, legislativamente, os impostos de sua competência é *objetiva*, e não *subjéctiva*. É *objetiva* porque se refere *não* às condições econômicas reais de cada contribuinte, individualmente considerado, mas às suas *manifestação objetivas de riqueza* (ter um imóvel, possuir um automóvel, ser proprietário de jóias ou obras de arte, operar na Bolsa, praticar operações mercantis etc.). Assim, atenderá ao princípio da capacidade contributiva a lei que, ao criar o imposto, colocar em sua *hipótese de incidência* fatos deste tipo. Fatos que Alfredo Augusto Becker, com muita felicidade, chamou de *fatos-signos presuntivos de riqueza* (fatos que, *a priori*, fazem presumir que quem os realiza tem riqueza suficiente para ser alcançado pelo imposto específico). Com o *fato-signo presuntivo de riqueza* tem-se por incontroversa a existência de capacidade contributiva”. (CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22.ed. rev., amp. e atual. até EC 52/2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90).

¹⁹¹ a medida se restringe a um grupo de aproximadamente 84 mil contribuintes, representando 1,7% do total de contribuintes, uma ínfima parcela das mais de 5 milhões de empresas do Brasil. SILVA, Alessandro Costa da; FERNANDES, Artur Monteiro de Prado; GAMA, Filipe Nogueira da; QUARESMA, Marcus Vinicius Martins; TAKADA, Mylke. op. cit., p. 20.

¹⁹² BARROS, Gabriel Leal de; AFONSO, Jose Roberto; PINTO, Vilma da Conceição. op. cit., p. 1.

¹⁹³ “Conclui-se, portanto, que a escolha setorial é pautada mais pela discricionariedade, motivo pelo qual a preocupação sobre seu impacto na arrecadação e desempenho fiscal do governo requer pronta atenção”. (BARROS, Gabriel Leal de; AFONSO, Jose Roberto. op. cit., p. 12).

¹⁹⁴ “A Desoneração da Folha realizada no Brasil tornou ainda mais complexo o cumprimento das obrigações tributárias por parte do empregador. Ademais, as constantes mudanças normativas impedem que empresas possam fazer planejamentos seguros sobre seus custos com o trabalho no futuro, o que certamente desestimula investimentos de empresas estrangeiras”. (SILVA, Alessandro Costa da; FERNANDES, Artur Monteiro de Prado; GAMA, Filipe Nogueira da;

administração da desoneração devem ser levados em consideração, uma vez que, além dos setores terem sido impactados de formas diversas, nem todos os produtos das empresas beneficiadas estão sujeitos ao mesmo tratamento. Nesses casos, o tratamento da documentação referente ao processo produtivo pode se tornar demasiadamente custoso.¹⁹⁵

No tocante à competitividade, o estudo de Ana Cordilha demonstra que, nos setores de vestuário e couro-calçados, amplamente expostos à concorrência internacional, a desoneração não foi capaz de promover qualquer melhoria, seja em relação ao mercado interno, tampouco ao mercado externo.¹⁹⁶

Quanto à criação de empregos, o aludido estudo identificou que as demissões permaneceram mesmo após o início da desoneração. Houve, na verdade, agravamento na situação a partir de 2014.¹⁹⁷ Repise-se que a análise levou em consideração apenas os setores de vestuário e couro-calçados. Críticas no mesmo sentido, entretanto, são identificadas em outros estudos.¹⁹⁸

QUARESMA, Marcus Vinicius Martins; TAKADA, Mylke. op. cit., p. 23).

¹⁹⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 11. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

¹⁹⁶ “A melhoria das exportações de couro-calçados apresentou maior correlação com a evolução do câmbio do que com a desoneração da folha, e no setor de vestuário a medida não trouxe nenhuma inflexão na tendência de estabilidade verificada anteriormente. Também não houve impacto sobre a competitividade interna, pois as importações seguiram aumentando em ambos os setores a despeito da instituição da nova política”. (CORDILHA, Ana Carolina. op. cit., p. 159).

¹⁹⁷ “Embora seja verdade que o fechamento de postos de trabalho ocorreu de forma menos intensa nos dois primeiros anos de vigência da medida, este quadro foi desfeito em 2014, quando apresentaram comportamento semelhante ao da Indústria de Transformação e da economia como um todo (caso dos couros e calçados) ou muito pior ao destas (caso dos vestuários). Tampouco foram observadas melhorias significativas nos níveis de remuneração nos setores considerados (...)”. (CORDILHA, Ana Carolina. op. cit., p. 160).

¹⁹⁸ “O modelo adotado no Brasil, com renúncia fiscal e sem foco na competitividade externa, apresentou, segundo a maior parte dos estudos, um custo de oportunidade social elevado. Em outras palavras, ele não teve grande capacidade de geração de emprego, até pelo aquecimento do mercado de trabalho, que tendia a transformar em pressão salarial o aumento de demanda causado pela expansão fiscal subjacente à renúncia tributária embutida no programa”. BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 12. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

Sem embargo, quando a política foi criada, necessário lembrar que o país por pouco não vivenciava o denominado pleno emprego. Em decorrência do agravamento da crise mundial e do insucesso das políticas fiscal e econômica, o número de desempregados já supera alarmantes 12 milhões.

Soma-se a isso a possibilidade de tributação cumulativa.¹⁹⁹ No modelo adotado no Brasil, com a incidência do tributo sobre o faturamento da empresa, não se admite “*apurar crédito sobre a contribuição suportada nas aquisições de insumos produtivos, causa incidência “em cascata”, do tributo sobre ele mesmo*”.²⁰⁰

Merece destaque o estudo realizado com base no modelo do equilíbrio geral computável,²⁰¹ que conclui pela falta de efetividade da política de desoneração no curto prazo, na mesma linha dos demais estudos apresentados nesta dissertação.

No longo prazo, contudo, a política é capaz de induzir “*o aumento do emprego de 0,27%, acompanhado por uma elevação de 0,10% do PIB e 0,25% no consumo das famílias*”.²⁰² As seguintes ressalvas, porém, devem ser observadas:

¹⁹⁹ “A tributação sobre o consumo, como no caso da tributação sobre o faturamento, i.e., as vendas, por ser indireta, atinge todos os indivíduos consumidores, independentemente do nível de renda. Ou atinge as etapas intermediárias de produção (cascata), onerando ainda mais o produto final”. BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 12. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

²⁰⁰ (SILVA, Alessandro Costa da; FERNANDES, Artur Monteiro de Prado; GAMA, Filipe Nogueira da; QUARESMA, Marcus Vinicius Martins; TAKADA, Mylke. op. cit., p. 23).

