



TC 013.515/2013-6

Tipo: representação (pedido de reexame).

Unidades: Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais; Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Conselho Nacional de Justiça; Conselho Nacional do Ministério Público; Diretoria-Geral do Senado Federal; Diretoria-Geral da Câmara dos Deputados; e Secretaria-Geral de Administração do Tribunal de Contas da União.

Recorrentes: Associação Brasileira de Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação - Brasscom (06.244.855/0001-44), Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação Software e Internet - Assespro (42.581.264/0001-26) e Associação Brasileira das Empresas de Software - Abes (57.004.897/0001-49).

Advogados constituídos nos autos: Juliano Ricardo de Vasconcellos Costa Couto (OAB/DF 13802), conforme procurações às peças 191 a 193.

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Representação da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas do TCU - Selog. Não revisão de preços nos contratos firmados pela administração pública federal com empresas beneficiadas pelo Plano Brasil Maior, em face da desoneração da folha de pagamento (por meio da mudança da base de cálculo para a contribuição previdenciária). Determinações para a revisão dos contratos de prestação de serviços ainda vigentes e para o ressarcimento dos valores pagos a maior, em relação às avenças já encerradas. Pedido de reexame. Conhecimento. Argumentos desprovidos de fundamentos para deconstituir a decisão recorrida. Não provimento. Ciência aos interessados.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame contra o Acórdão 2859/2013-TCU-Plenário (peça 12), interposto por Associação Brasileira de Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação - Brasscom, Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação Software e Internet - Assespro e Associação Brasileira das Empresas de Software - Abes (peça 196). Os seguintes itens da deliberação foram questionados:



“9.2. determinar ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público que:

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;

9.2.3 no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da ciência da notificação, informem a este Tribunal sobre as medidas adotadas por seus respectivos órgãos e entidades vinculados para cumprimento das determinações acima, incluindo detalhamento específico sobre a quantidade de contratos revisados e a economia (redução de valor contratual) obtida por cada unidade;

9.3. determinar à Diretoria-Geral do Senado Federal, à Diretoria-Geral da Câmara dos Deputados e à Secretaria-Geral de Administração do Tribunal de Contas da União que adotem, no âmbito de seus contratos, a medidas indicadas nos subitens 9.2.1 e 9.2.2, acima, e que, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência da notificação, informem a este Tribunal sobre as providências adotadas, incluindo detalhamento específico sobre a quantidade de contratos revisados e a economia (redução de valor contratual) obtida;”

HISTÓRICO

2. Trata-se de representação formulada pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas - Selog, 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).

3. Em agosto de 2011, o Governo Federal lançou o Plano Brasil Maior, política industrial, tecnológica e de comércio exterior coordenada pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC.

4. Dentre as primeiras medidas anunciadas estava a desoneração da folha de pagamento para alguns setores da economia, consubstanciada por meio da MP 540/2011, com a finalidade de incentivar a formalização das relações de trabalho, de modo a garantir aos trabalhadores direitos sociais como férias, 13º salário, seguro desemprego, hora extra, etc., bem como a retomada do nível de atividade dos setores beneficiados, após a crise de 2008/2009.

5. A MP 540/2011 foi convertida na Lei 12.546/2011, sendo que a desoneração da folha de pagamento foi disciplinada nos arts. 7º a 9º da norma. Tais dispositivos sofreram diversas alterações por parte da Lei 12.715/2012 (fruto da conversão da MP 563/2012) e da MP 612/2013 (cujo prazo de vigência se encerrou em 1º/8/2013).

6. A incidência da contribuição previdenciária sobre a receita devida pelas empresas beneficiadas foi regulamentada pelo Decreto 7.828/2012, com as alterações promovidas pelo Decreto 7.877/2012.

7. Em suma, essa norma estabelecia que até 31/12/2014, em substituição às contribuições destinadas à seguridade social a cargo das empresas beneficiadas, de 20% sobre a remuneração dos



segurados (art. 22, incisos I e III, da Lei 8.212/1991), as contribuições incidiriam em alíquotas que variavam entre 1% a 2,5% sobre o valor da receita bruta dessas empresas.

