

## VOTO

De início, registro que os Embargos de Declaração opostos pela Associação Brasileira de Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação (Brasscom), pela Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação Software e Internet (Assespro) e pela Associação Brasileira das Empresas de Software (Abes) (Peça 384), contra o Acórdão 671/2018-TCU-Plenário (Peça 360), podem ser conhecidos, tendo em vista que os requisitos legais e regimentais previstos para a espécie estão devidamente preenchidos.

2. O Acórdão mencionado conheceu e negou provimento ao Pedido de Reexame interposto pelas responsáveis, mantendo, em seus exatos termos, os itens da deliberação **a quo**, adotada no âmbito de processo de Representação formulada pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), julgada procedente, que versou sobre possível irregularidade em diversos contratos no âmbito da Administração Pública Federal, decorrente da não revisão dos preços praticados pelas empresas beneficiadas pelo Plano Brasil Maior (PBM), que estabeleceu a desoneração da folha de pagamento para alguns setores da economia (por meio da mudança da base de cálculo da contribuição previdenciária) e expediu determinações aos órgãos jurisdicionados no sentido da revisão de preços em contratos firmados com empresas beneficiadas pelo PBM (Peça 12).

3. Em linhas gerais, as determinações constantes do Acórdão recorrido consistem na revisão dos contratos vigentes e no ressarcimento de pagamentos considerados indevidos com retroatividade até o início da vigência da norma que instituiu referida possibilidade de desoneração (art. 7º da Lei 12.546/2011, c/c art. 2º do Decreto 7.828/2012), operando mudança na sistemática de tributação da contribuição social patronal, com alteração da base de cálculo e também das alíquotas aplicáveis.

4. Os argumentos de mérito trazidos pelas embargantes buscando que este Tribunal reconheça possíveis omissões e contradições apontadas para saná-las, são, em essência, os seguintes:

a) o princípio da legalidade, como qualquer princípio, não é absoluto. O princípio da segurança jurídica surge exatamente como seu contrapeso;

b) a Administração Pública não é a única e exclusiva detentora da capacidade de atender o interesse público. No caso, o interesse público pretendido pelo Plano Brasil Maior era aquele a ser atendido pelas empresas - geração de empregos e aquecimento do mercado de TI. Ante isso, existiria omissão quanto ao fato de que o dinheiro que a Administração Pública vai tomar de volta das empresas beneficiadas (supostamente o interesse público que deve preponderar **in casu**) seria retirado diretamente do bolso do detentor do interesse primário (cidadão que foi contratado em vaga de emprego em virtude do PBM, empresa que fomentou o crescimento do mercado brasileiro e a competitividade da indústria de TI no Brasil) e colocado no bolso do detentor de interesse secundário (Administração Pública);

c) em que pese o PBM não tenha de fato revogado o art. 65 da Lei 8666/1993, é evidente que a sua incompatibilidade material com aquele dispositivo legal inviabiliza a sua aplicação no caso da desoneração sob a alcunha de legalidade estrita;

d) o entendimento que está sendo adotado é de que o benefício fiscal da desoneração foi concedido da Administração Pública à própria Administração Pública - e não às empresas e, sobretudo, aos beneficiados pelas vagas de emprego que foram criadas. “Tendo ou não sido positivo para a economia o PBM, sua intenção era clara: fomentar empregos e o desenvolvimento das indústrias desoneradas. Como o PBM poderia ter feito isso se a interpretação estapafúrdia que está sendo adotada é de que ele pretendia gerar benefícios fiscais à própria Administração Pública? O propósito confesso do PBM o torna naturalmente incompatível com esta aplicação do art. 65 da Lei 8666. Isso quer dizer que o próprio princípio da legalidade está sendo posto em confronto com o princípio da legalidade aqui, e ele justifica a inviabilidade de utilização do art. 65, § 5º, 8666 para recuperar os valores percebidos em decorrência da desoneração instituída pelo PBM”;

e) quanto aos efeitos práticos da decisão, afirmam que naturalmente ocorrerão demissões, com o encerramento das vagas de emprego que as empresas criaram entendendo que haviam ganhado. Asseguram, também, que as empresas assumiram dívidas contando com a legítima expectativa de receitas que não virão para elas, mas irão diretamente para a Administração Pública. E questionam: “Para que? Para que a Administração Pública mantenha a equação contratual inicialmente avençada. Qual é o interesse público primário e qual o interesse secundário?”;

5. Requerem, ao final, serem os representantes intimados a participar de todas as etapas processuais podendo, inclusive, auxiliar na produção das provas referentes aos fatos e consequências jurídicas noticiadas.