²⁰¹ “Um modelo de equilíbrio geral computável pode ser definido como uma representação numérica das condições de equilíbrio de uma economia, promovidas por agentes econômicos representados por equações comportamentais. Seu propósito é converter a concepção teórica de equilíbrio geral walrasiano, formalizada nos anos 50 por Kenneth Arrow, Gerard Debreu e outros, em modelos aplicados à economia real. Com isso, modelos de equilíbrio geral, numéricos e empiricamente baseados, poderiam ser utilizados para avaliar opções concretas de políticas, já que eles proporcionam uma estrutura ideal para analisar os efeitos de mudanças políticas sobre a alocação de recursos”. (FOCHEZATTO, Adelar. Modelos de equilíbrio geral aplicados na análise de políticas fiscais: uma revisão da literatura. *Análise*, Porto Alegre, v. 16, n. 1. jan./jul 2005, p. 114).

²⁰² SOUZA, Kênia Barreio de Souza; CARDOSO, Débora Freire; DOMINGUES, Edson Paulo. op. cit., p. 117.

- (i) o aumento dos impostos sobre as importações, cujo objetivo é proteger a indústria nacional, incentiva os setores elegidos pela política, os quais reduzem a parcela de importados, contudo, leva a impactos negativos sobre a economia brasileira, pois onera a importação;
- (ii) os setores não elegidos pela política perdem vantagem competitiva, o que aumenta as importações e reduz as exportações, já que passam a se defrontar com maior custo do trabalho e maiores preços para insumos domésticos, pois a política ao mesmo tempo em que desonera a produção, pressiona os preços devido ao aumento na demanda interna para consumo e mão de obra; e
- (iii) para alguns setores e resultado sobre a economia como um todo é negativo, embora o próprio setor se beneficie, tornando a escolha dos setores ponto crucial para a eficácia da política.²⁰³

Os diversos estudos referenciados no presente trabalho demonstram que a política da desoneração não proporcionou o esperado impulso à economia dos setores beneficiados. Nesse sentido, não há sinais positivos de incremento ao emprego, tampouco de melhora no posicionamento competitivo das empresas.

Ao revés, indica-se elevado aumento do desemprego nos setores têxtil e de couro-calçados, que, em conjunto com os setores de móveis e tecnologia da informação e comunicação, foram os primeiros beneficiados pela política, o que levava a acreditar que os resultados poderiam ser bastante favoráveis. Como visto, porém, isso não aconteceu.

Mesmo que se leve em consideração os resultados no longo prazo, o estudo trazido à baila faz importantes ressalvas, em especial para os setores não beneficiados. Ponto de convergência, contudo, em todos os estudos, está no fato de que a política de desoneração demanda levantamentos mais apurados sobre seus verdadeiros resultados e impactos na economia.

²⁰³ SOUZA, Kênia Barreio de Souza; CARDOSO, Débora Freire; DOMINGUES, Edson Paulo. op. cit., p. 117.

CAPÍTULO 4 - REVISÃO CONTRATUAL EM FACE DA DESONERAÇÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO

4.1 Decisão do TCU, fundamentos e efeitos

Em 23 de outubro de 2013, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 2859-41/13 – Plenário,²⁰⁴ acolheu o pedido de representação formulado pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas –SELOG, do TCU, que apontou para a ocorrência de possíveis irregularidades no contratos administrativos celebrados com empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento, no âmbito da Administração Pública Federal.²⁰⁵

O levantamento técnico realizado pela SELOG teve como ponto de partida o trabalho desenvolvido em conjunto com a Caixa Econômica Federal (CEF),²⁰⁶ no qual a empresa pública identificara a possibilidade de redução dos valores pactuados em contratos, especialmente em relação àqueles cujo objeto demandavam significativa alocação de mão de obra, como é o caso dos contratos de *call center*.²⁰⁷

²⁰⁴ Acórdão 2859/2013 – TCU – Plenário. Processo TC-013.515/2013-6. Data da Sessão: 23/10/2013 – Ordinária. Relatoria: Ministro José Múcio Monteiro.

²⁰⁵ Parte introdutória do Acórdão 2859/2013 – TCU – Plenário:

“1. Trata-se de representação proposta por esta Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) tendo em vista possível irregularidade em diversos contratos da Administração Pública Federal (APF), qual seja, a não revisão de preços nos contratos firmados com empresas beneficiadas pelo Plano Brasil Maior, em face da desoneração da folha de pagamento para alguns setores da economia (mudança da base de cálculo para a contribuição previdenciária), nos termos do art. 7º da Lei 12.546/2011 e do art. 2º do Decreto 7.828/2012.

2. Como será demonstrado em seguida, estima-se que uma ação do TCU com vistas a corrigir pagamentos indevidos por conta da não redução dos valores contratados pela APF em virtude da supracitada desoneração pode resultar em benefícios impossíveis de serem financeiramente quantificados neste momento, mas certamente na ordem de centenas de milhões de reais”.

²⁰⁶ 11. Resumindo, os gestores da Caixa notificaram que, com lastro em sólida jurisprudência deste TCU e após a criação de grupo de trabalho específico que empreendeu diversas consultas e análises internas, está realizando a revisão dos contratos com as empresas dos setores beneficiados pela desoneração da folha de pagamento (...).”

²⁰⁷ 12. Durante a reunião, a estatal expôs sua experiência, declarando que nos contratos com maior alocação de mão de obra, como os de **call center**, a redução poderia chegar a até 16%. De uma forma geral, o banco acredita que a redução média seja de 2,5% dos valores dos contratos envolvidos, alcançando a cifra de R\$ 200 milhões, sendo que até o momento a Caixa já obteve, efetivamente, uma economia no valor aproximado de R\$ 70 milhões.

Com efeito, a metodologia adotada pela CEF consistia na readequação das planilhas de composição de custos apresentadas pelas empresas, quando da participação nos certames licitatórios. Desse modo, tão somente excluía-se da composição inicial de preços o valor correspondente ao recolhimento da contribuição previdenciária e acrescia-se a alíquota de contribuição sobre o faturamento.

Necessário esclarecer que, para as contratações de terceirização da mão de obra no âmbito da Administração Pública Federal, faz-se necessária a apresentação da planilha de composição unitária de custos, como condição obrigatória de aceitação das propostas ofertadas pelas empresas, consoante determina a Instrução Normativa 2/2008 – MPOG.²⁰⁸

Anote-se, por relevante, que a exigência de demonstração dos custos unitários é medida a ser seguida em todos os contratos administrativos, cujo objeto se reveste na prestação de serviços, consoante estabelece a Lei 8.666/93.²⁰⁹ Dessa forma, foi possível que a CEF promovesse avaliação bastante direta e objetiva em relação contratos de *call center*, haja vista que todos os custos da contratação estavam individualmente identificados.

²⁰⁸ “Art. 15 O Projeto Básico ou Termo de Referência deverá conter:

XII - o custo estimado da contratação, o valor máximo global e mensal estabelecido em decorrência da identificação dos elementos que compõem o preço dos serviços, definido da seguinte forma:

a) **por meio do preenchimento da planilha de custos e formação de preços, observados os custos dos itens referentes ao serviço**, podendo ser motivadamente dispensada naquelas contratações em que a natureza do seu objeto torne inviável ou desnecessário o detalhamento dos custos para aferição da exequibilidade dos preços praticados; (grifo nosso).