8. A Medida Provisória 651, de 9/7/2014, posteriormente convertida na Lei 13.043/2014, alterou a Lei 12.546/2011, fixando essas alíquotas em 1% e 2% e excluindo qualquer previsão de término de sua vigência.

9. No âmbito das medidas de ajuste fiscal promovidas pelo atual governo, foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 863/2015, ainda em tramitação, que visa aumentar tais alíquotas para, respectivamente, 2,5% e 4,5%.

10. Em suma, restou consignado nestes autos que a desoneração da folha de pagamento, mediante a mudança da base de cálculo da contribuição previdenciária, incidente sobre o custo da mão de obra nos contratos administrativos firmados, demandaria a revisão dos termos das avenças vigentes e das já encerradas, com fundamento no art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993. Entendeu-se que a desoneração não ocorre para aumentar lucro, mas sim para diminuir o preço dos produtos e serviços. Assim, caso não se reduzisse a remuneração, o lucro, no contrato administrativo, acabaria se elevando, gerando desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor da Administração. Assim, proferiu-se o Acórdão 2859/2013-TCU-Plenário (peça 12), em que se formularam determinações para anular esse efeito, transcritas acima.

11. Inconformadas, as três associações mencionadas acima, que representam empresas vinculadas à área de tecnologia da informação e comunicação, solicitaram habilitação como interessadas nos autos, ao tempo em que interpuseram pedido de reexame, que é objeto da presente análise.

12. Antes do recurso, as determinações dos itens 9.2 e 9.3 do Acórdão 2859/2013 - Plenário já haviam sido objeto de monitoramento pela Selog, sendo que, por meio do Acórdão 1212/2014 - Plenário, foram consideradas parcialmente cumpridas, deliberando-se adicionalmente que a Secretaria de Gestão e Apoio ao Controle Externo - Segest e a Selog verificassem a oportunidade e conveniência de propor a alteração da Decisão Normativa TCU 134/2013 para que ela albergasse e tornasse efetivo o comando das referidas determinações.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

13. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 206 a 208), em que se propôs o não conhecimento do recurso, por falta de interesse recursal, haja vista não ter havido sucumbência das recorrentes. Passa-se, contudo, ao exame do mérito, tendo em vista que o recurso foi admitido pelo Exmo. Relator, Ministro Raimundo Carreiro (despacho de peça 232).

EXAME TÉCNICO

14. Delimitação

14.1. O presente recurso tem por objeto examinar:

a) o objetivo extrafiscal do PBM e suas possíveis repercussões sobre as determinações do acórdão recorrido;

b) a legalidade e constitucionalidade da aplicação do reequilíbrio econômico-financeiro previsto no art. 65, § 5º, às empresas de TI contempladas pelo PBM;

c) a legalidade e constitucionalidade da restrição do lucro das empresas de TI contempladas pelo PBM.

15. O objetivo extrafiscal do Plano Brasil Maior e suas possíveis repercussões sobre as determinações do acórdão recorrido.

15.1. Alegam os recorrentes que:

a) o PBM desonera a folha de pagamento das empresas que prestam serviços de tecnologia da informação - TI, visando à formalização das relações de trabalho e ao fomento das atividades do setor, com evidente finalidade extrafiscal.

b) as vantagens trazidas pelo PBM não obrigatoriamente geram lucros excedentes ou preços mais baratos. O plano permite que empresas nacionais se capitalizem e invistam no setor.

c) a desoneração no âmbito do DNIT, promovida pelas MPs 601/2012 e 612/2013 tinha finalidade tributária;

d) não se pode pressupor que o legislador, ao determinar a desoneração da folha de pagamento, tenha ignorado o seu impacto financeiro-orçamentário nos contratos públicos;

e) a supressão pela Administração da margem porventura advinda da desoneração significa a retirada de um resultado legalmente autorizado, sem respaldo em outra norma de mesma hierarquia. A decisão do TCU se traduz em “*dar com uma mão e retirar com a outra*”, sem respeitar a decisão política dos poderes Executivo e Legislativo Federal.