6. Não identifico, em relação aos argumentos apresentados, qualquer contradição e omissão passíveis de serem sanadas. O que se observa é o inconformismo das embargantes em relação ao que foi deliberado pelo Tribunal.

7. Inicialmente, vale registrar que este trabalho foi desenvolvido pela Corte de Contas atuando de maneira objetiva e em face de suas unidades jurisdicionadas. O ingresso nos autos das entidades ora embargantes, como parte interessada, a princípio, não pressupõe sucumbência e interesse recursal. O conhecimento do Pedido de Reexame, que se deu por deliberação do Plenário, seguindo manifestação do MP/TCU, à Peça 227, foi com o objetivo de possibilitar o aprofundamento das discussões sobre a matéria de desoneração da folha de pagamento decorrente de alteração da base de cálculo e das alíquotas para a contribuição previdenciária.

8. Quando da apreciação do Pedido de Reexame interposto pelas embargantes, incorporei ao meu Voto a percuciente instrução produzida pela Secretaria de Recursos (Serur) que abordou adequadamente todos os pontos que ora são trazidos nos presentes embargos.

9. Não identifiquei, na oportunidade, qualquer inconsistência nas determinações expedidas por este Tribunal e nem as considereei como constituição indevida de débitos conforme apregoados nas razões recursais do Pedido de Reexame e repetidas agora em sede de Embargos. Afirmei do Voto condutor da deliberação, acolhido pelo Plenário, não haver óbice à realização de revisão generalizada dos contratos e possíveis ressarcimentos delas advindos em razão da constatação de valores pagos em contratos vigentes ou encerrados, sem observância da nova sistemática de tributação da contribuição social patronal (item 9.2.2 e parte final do item 9.2.1 da deliberação recorrida).

10. Assegurei que esse era, inclusive, o esperado que ocorresse, ação não muito divergente de várias outras medidas de controle já realizadas por esta Corte de Contas, e que o diferencial estava unicamente no fato de que esta ação é de repercussão e materialidade significativas, o que demonstra a efetividade do controle exercido por este Tribunal quando atua objetivamente (não em casos concretos isolados) (item 32 do Voto).

11. Registrei também que era esperado que, no âmbito das unidades jurisdicionadas, o desdobramento da ação ocorresse pautada no respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, com apuração e exame em cada processo administrativo de contratação, o que, inclusive, já vem ocorrendo (item 32 do Voto).

12. Os demais pontos apresentados em sede de embargos pelas empresas Brasscom, Assespro e Abes, que transcrevi sinteticamente no item 3 deste Voto, foram abrangidos pela análise efetivada pela Secretaria de Recursos, que incorporei ao meu Voto, conforme transcrevo:

“[...] a) o legislador não se preocupou em dispor especificamente sobre os contratos públicos, ao instituir o Plano Brasil Maior, por meio da Lei 12.546/2011;

b) a Lei 12.546/2011 não revogou nem modificou nenhum dispositivo da Lei 8.666/1993, de forma que o objetivo extrafiscal do PBM não constitui óbice às determinações do Acórdão recorrido, fundamentadas nesta última;

c) de qualquer modo, não há dados que comprovem os alegados efeitos extrafiscais da desoneração da folha de pagamento;