(...)

III - **o modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços**, conforme Anexo III desta Instrução Normativa, **o qual constituirá anexo do ato convocatório e deverá ser preenchido pelos proponentes;**” (grifo nosso).

²⁰⁹ “Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;”

Em outros termos, a partir de simples ajuste na planilha de preços, era possível aferir a diferença dos valores dos contratos, em decorrência da nova regra de contribuição imposta às empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento.²¹⁰

A mesma metodologia, contudo, não poderá ser utilizada com igual clareza e objetividade nos contratos cujo objeto não pode ter seu preço decomposto em unidades autônomas. Cite-se, a título exemplo, na área de tecnologia da informação, o fornecimento de *softwares* e o desenvolvimento de sistemas.

Nesses casos, pelo fato de os efeitos da desoneração poderem variar de empresa para empresa, não seria possível afirmar, com razoável grau de precisão, em que medida os custos foram afetados, diante da mudança tributária. Tal questão é essencial ao estudo proposto na dissertação, motivo pelo qual este debate será retomado à frente.

De volta ao Acórdão 2859-41/13, a SELOG alude que a CEF se valeu, para fins de fundamentação jurídica, do disposto no §5º do art. 65 da Lei 8.666/93, uma vez que, em virtude de alteração tributária, superveniente à celebração dos ajustes, e de “*comprovada repercussão nos preços contratados*”, obteve êxito na revisão de seus contratos.²¹¹

Com amparo na mesma premissa legal empregada pela CEF, a SELOG inferiu que a revisão dos contratos com empresas beneficiadas pela desoneração afigurava-se medida essencial à proteção dos recursos públicos

²¹⁰ 13. Para chegar aos números citados, a estatal revisou as planilhas de composição de custos dos seus contratos de prestação de serviços utilizando uma metodologia bastante simples: foi excluído o item ‘INSS’ do grupo ‘Encargos Sociais’, com a conseqüente redução proporcional do item ‘incidência de A sobre B’, e incluído o item ‘INSS’ no grupo ‘Tributos’, com a devida alíquota.

²¹¹ A CEF tem realizado “(...) a revisão dos contratos com as empresas dos setores beneficiados pela desoneração da folha de pagamento com base no art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993, preferencialmente por meio de acordo bilateral (art. 65, inciso II, alínea ‘d’, da Lei) ou, então, por meio de apostilamento unilateral (art. 58, inciso I e § 2º, da Lei), nos casos em que não foi possível o acordo bilateral.

despendidos no pagamento dos serviços.²¹² Em complemento, colacionou em seu relatório os seguintes precedentes do próprio Tribunal, doravante analisados.

Nesse viés, faz menção aos Acórdãos 3.663/2007 - Primeira Câmara –²¹³ e 353/2008 – Plenário,²¹⁴ nos quais houve determinação do TCU no sentido de que fossem tomadas medidas necessárias à revisão dos contratos cuja alíquota referente à contribuição do FGTS estivesse acima dos limites previstos na legislação correlata.

Salientou o Ministro Benjamin Zymler, em voto de sua relatoria, que a Lei Complementar 110/01 havia elevado a alíquota de contribuição do FGTS de 8% para 8,5%. Contudo, tal majoração era de vigência limitada ao período de 60 meses,²¹⁵ sendo que, encerrado esse interregno, a alíquota retornaria ao patamar anterior.

Sendo assim, para os contratos vigentes no momento da mudança da alíquota, deveriam ser feitas as revisões quanto aos preços pactuados. Além

²¹² 15. É certo que todos os contratos de prestação de serviços firmados pela APF com empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento deveriam ter sido revistos e ajustados aos patamares do que preceitua o art. 7º da Lei 12.546/2011 e o art. 2º do Decreto 7.828/2012, de acordo com o previsto no art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993:

²¹³ e) nos termos do art. 65, § 5º, da Lei 8.666/93, adote providências junto às empresas Juiz de Fora Empresa de Vigilância Ltda. e Sitran Empreendimentos Empresariais Ltda., no sentido de reduzir o percentual de 0,5% do adicional de FGTS cobrados no âmbito dos Contratos n.ºs 45/2004 e 17/2006, tendo em vista que esse adicional previsto no art. 2º, §2º da Lei Complementar 110/2001 foi aplicável somente até a competência dezembro/2006;

f) na renegociação acima, preveja o ressarcimento das quantias cobradas a maior a partir da competência janeiro/2007;

²¹⁴ “9.2.1. oriente os órgãos e entidades do Poder Executivo quanto ao disposto no § 2º do art. 2º da Lei Complementar 110/2001, motivo pelo qual devem:

9.2.1.1. em atenção ao § 5º, do art. 65, da Lei 8.666/93, adotar as medidas necessárias, junto aos seus contratados, para revisar para menos os valores previstos nos contratos em vigor, por conta do expurgo do adicional de FGTS eventualmente cobrado;

9.2.1.2. buscar o ressarcimento das quantias pagas a maior, a partir da competência janeiro de 2007, sempre que a relação custo/benefício assim o justificar;

9.2.1.3. orientar os entes para os quais transfiram recursos públicas federais para que adotem as mesmas providências;”

²¹⁵ Lei Complementar 110, de 29 de junho de 2001.

Art. 2º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores, à alíquota de cinco décimos por cento sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas as parcelas de que trata o art. 15 da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990.

(...)

§ 2º A contribuição será devida pelo prazo de sessenta meses, a contar de sua exigibilidade.

disso, identificada a manutenção da alíquota do FGTS, mesmo após findado o prazo da Lei Complementar 110/01, ações voltadas ao ressarcimento dos valores pagos indevidamente deveriam ser tomadas.

Já nos Acórdãos 1.996/2008-Plenário,²¹⁶ 2.063/2008-Plenário,²¹⁷ 1.210/2009-Plenário,²¹⁸ 1.453/2009-Plenário,²¹⁹ 2.500/2010-Plenário, as deliberações do TCU se deram no sentido de que fossem excluídos dos contratos administrativos os valores referentes à contribuição provisória sobre movimentação financeira²²⁰ (CPMF), em decorrência da extinção do tributo.