15.2. Análise:

15.3. Tributo fiscal é o que objetiva arrecadação. Já tributo extrafiscal é aquele onde a função fiscal passa para segundo plano, sobressaindo a função econômica ou social, que pode ser exercida mediante isenções, benefícios fiscais, progressividade de alíquotas, finalidades especiais, entre outros institutos.

15.4. À luz desses conceitos, é inegável que a desoneração promovida pela Lei 12.546/2011 teve finalidade extrafiscal, inserindo-se no contexto do Plano Brasil Maior, com os objetivos declarados de incrementar a formalização das relações de trabalho e fomentar a atividade dos setores beneficiados, conforme consta da exposição de motivos da MP 540/2011.

15.5. Todavia, as recorrentes não trouxeram aos autos dados que comprovem que esses objetivos tenham sido de fato atingidos nos já mais de três anos de vigência da desoneração da folha de pagamento (a MP 540/2011 entrou em vigor, no que toca à desoneração, em dezembro de 2011).

15.6. Mencionam que, de acordo com o Relatório de Acompanhamento das Medidas Sistêmicas do Plano Brasil Maior, a referida sistemática seria aferida pela verificação da elevação do percentual participativo da indústria intensiva em conhecimento (VTI da indústria de alta e média-alta tecnologia/VTI total da indústria), observando-se a meta de elevação de 30,1%, em 2009, para 31,5%, em 2014.

15.7. VTI, segundo o IBGE [“Conceitos das variáveis Seleccionadas da Atividade Industrial”, *in* <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/industria/pia/atividades/conceitos.shtm>, consultado em 6/7/2015], é o Valor da Transformação Industrial, obtido pela diferença entre o Valor Bruto da Produção Industrial - VBPI e o Custo das Operações Industriais - COI.

15.8. Ocorre que, tanto na versão mais recente do mencionado relatório, de dezembro de 2014, quanto no Balanço Executivo do PBM 2011-2014 e no Relatório técnico de Acompanhamento das Agendas Estratégicas Setoriais, de novembro de 2014 [todos disponíveis em <http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/conteudo/14>, consultado em 6/7/2015], todos editados pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC, não se encontra dado algum sobre a variação do VTI da indústria de alta e média tecnologia no período indicado.

15.9. Também na “Pesquisa Industrial - Empresa” do IBGE dos anos de 2009 [disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/industria/pia/empresas/2009/defaultempresa.shtm>, consultado em 6/7/2015], e 2013 [disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/industria/pia/empresas/2013/defaultempresa.shtm>, consultado em 6/7/2015], embora conste a VTI de diversos setores industriais, não se encontra o da indústria de alta e média-alta tecnologia.

15.10. A mesma falta de informações se verifica quanto ao pretense incremento na formalização das relações de trabalho.

15.11. Não há, portanto, dados que comprovem os alegados efeitos extrafiscais da desoneração da folha de pagamento. Tanto que, em reportagem publicada no Correio Braziliense de 13/6/2015 (Economia, p. 9), o atual Ministro da Fazenda, Joaquim Levy, declarou que *“A desoneração sobre a contribuição patronal não se traduziu em mais emprego. No geral, apenas em aumento da margem das empresas desoneradas ou daquelas que compram seus serviços.”*

15.12. Mas o principal ponto é que o legislador, ao contrário do alegado pelas recorrentes, não se preocupou em dispor especificamente sobre os contratos públicos, ao determinar a desoneração. Tanto que a Lei 12.546/2011, que a instituiu, em todas as suas versões, não fez uma referência sequer à Lei 8.666/1993. E, o que é mais importante, não abriu exceção alguma à aplicação desta última, notadamente no que se refere ao cômputo dos custos unitários das propostas.