- d) a Lei 8.666/1993 institui as normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, tema que não é tratado, em momento algum, pela Lei do PBM, que também não contém um dispositivo sequer acerca da Lei de Licitações;
- e) a Lei 12.546/2011 não é, portanto, lei específica em relação à Lei 8.666/1993;
- f) assim, as empresas abrangidas pela desoneração da folha de pagamento prevista naquela lei, ao contratar com a Administração Pública, continuam submetidas a todas as regras aplicáveis a esse tipo de contratação, notadamente a exigência de apresentação de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários (Lei 8.666/1993, art. 7º, § 2º) e a da revisão dos preços contratados, quando sofrerem comprovada repercussão por causa de alteração tributária (*ibidem*, art. 65, § 5º);
- g) portanto, a desoneração da folha de pagamento promovida pela Lei 12.546/2011, que implicou alterações na cobrança da contribuição previdenciária das empresas por ela abrangidas, é motivo para a repactuação dos preços dos contratos celebrados entre essas empresas e a Administração Pública;
- h) é possível levantar-se, caso a caso, o custo da Contribuição Previdenciária Patronal sobre a Receita Bruta (CPRB) em contratos individuais, tanto que essa medida já foi amplamente adotada pela Administração Pública Federal, de modo que a forma de incidência e o fato gerador da referida contribuição não impedem que se proceda à repactuação contratual, nos termos do art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993;
- i) mesmo que o art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993 não seja hipótese de revisão legal unilateral, não há falar em alteração facultativa no caso vertente. Caso a empresa beneficiada se recuse a repactuar os preços, em contrato vigente, este deverá ser anulado, por ilegalidade, conforme disposto no art. 49 da Lei de Licitações, e, no caso de contrato encerrado, deve-se promover o devido ressarcimento ao Erário;
- j) o princípio da segurança jurídica não pode ter maior hierarquia do que o princípio da legalidade, já que estão ambos previstos no art. 5º da Constituição, devendo ser aplicados mediante a regra de ponderação. No caso concreto, em observância ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, impõe que se privilegie o princípio da legalidade, de modo a garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos afetados, em desfavor da Administração, pela desoneração da folha de pagamento;
- k) a Lei 8.666/1993 regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, portanto, há pleno fundamento constitucional para a aplicação do art. 65, § 5º, da Lei de Licitações, notadamente tendo em vista a inexistência de conflito com a Lei 12.546/2011 e de violação ao princípio da segurança jurídica. [...]”.

13. Por fim, quanto ao argumento das recorrentes, no que tange aos efeitos práticos da decisão que poderiam trazer demissões, com o encerramento das vagas de emprego que as empresas criaram, entendendo que haveria ganho. Também em relação às dívidas que assumiram contando com a legítima expectativa de receitas que viriam para elas, mas que, agora, irão diretamente para a Administração Pública, depreendo serem ilações não acompanhadas com os estudos formais ou dados que comprovem o que foi afirmado.

14. Além disso, não se trata de contradição ou omissão da deliberação recorrida e sim, de situação futura que deverá ser aferida em sede de monitoramento da deliberação embargada, objeto da determinação constante do subitem 9.5 do Acórdão 2.859/2013 – TCU – Plenário (Peça 12) e do subitem 9.3 do Acórdão 971/2018-TCU-Plenário (Peça 360), que determinou à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) que incluía item específico, nos relatórios de gestão a serem apresentados pelas unidades jurisdicionadas, de avaliação dos reflexos da desoneração da folha de pagamento nos contratos com a Administração Pública Federal.

15. Pelas razões expostas, entendo que não merecem acolhida as alegações trazidas na peça recursal. Conforme visto, as embargantes não lograram comprovar a existência das aventadas contradições e omissões no Acórdão embargado, mas apenas se restringiram a demonstrar irresignação com o **decisum**, buscando rediscutir o mérito do feito, sendo que os Embargos de Declaração não têm essa finalidade.

16. Quanto à solicitação de vista e cópia do presente processo formulada pelo representante do Banco Nacional de Desenvolvimento Social – BNDES (Peça 419), entendo que deve ser deferido o pedido de cópia em relação às peças não sigilosas.

17. Por fim, sou de opinião que os Embargos devam ser conhecidos, por preencherem os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 34, § 1º, da Lei 8.443/1992, para, no mérito, ser a eles negado provimento.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 7 de novembro de 2018.

AROLDO CEDRAZ  
Relator