Assim como nas decisões sobre a mudança na alíquota do FGTS, cuja contribuição complementar de 0,5% teve sua vigência encerrada, a determinação tinha por fulcro o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos para fins de adequação aos encargos tributários efetivamente suportados pelas

²¹⁶ “9.1.2 Expurgue do valor do contrato GTEE/DTC/250/2005 o valor do saldo da previsão da extinta CPMF;”

²¹⁷ 9.1.2. nos termos do art. 65, inciso II, § 5º, da Lei 8.666/1993, reveja a composição do BDI do Contrato 12/2007, de forma que os pagamentos a serem realizados no exercício de 2008 não contemplem a incidência da CPMF, devendo, ainda, serem glosados das faturas a serem pagas à Construtora Beter S/A os valores pagos a maior, no referido exercício, em virtude da não-exclusão da mencionada contribuição do BDI da contratada;

²¹⁸ 9.4. fixar prazo de 30 (trinta) dias para que a Superintendência Regional do Dnit no Estado de Sergipe proceda o cálculo da parcela correspondente à CPMF prevista no orçamento da empresa Arteleste Construções Ltda, atinentes às medições feitas a partir de 01/01/2008, e o correspondente desconto nas faturas apresentadas após a ciência desta notificação, admitindo-se eventual encontro de contas, para fins de compensação dos valores pagos relativos ao diferencial entre a alíquota inserida no BDI da empresa (0,30%) e a alíquota vigente à época da execução do contrato (0,38%), durante o período em que se verificou a existência desse diferencial, a ser apurado pelo DNIT, comprovando perante o Tribunal a efetivação do desconto do saldo apurado, ou as providências adotadas por essa Superintendência com vistas a reavê-lo, caso não haja saldo a pagar no contrato em comento;

²¹⁹ 9.2.2. adote as providências necessárias com vista ao ressarcimento das quantias indevidamente pagas a título de CPMF a partir de 1º/01/2008, no âmbito do Contrato n. 16/2007, uma vez que a cobrança desse tributo se encerrou em 31/12/2007;

9.1.2. efetue o desconto, se ainda não o fez, nas próximas faturas referentes aos contratos acima relacionados, dos valores relativos à CPMF indevidamente pagos pelos serviços executados a partir de 1º de janeiro de 2008;

9.1.3. adote as providências necessárias ao ressarcimento das quantias indevidamente pagas a título de CPMF nos serviços executados a partir de 1º de janeiro de 2008 nos contratos de execução da Ferrovia Norte-Sul não mais vigentes;

²²⁰ Tributo criado por meio da Lei 9.311, de 24 de outubro de 1996, destinado especificamente ao custeio da Saúde Pública, do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza e da Previdência Social. Ao longo de sua vigência, até 2007, teve sua alíquota modificada algumas vezes: 0,25% em 1994; 0,20% em 1997 e 1998; e 0,38% a partir de junho de 1999. Exceção para a alíquota de 0,30% entre junho de 2000 até março de 2001.

empresas, como forma de evitar o sobrepreço nos pagamentos feitos pela Administração. De igual modo, os valores pagos a maior deveriam ser ressarcidos.

Sem embargo, os precedentes mencionados pela SELOG abordam situações nas quais as mudanças tributárias foram no sentido de alterar o encargo legal (no caso do FGTS) ou excluir o tributo (no caso da CPMF) imposto às empresas. Soma-se a isso o fato de que era possível mensurar o impacto nos preços dos contratos submetidos à auditoria do TCU.

Fácil, portanto, identificar que, em tais situações, estavam presentes todos os requisitos exigidos no §5º art. 65 da Lei 8.666/93, motivo pelo qual houve a determinação de revisão dos valores, no sentido de minorar os preços inicialmente pactuados, em razão das mudanças terem proporcionado redução nos custos de execução dos contratos administrativos.

Não obstante, ainda que o fundamento legal adotado fosse o mesmo, sua aplicação demandaria avaliação da situação em concreto, ao menos no caso do FGTS. Explica-se. Com o fim da CPMF, pôde-se perceber imediato benefício, pois sua incidência tributária ocorria no momento da efetivação das transações financeiras. Ou seja, a tributação ocorria em todos os pagamentos feitos pela Administração no âmbito dos contratos administrativos.

De fato, análise mais detida demonstra que o reequilíbrio econômico-financeiro poderia ter sido promovido em todos os contratos administrativos vigentes à época, em razão da extinção da obrigação tributária que impactava diretamente o faturamento das empresas.

Como a contribuição era imposta a todos e a partir da mesma base de cálculo, a aplicação do §5º do art. 65 da Lei 8.666/93 não exigiria, sequer, avaliação individualizada de cada um dos contratos vigentes. Assim, é possível inferir, ao menos em tese, que o reequilíbrio econômico-financeiro dar-se-ia por

meio da subtração do montante correspondente à alíquota do CPMF sobre os valores contratados, independentemente de sua natureza.

O cenário é distinto, entretanto, quando se avalia a questão atinente ao FGTS, visto que, ainda que a mudança na base cálculo tenha beneficiado todos os setores da economia,²²¹ o impacto positivo somente alcançou as empresas com quadro formal de empregados, dado que a contribuição era aplicada sobre a remuneração dos trabalhadores.

A título de ilustração, na hipótese em que apenas os sócios desempenham as atividades laborais e seus proventos estão condicionados exclusivamente à repartição de lucros, não haveria que se falar em redução direta de custos.

Logo, à luz do §5º do art. 65 da Lei 8.666/93, a variação de tributos ou encargos, per se, é requisito insuficiente à concessão do reequilíbrio econômico-financeiro, ante a ausência de comprovação do efetivo impacto no preço de determinado contrato administrativo.

Por outro lado, nos contratos em que fosse viável identificar a variação no preço advinda do fim do adicional de 0,5% do FGTS, os pressupostos legais à revisão estariam presentes, como nos casos das propostas concebidas a partir de planilha de composição unitária de custos, nas quais o valor correspondente ao FGTS e seu reflexo no preço final poderiam ser identificados de forma objetiva.

²²¹ No caso do FGTS, foram isentadas do aumento da alíquota as empresas optantes do regime do simples nacional. A majoração provisória também não alcançou as pessoas físicas, em relação aos empregados domésticos e rurais.

Lei Complementar 110, de 29 de junho de 2001.

“Art. 2º (...)

§ 1º Ficam isentas da contribuição social instituída neste artigo:

I – as empresas inscritas no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES, desde que o faturamento anual não ultrapasse o limite de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais);

II – as pessoas físicas, em relação à remuneração de empregados domésticos; e

III – as pessoas físicas, em relação à remuneração de empregados rurais, desde que sua receita bruta anual não ultrapasse o limite de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais)”.

Ainda na perspectiva da redução da alíquota do FGTS, nos contratos de fornecimento de bens, a demonstração do efetivo impacto da medida seria deveras improvável, uma vez que o encargo não incidia diretamente sobre o valor do produto ofertado, mas sim sobre os custos operacionais da empresa, com maior ou menor efeito, a depender de suas características específicas (número de funcionários, estrutura física, logística de fornecimento etc.).

Feitas essas considerações, passemos à análise do voto do Ministro Relator, José Múcio Monteiro. Nessa linha, na parte inicial, o Relator fez uma breve menção às modificações tributárias contidas na Lei 12.546/11 e no Decreto 7.828/12,²²² além de ressaltar o trabalho realizado pela CEF no sentido de promover a revisão de seus contratos.

Quanto ao ponto, à análise das normas afetas à desoneração se restringiu ao apontamento das alíquotas que passavam a compor a nova regra de tributação das empresas beneficiadas, de forma que não se identifica qualquer avaliação sobre os pressupostos que motivaram a criação da lei.