15.13. Ao exigir a alteração das planilhas de custo dos contratos de prestação de serviços, para refletir o efeito da desoneração da folha de pagamento, o acórdão recorrido não está a retirar *“um resultado legalmente autorizado, sem respaldo em outra norma de mesma hierarquia”*, mas sim, como se examinará com maior detalhe a seguir, dando cumprimento ao disposto na Lei 8.666/1993, cujo âmbito de aplicação não foi de modo algum diminuído pela Lei 12.546/2011. Nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

“Art. 1º. (...)

§ 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

15.14. A Lei 12.546/2011, em relação à Lei 8.666/1993, não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no § 1º, mas sim do § 2º da transcrição acima, de modo que a posterior não revoga nem modifica a anterior. Assim, a configurar-se a hipótese de reequilíbrio econômico-financeiro prevista no art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993, nos casos de empresas contempladas pela desoneração, não há óbice algum a que se reduza o resultado que seria obtido pela aplicação isolada da Lei 12.546/2011.

15.15. Note-se, aliás, que pode até haver aumento do resultado, eis que, de acordo com notícia veiculada pela Câmara dos Deputados em 25/6/2015 [disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/491082-CAMARA-APROVA-PROJETO-QUE-REDUZ-DESONERACOES-E-CONCLUI-VOTACAO-DO-AJUSTE-FISCAL.html>], a desoneração não foi compensadora para nada menos que 22% das empresas enquadradas (4,6 mil), que pagariam menos imposto caso tivessem permanecido no sistema anterior de recolhimento de 20% de contribuição sobre a folha de pagamento.

15.16. As recorrentes também tentam estabelecer uma pretensa diferença entre o caso das empresas de TI e o das executoras de obras rodoviárias, cujos custos de mão de obra também foram afetados pela desoneração, por meio das Medidas Provisórias 601/2012 e 612/2013. Afirmam que o foco, no caso dessas empresas era tributário, voltado para a manutenção da competitividade externa.

15.17. Primeiro, a manutenção da competitividade externa não é um objetivo tributário, mas também extrafiscal, conforme as definições apresentadas acima. Segundo, o Acórdão 1165/2013 - Plenário, tal como o acórdão recorrido, também teve o objetivo de ajustar os preços unitários das licitações públicas, no caso, de obras rodoviárias, por meio de ajustes no Sistema de Custos Rodoviários - Sicro, mantido pelo DNIT.

15.18. Determinou-se, então, ao DNIT que leve em conta a desoneração da folha de pagamento no Sicro, que serve de referência para as licitações de obras rodoviárias:

“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 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);”

15.19. O mesmo aconteceu com a Caixa, com relação ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, cujos preços unitários norteiam as licitações de obras de construção civil promovidas pela Administração Pública. Por meio do Acórdão 261/2013 - Plenário, determinou-se à entidade que:

“1.9.1.2. inclua, nos relatórios gerados pelo Sinapi, a informação de que os percentuais de encargos sociais utilizados não contemplam a desoneração procedida pela MP 601/2012;

1.9.1.3. avalie a possibilidade de adaptações no sistema, com vistas a possibilitar que o usuário externo gere relatórios com percentuais de encargos sociais diferenciados, considerando os impactos advindos da MP 601/2012;”

15.20. Podem ser citados, adicionalmente, diversos acórdãos em que o TCU determinou a vários órgãos e entidades levar em consideração a desoneração do INSS nos encargos sociais sobre a mão de obra no levantamento de preços unitários de licitações. Nesse sentido, os Acórdãos 2293, 2603, 2618 e 2622/2013, todos do Plenário; 288, 2224, 2873 e 3443/2014, todos do Plenário; 93, 480 e 1520/2015, todos do Plenário; e 3001/2015 - 2ª Câmara. Verifica-se que se trata de entendimento já amplamente consolidado na jurisprudência desta Corte.

15.21. Ante o exposto, verifica-se que o objetivo extrafiscal do PBM não constitui óbice às determinações do acórdão recorrido, fundamentadas na Lei 8.666/1993.

16. A legalidade e constitucionalidade da aplicação do reequilíbrio econômico-financeiro previsto no art. 65, § 5º, às empresas de TI contempladas pelo PBM.