Em seguida, aduziu o Relator que a representação da SELOG era procedente, em face do reflexo da desoneração sobre os encargos sociais devidos pelas empresas. Desse modo, com a redução do custo da mão de obra utilizada na execução dos contratos, afigurava-se comprometida equação econômico-financeira inicialmente pactuada, ao menos em sede de consignação preliminar.

Ocorre que, como é cediço, a demonstração do desequilíbrio demanda avaliação caso a caso. Tal ressalva, inclusive, foi feita pelo Ministro Relator José Jorge, ao salientar que a simples substituição da alíquota da contribuição previdenciária patronal, pela alíquota sobre o faturamento, poderia

²²² Decreto 7.828, de 16 de outubro de 2012, que regulamenta a incidência da contribuição previdenciária sobre a receita devida pelas empresas de que tratam os arts. 7º a 9º da Lei 12.546/11.

gerar incongruências na revisão dos contratos, visto que a desoneração, ao contemplar determinados setores, não albergava todas as atividades desempenhadas pelas empresas beneficiadas.

Para tanto, valeu-se da orientação da Receita Federal, por meio da Solução de Consulta 38-SRRF01/Disit. No caso em questão, a empresa consulente, do setor de tecnologia da informação, desempenhava serviços correlatos a seu segmento, como também se dedicada ao varejo, atividade esta não submetida às regras da desoneração. Ante a situação apresentada, assim se manifestou a Receita Federal:

Na hipótese de empresas que se dediquem a outras atividades cumulativamente com a prestação de serviços de TI e de TIC, a base de cálculo da contribuição previdenciária de que trata o inciso II do §1º do art. 9º da Lei 12.546/2011 será o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais pela prestação de serviços em todas as atividades da empresa, observada a proporcionalidade entre a receita bruta relativa às outras atividades e a receita total.²²³

Ou seja, para fins de cálculo da contribuição previdenciária efetiva da empresa, é imperativo que sejam consideradas, mês a mês, as receitas provenientes tanto das atividades desoneradas quanto das não desoneradas. O resultado será obtido, portanto, a partir da redução do valor da contribuição a ser recolhida, ao percentual apurado da razão entre a receita bruta das atividades não desoneradas e a receita bruta total da empresa.

É possível concluir, nessa toada, que, a depender do volume da receita resultante de atividades desoneradas em relação às demais atividades, os

²²³ SOLUÇÃO DE CONSULTA 38 de 27 de Julho de 2012. Disponível em: <[http://decisoes.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?s10=&s9=NAO+DRJ/\\$.SIGL.&n=-DTPE&d=DECW&p=1&u=/netahtml/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm&r=5&f=G&l=20&s1=&s6=SC+OU+DE&s3=38&s4=Outros+Tributos+ou+Contribui%E7%F5es&s5=&s8=&s7=>](http://decisoes.fazenda.gov.br/netacgi/nph-brs?s10=&s9=NAO+DRJ/$.SIGL.&n=-DTPE&d=DECW&p=1&u=/netahtml/decisoes/decw/pesquisaSOL.htm&r=5&f=G&l=20&s1=&s6=SC+OU+DE&s3=38&s4=Outros+Tributos+ou+Contribui%E7%F5es&s5=&s8=&s7=>)>. Acesso em: 8 jan. 2017.

efeitos da desoneração serão irrisórios, ou até mesmo que a empresa passe a sofrer oneração tributária, como já havia sido observado por Barros e Afonso.²²⁴

Mais do que isso, depreende-se que a revisão dos contratos administrativos, em decorrência da desoneração, não pode ser processada a partir do mero refazimento dos cálculos das planilhas de composição dos custos dos serviços, com a substituição da alíquota da contribuição previdenciária patronal pelo tributo incidente sobre o faturamento.

É necessário, sim, que sejam analisados os efeitos da desoneração em relação ao faturamento da empresa como um todo. Caso contrário, corre-se o risco de se impor ao contratado medida gravosa no tocante à equação econômico-financeira.

Vejamos que, numa situação hipotética, determinada empresa tenha elaborado sua proposta de preços com base em planilha unitária de custos, na qual constava a alíquota do INSS em 20%. Sobrevinda a Lei da Desoneração, os valores inicialmente pactuados foram mantidos. Em momento posterior, contudo, é determinado que os valores sejam revistos, em vista da redução dos encargos da contratada.

Mesmo que tal situação esteja coberta pelos pressupostos legais contidos no §5º do art. 65 da Lei 8.666/93, se a revisão dos preços levar em consideração tão somente o impacto da desoneração no contrato analisado, *per sí*, impondo que as planilhas sejam refeitas de modo a substituir uma alíquota por outra, a empresa estaria suscetível à elevação de seus encargos tributários, haja vista que a tributação é calculada sobre o montante total faturado no período, e não com base em faturamentos individualmente considerados.

²²⁴ “Nesse sentido e interpretando as desonerações ao pé da letra, cujo significado implica em retirar imposto ou mesmo dar isenção, não houve redução generalizada de carga tributária, mas sim a troca de uma base tributária por outra. Em verdade, para alguns setores tal alteração pode ter resultado em aumento do ônus tributário, uma vez que a adoção não é facultativa, mas sim obrigatória”. (BARROS, Gabriel Leal de; AFONSO, Jose Roberto. op. cit., p. 11).

Nesse prisma, destaca-se, no voto do Ministro Relator, a menção feita à revisão do Contrato Administrativo 17/2010, cujo objeto era a prestação de serviços especializados na área de tecnologia da informação, em favor do próprio TCU. Naquela oportunidade, o benefício da desoneração foi calculado com esteio na efetiva contribuição previdenciária suportada pela empresa, a partir da média calculada no período.²²⁵

Retomando a análise do voto, decidiu o Relator, com base nesses elementos angariados pela SELOG, pela necessidade de revisão dos contratos administrativos, mediante a promoção do reequilíbrio econômico-financeiro previsto no §5º do art. 65 da Lei 8.666/93.²²⁶

Relembrou que o Tribunal já havia se decidido no mesmo sentido – Acórdão 1.165/2013 – Plenário, quando da determinação ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) que empreendesse ajustes nas tabelas referenciais de preços do Sistema de Custos Rodoviários (SICRO).²²⁷

²²⁵ Trecho do voto revisor do Acórdão 2859-41/13 – Plenário:

“Com base nesse fundamento legal, **a CTIS calculou o percentual devido, a título de Contribuição Previdenciária, mês a mês, de abril a dezembro de 2012, chegando ao percentual médio de 12,53%** (peça 2, páginas 9 e 10).

De outro giro, a contratada submeteu a sua metodologia de cálculo da Contribuição Previdenciária ao alvedrio da RFB, mediante consulta. Após análise, a Receita Federal convalidou a sua interpretação legal (peça 2, páginas 62 a 69).

Isto posto, reafirmamos nossa proposta de deferimento integral do pleito da contratada, **reduzindo-se a alíquota da rubrica ‘INSS’ dos atuais 20% para 12,53%**”.

(...) a revisão deve surtir efeitos financeiros a partir de 1º de abril de 2012, quando a Lei 12.546/11 entrou em vigor, desonerando encargos previdenciários”. (grifo nosso original).

²²⁶ “Conclui-se, então, que as partes têm assegurado o equilíbrio econômico-financeiro, que pode ser traduzido no fato de que os encargos do contratado devem estar equilibrados com a remuneração devida pela Administração Pública. As expressões grifadas desses preceitos, por seu turno, reforçam a lógica de que a revisão de preços é uma via de mão dupla, ou seja, que também pode ser invocada em benefício do contratante”.

²²⁷ 9.1. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) que:

9.1.1. manifeste-se sobre as alterações procedidas nos cálculos dos encargos sociais indicadas neste processo e avalie a possibilidade de adotar imediatamente as novas alíquotas apresentadas na Tabela 1 da instrução da unidade técnica no Sicro, disponibilizando a memória de cálculo detalhada dos referidos valores na internet;

9.1.2. inclua informação, nos relatórios gerados pelo Sicro e em sua tabela de preços de consultoria, de que o percentual de encargos sociais utilizado ainda não contempla a desoneração procedida pelas Medidas Provisórias 601/2012 e 612/2013;

9.1.3. divulgue, em conjunto com a tabela atualmente em vigor, nova tabela de preços de consultoria do DNIT utilizando percentual de encargos sociais desonerado para trabalhadores mensalistas;

9.1.4. avalie a possibilidade de implementar adaptações no atual Sicro de forma a possibilitar a

Por fim, assim conclui seu voto:

Deve ficar explicitado, ademais, que **a desoneração não ocorre para aumentar lucro, mas sim para diminuir o preço dos produtos e serviços**. Assim, caso não se reduza a remuneração, o lucro, no contrato administrativo, acaba se elevando. Ora, a Administração Pública deve se beneficiar do barateamento dos preços e serviços da mesma forma que ocorreria nas relações privadas.

(...)

Conclui-se, pois, que **há supedâneo legal e econômico para a renegociação alvitrada pela Selog**. (grifo nosso).

O Plenário do TCU, por seu turno, acolheu o voto do Relator e julgou procedente a representação proposta pela SELOG. Nesses termos, determinou:

9.2.1 nos termos do art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993, orientem os órgãos e entidades que lhes estão vinculados a adotarem as medidas necessárias à revisão dos contratos de prestação de serviços ainda vigentes, firmados com empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento, propiciada pelo art. 7º da Lei 12.546/2011 e pelo art. 2º do Decreto 7.828/2012, mediante alteração das planilhas de custo, atentando para os efeitos retroativos às datas de início da desoneração, mencionadas na legislação;

9.2.2 orientem os referidos órgãos e entidades a obterem administrativamente o ressarcimento dos valores pagos a maior (elisão do dano) em relação aos contratos de prestação de serviços já encerrados, que foram firmados com empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento, propiciada pelo art. 7º da Lei 12.546/2011 e pelo art. 2º do Decreto 7.828/2012, mediante alteração das planilhas de custo;

Ficou, portanto, a cargo dos Órgãos Centrais de Gestão do Executivo, do Legislativo e do Judiciário a definição dos contratos administrativos sujeitos ao reequilíbrio econômico-financeiro, assim como de qual seria montante

geração de relatórios com percentuais de encargos sociais diferenciados, considerando os impactos advindos das Medidas Provisórias 601/2012 e 612/2013;

9.1.5. providencie a incorporação de todas as considerações aqui elaboradas no futuro Sistema de Custos Rodoviários (Sicro-3);

aplicado. Os efeitos da decisão, contudo, estão suspensos em relação aos itens 9.2 e 9.3, em face do recebimento do pedido de reexame que fora impetrado.²²⁸

Chama especial atenção a parte final do voto. Nos termos destacados acima, o Relator afirma que a política da desoneração tinha por objetivo promover a redução dos preços dos produtos e serviços. Tal afirmação, como demonstrado no capítulo anterior, não reflete os objetivos da política.

Com efeito, a criação da Lei 12.546/11 está relacionada com o aumento de empregos, com a diminuição da formalidade e da terceirização, com a ampliação da competitividade nos mercados interno e externo e com a modernização dos setores beneficiados.

Ainda que tais resultados não tenham sido alcançados, nos termos propostos pela Lei da Desoneração, a omissão quanto aos propósitos da citada norma não foram considerados pelo Tribunal de Contas da União. Nesse viés, a análise dos impactos da lei em relação aos contratos administrativos se limitou a identificar a redução dos custos suportados pelas empresas contratadas.

Como visto, a desoneração da folha de pagamento provocou considerável renúncia de receita à União, em vista da proteção que se buscava promover a restrito grupo da atividade econômica. Sob a óptica do interesse público, parece de clara cognição que o objetivo do legislador foi proteger alguns setores da economia brasileira. Sem embargo, a própria redução da arrecadação previdenciária evidencia o caráter da medida.

²²⁸ “A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI informa aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional integrantes do SISG que foi conhecido o pedido de reexame com efeito suspensivo em relação aos itens 9.2 e 9.3 do Acórdão 2.859/2013 – Plenário, nos termos do Despacho do Relator, Ministro Raimundo Carreiro (Processo TC 013.515/2013-6)”.

Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/noticias/01-04-2015-2013-suspensao-dos-itens-9-2-e-9-3-do-acordao-no-2859-2013-tcu-plenario-desoneracao-da-folha-de-pagamento>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

Desconsiderar o Interesse Público, premissa essencial ao Direito Administrativo, como apresentado em tópico anterior, pode configurar fragilidade no conteúdo decisório, pois sua supressão demanda decisão amplamente fundamentada.

Resta saber, portanto, se, num primeiro ângulo, a redução dos encargos é a forma por meio da qual a Lei da Desoneração busca criar as condições necessárias à concretização do interesse público que a caracteriza, qual seja a criação de empregos, redução da informalidade nas relações de trabalho e melhoria das condições de competitividade de empresas de específicos setores da economia.

Num segundo ângulo, sendo afirmativa a premissa acima, necessário esclarecer se a decisão do TCU, que determinou a devolução dos recursos correspondentes ao benefício da desoneração da folha de pagamento, deveria ter identificado o interesse público e, então, afastá-lo, como condição necessária de sua eficácia.

Noutro viés, sendo possível que a TCU suprima a condição intrínseca e necessária à preservação do interesse público da Lei da Desoneração, cabe esclarecer em qual medida deveriam ser aplicados os efeitos da decisão.

Diante desse contexto, consideremos ao menos três cenários distintos, nos quais as empresas tenham sido de fato beneficiadas pela desoneração da folha, no que concerne ao impacto tributário. Ou seja, naqueles casos em que a alteração da base de cálculo da contribuição previdenciária gerou resultado financeiro positivo.

No primeiro cenário, o benefício foi refletido na direta redução dos preços dos produtos e serviços ao consumidor final. No segundo, houve o investimento na modernização e melhoria das condições produtivas da empresa.

No terceiro, parte do benefício foi utilizado na contratação de novos funcionários e a outra parte permitiu que a empresa diminuísse o preço ao consumidor final.

Perceba-se que os três cenários propostos são claramente factíveis, haja vista que a Lei da Desoneração não impôs às empresas qualquer outra contrapartida obrigatória, a não ser a de cunho tributário.

Tomando por base a decisão do TCU e os cenários acima, é possível que as empresas que investiram, no todo ou em parte, os valores resultantes do benefício da desoneração tenham que devolvê-los, caso o faturamento tenha decorrido da prestação de serviços em favor da Administração Pública.

Significa dizer que o benefício tributário não terá ocorrido ou, ao menos, o será em proporção menor, em vista da devolução do valor que lhe é respondente, em virtude da revisão contratual que se impõe como obrigatória, nos termos do acórdão em análise.

Podemos considerar, ainda, a hipótese em que duas empresas concorrentes optem por transformar o benefício financeiro, obtido a partir da desoneração da folha, em incremento da sua estrutura tecnológica e na qualificação técnica de seus funcionários, como forma de se tornarem mais competitivas.

Se o faturamento de uma delas for decorrente da execução de contratos administrativos, todo o benefício obtido terá que ser devolvido. Ao passo que a empresa que prestou seus serviços apenas no mercado privado não estará sujeita a qualquer devolução. Fosse esse o caso, apesar de ambas estarem submetidas às regras da desoneração da folha, os efeitos positivos da medida seriam sentidos por somente uma delas.

Poderíamos continuar desenhando os mais diversos cenários. Contudo, esse não é o objetivo. O que se busca demonstrar é que a decisão em comento pode gerar graves distorções no que diz respeito à alteração dos efeitos da desoneração da folha, em especial pelo fato de o Acórdão 2859-41/13 ter sido proferido quase dois anos após o início da vigência da Lei 12.546/11.

Cumpramos saber, portanto, de que maneira o interesse público estaria mais bem albergado. Na mesma toada, no âmbito da Administração Pública, a revisão dos contratos demanda, para fins de estabilidade do pactuado, a observância da boa-fé e da segurança jurídica.

É crível supor que os impactos da desoneração da folha de pagamento, em face dos contratos administrativos, carecem de estudo mais aprofundado. Ao que parece, a aplicação direta da regra de revisão prevista no §5º do art. 65 da Lei 8.666/93 impõe ônus desproporcional às empresas contratadas.

Noutra banda, caso a revisão contratual seja desconsiderada, a Administração pode deixar de ser beneficiada pelas possíveis reduções de preços dos serviços, o que não iria se conciliar com a proteção constitucional e infraconstitucional que resguarda o equilíbrio da equação econômico-financeira.

O que se vislumbra, em vista de todo exposto, é a adoção de uma terceira via, por meio de processo de renegociação das bases contratuais. Nesse viés, a revisão do contrato ocorreria após a realização de apropriado estudo técnico, no qual seriam levadas em consideração as particularidades do contrato e da empresa contratante, diante dos efeitos da desoneração da folha.

CONCLUSÃO

A questão que nos propusemos a analisar neste trabalho é a possibilidade do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, em decorrência da mudança da base de cálculo da contribuição previdenciária patronal, nos termos da Lei 12.546/2011, que instituiu a política da desoneração da folha de pagamento.

Segundo o Tribunal de Contas da União, é necessário que, nos contratos executados por empresas beneficiadas pela desoneração, sejam adotadas medidas suficientes ao ajuste das planilhas de composição de custos, de modo a retratar os encargos definidos pela Lei 12.546/2011.

Além disso, os valores pagos a maior devem ser ressarcidos pelas empresas contratadas, haja vista que a avaliação dos impactos da desoneração deve considerar o início da vigência da aludida norma. Essas determinações estão contidas no Acórdão 2859-41/13 – Plenário.

Quanto aos fundamentos adotados na decisão, é possível concluir que o dispositivo legal informado, qual seja o §5º do art. 65 da Lei 8.666/93, prevê a alteração dos valores pactuados quando da superveniência de tributo capaz de onerar o contrato. Desse modo, em rápida análise, o fundamento jurídico se mostra suficiente para embasar a decisão proferida.

Contudo, a partir de análise mais detida da decisão, permite-se afirmar que o estudo promovido pela área técnica do Tribunal – SELOG – levou em consideração, essencialmente, as revisões contratuais empreendidas pela Caixa Econômica Federal em seus contratos de *call center*.

Nota-se que, em tais contratos, as planilhas de custos indicam de forma expressa o percentual correspondente à alíquota da contribuição previdenciária. Assim, o simples ajuste dessa alíquota ao percentual e à base de

incidência definidas pela Lei da Desoneração seria suficiente para a adequação do valor do contrato.

Quanto ao método utilizado, necessária ressalva se faz em relação à incidência dos efeitos da desoneração. Nesse contexto, nos casos em que a empresa beneficiada desempenhar atividades não desoneradas, o cálculo da contribuição previdenciária deverá ser feito levando-se em conta a receita bruta total da empresa e a receita bruta das atividades desoneradas. Importante destacar que o voto do Ministro Revisor faz alusão a essa situação.

Além disso, a utilização de planilha unitária de custos, apesar da expressa previsão na Lei de Licitações (art. 7º), não é medida comum para os contratos de prestação de serviços em tecnologia da informação, cuja métrica de remuneração é definida pela unidade de serviços técnicos (UST), ou pelo ponto de função, para os casos de desenvolvimento de *software*. Nessas situações, via de regra, a proposta de preços contém apenas o valor correspondente à métrica definida no edital.

A decisão, por sua vez, não faz qualquer menção a como a Administração deverá proceder nesses casos, nem em outras situações onde há planilha de composição unitária de custos. Na verdade, cumpre aos Órgãos Centrais de Gestão, de cada um dos poderes, junto às entidades que lhes são vinculadas, a adoção das medidas para cumprimento do disposto no Acórdão 2859-41/13 – Plenário.

Nesse ponto, cabe ao solicitante do reequilíbrio econômico-financeiro o ônus de demonstrar o efetivo impacto do fato superveniente que provocou o desequilíbrio em determinado contrato. Portanto, não pode a Administração se valer de estudo genérico no intuito de implementar as determinações do TCU.

Denota-se, ainda, que o TCU avaliou de forma superficial os efeitos da desoneração em relação às empresas impactadas por suas regras. Nesse viés,

é possível inferir que, nos moldes da decisão, algumas empresas estarão suscetíveis à devolução integral do valor do benefício, quando se considera o montante do faturamento de determinado contrato administrativo. Isso pode ocorrer mesmo que tal valor tenha sido integralmente revisto ou ainda utilizado para contratação de novos funcionários.

Nota-se que a mesma decisão do TCU que visa salvaguardar o patrimônio público – a partir da determinação de promoção do reequilíbrio econômico-financeiro –, de outro lado, é capaz de gerar ônus a empresas que tão somente se valeram dos benefícios resultantes de política pública especialmente criada para fomentar a atividade econômica de setores específicos, o que permite concluir que o método precisa ser aperfeiçoado.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Dott. Antonio Giuffrè Editore, 1953.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Ratio Juris, v.16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A supremacia do interesse Público no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.); MOTTA, Paulo Roberto Ferreira; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória do professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROS, Gabriel Leal de; AFONSO, Jose Roberto. Nota técnica – *Evolução inicial da desoneração da folha salarial*. IBRE/FGV. Julho, 2013.

BARROS, Gabriel Leal de; AFONSO, Jose Roberto; PINTO, Vilma da Conceição. Nota técnica - *Avaliação setorial da desoneração da folha de salários*. IBRE/FGV. Julho 2014.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Processual Geral*, 59, Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). *Considerações sobre o Projeto de Lei 863/2015: desoneração da folha de pagamento*. Brasília/DF, abr. 2015. Disponível em: <[http://www.fazenda.gov.br/divulgacao/publicacoes/reforma-da-desoneracao-](http://www.fazenda.gov.br/divulgacao/publicacoes/reforma-da-desoneracao)

da-folha/consideracoes- sobre-o-pl-8632015-2013-desoneracao-da-folha-2013-09.04.2015/view/>. Acesso em: 2 dez. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária da Receita Federal do Brasil. *Desoneração da folha, estimativa de renúncia e metodologia de cálculo*. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/arre/RenunciaFiscal/Desoneracaodafoha.pdf>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda (MF). Secretária de Política Econômica. *Nota de análise sobre a desoneração da folha*. Abril/2015, p. 5. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/arquivos-de-noticia/desoneracao-versao-abril-2-2-1.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.

CAMMAROSANO, Márcio. Aditamentos qualitativos e quantitativos dos contratos administrativos e os limites legais. *Revista Diálogo Jurídico*: Salvador, 18, 2012.

CARÍAS, Allan R. Brewer. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

_____. Evolução do conceito de contrato administrativo. *Revista de Direito Público*, v. 51-52, 1979.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22.ed. rev., amp. e atual. até EC 52/2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO; José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALCANTI, Francisco. Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos. *Revista Acadêmica*, v. 84, 2012.

CORDILHA, Ana Carolina. *Desoneração da folha de pagamento: impactos na competição e política fiscal*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Economia, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, 2015.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Reimp. da ed. de 1987. Coimbra: Almedina, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. *Revista Diálogo Jurídico*: Salvador, 10, 2002.

DIEESE. Nota técnica – *O Projeto de Lei 863/2015 e as mudanças na desoneração da folha*. 145 – junho de 2015.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. v.1. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998.

ENTERRÍA, Eduardo García de.; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 1. ed. com notas de Agustín Gordillo. Buenos Aires: La Ley, 2006.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

FOCHEZATTO, Adelar. Modelos de equilíbrio geral aplicados na análise de políticas fiscais: uma revisão da literatura. *Análise*, Porto Alegre, v. 16, n. 1. jan./jul 2005.

FRANÇA, Álvaro Sólón de. Desoneração da folha de pagamentos desconstrói a seguridade social. *Seminário da Desoneração da Folha – ANFIP*. Realizado em 7 de julho de 2011 na Câmara Federal.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de contrato administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador*, n. 7, ago./out. 2006.

FREITAS, Carlos Eduardo de. *A desoneração da folha de pagamentos: uma aplicação do modelo de gerações sobrepostas para o Brasil*. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal de Pernambuco, CCSA, 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos salariais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 21, fev./mar./abril, Salvador, 2010.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos (*ius variandi*) no âmbito das concessões de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, 219, jan./mar. 2000, Rio de Janeiro.

_____. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e ppps: formação e metodologia para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

LEMOS, Rafael Diogo D.; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Participação popular e eficiência nas agências reguladoras: fundamentos, limites e conflitos no âmbito do direito positivo. *Constituição e Garantias de Direito*, vol. 1, ano 4, p. 18.

MARRARA, Thiago; SOUZA, André. Equilíbrio econômico-financeiro e redução tarifária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MARQUES NETO, Floriano P. Azevedo. O princípio constitucional da preservação das condições efetivas da proposta e a legislação de estabilização econômica. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 21. São Paulo, out. 1997.

_____. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Elementos de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1980.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I, 5, Salvador, agosto de 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Das licitações públicas*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NÓBREGA, Marcos. Aspectos econômicos da licitação: uma abordagem jurídica e econômica. *Revista Internacional de Contratos Públicos*, n. 2, dez/2013, p. 4

_____. A contratação integrada no regime diferenciado de contratação: inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 12, n. 45, Belo Horizonte, jan/mar 2014.

_____. Novos marcos teóricos em licitação no Brasil: olhar para além do sistema jurídico. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, 30, Salvador, abril/maio/junho de 2012.

_____. *Aspectos econômicos da licitação: uma abordagem jurídica e econômica*.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Lecciones del administración y políticas públicas*. Madrid: lustel, 2011.

PELLEGRINI, Josué; MENDES, Marcos. *O que é desoneração da folha de pagamento e quais são seus possíveis efeitos*. Instituto Braudel. Publicado em: 11/08/2014. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/08/11/o-que-e-desoneracao-da-folha-de-pagamento-e-quais-sao-seus-possiveis-efeitos/>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. *Revista de Direito Administrativo*, n. 179. Rio de Janeiro, 1990.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do direito civil*. v. III. 16. ed. rev. e atual. por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, ano 8, n. 88, Belo Horizonte, abr. 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Alessandro Costa da; FERNANDES, Artur Monteiro de Prado; GAMA, Filipe Nogueira da; QUARESMA, Marcus Vinicius Martins; TAKADA, Mylke. *Desoneração da folha de pagamento: análise e modelo alternativo*. Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC/Receita Federal do Brasil. Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação em Economia no Setor Público e Finanças Públicas. Brasília, 2015.

ROSILHO, André. O regime diferenciado de contratações/rdc e seu controle. In. SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA, Kênia Barreio de Souza; CARDOSO, Débora Freire; DOMINGUES, Edson Paulo. Medidas recentes da desoneração tributária no Brasil: uma análise de equilíbrio geral computável. *Revista Brasileira de Economia*, v. 70, 1, Rio de Janeiro, janeiro-março 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TÁCITO, Caio. Perspectivas do direito administrativo no próximo milênio. *Revista de Direito Administrativo*, 212, Rio de Janeiro, FGV, abril/junho de 1998.

_____. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, julho/setembro 1977, Rio de Janeiro.

VILE, M.J.C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indianápolis: Liberty Fund, 1998.

WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.