16.1. Alegam os recorrentes que:

a) a Lei 8.666/1993 é geral, enquanto o PBM é específico. A interpretação e aplicação do art. 65, § 5º, da referida lei deve ser realizada em consonância com a especificidade do PBM.

b) a aplicação do art. 65, § 5º, só será possível quando os encargos incidirem diretamente sobre o preço. Tributos como ISS/ICMS, PIS e Cofins estão diretamente associados à receita e são repassados aos preços. No entanto, a Contribuição Previdenciária Patronal sobre a Receita Bruta - CPRB não incide diretamente sobre os preços. Não há relação direta entre os empregados das contratadas e o serviço que gerará a receita correspondente.

c) em muitos contratos do setor de TI, as empresas são contratadas para prestar serviços e não para designar uma certa quantidade de funcionários para alocação integral às contratantes.

d) o PBM inova na configuração tributária, estabelecendo como fato gerador a receita bruta mensal das empresas, isto é, a universalidade dos resultados econômicos das atividades empresariais num certo período de tempo, com algumas exceções. Então, um contrato específico não pode receber o *status* de base de cálculo previdenciária.

e) o dispositivo referido não é hipótese de revisão legal unilateral.



f) o efeito retroativo da medida trazida pelo Acórdão produz clara e ilegal insegurança jurídica nos contratos.

16.2. Análise:

16.3. A Lei 8.666/1993, conforme sua ementa e art. 1º, institui as normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública previstas no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal. Para se qualificar como norma especial em face da Lei de Licitações, a Lei 12.546/2011, que instituiu o PBM, deveria tratar desse assunto, como o fazem, por exemplo, as Leis 10.520/2002 (pregão), 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações), 12.232/2010 (serviços de publicidade), 8.987/1995 e 11.079/2004 (concessões de serviços públicos). No entanto, a Lei do PBM não trata, em momento algum, das licitações e contratos da Administração Pública e não contém um dispositivo sequer acerca da Lei 8.666/1993.

16.4. A Lei 12.546/2011 não é, portanto, lei específica em relação à Lei 8.666/1993, ao contrário do que alegam as recorrentes.

16.5. Assim, as empresas abrangidas pela desoneração da folha de pagamento prevista naquela lei, ao contratar com a Administração Pública, continuam submetidas a todas as peculiaridades aplicáveis a esse tipo de contratação, entre as quais, a necessidade de licitação prévia em conformidade com as regras da Lei 8.666/1993, a participação da Administração com supremacia de poder, as cláusulas exorbitantes, que excedem as do Direito comum, o poder de alteração e rescisão unilateral atribuído à Administração e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

16.6. Obrigam-se, portanto, a participar de licitação prévia para contratar com a Administração Pública, em que é exigida a apresentação de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários (Lei 8.666/1993, art. 7º, § 2º). Com base nessas planilhas, têm garantida e, ao mesmo tempo, estão sujeitas à manutenção “*da relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste*” (Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, Malheiros Editores, 33ª Edição, 2007, pág. 216), isto é, do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos do art. 65, inc. II, “d”, e § 5º, da Lei de Licitações, que estabelece que:

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

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

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

16.7. Na lição de Marçal Justen Filho:

“O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente.

(...)

É possível (à semelhança de um balanço contábil) figurar os encargos como contrabalançados pela remuneração. Por isso se alude a ‘equilíbrio’. Os encargos equivalem à remuneração, na acepção de que se assegura que aquela plêiade de encargos corresponderá precisamente à remuneração prevista. Pode-se afirmar, em outra figuração, que os encargos são matematicamente iguais às vantagens. Daí a utilização da expressão ‘*equação econômico-financeira*’.

(...)

A equação econômico-financeira delinea-se a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então, essa equação está protegida e assegurada pelo Direito.

(...)

Uma das manifestações mais usuais da quebra da equação econômico-financeira relaciona-se com a alteração da carga tributária incidente diretamente sobre a execução da prestação objeto do contrato. A questão apresenta relevância tamanha que um dos parágrafos do art. 65 explicitamente previu que a variação da carga configura-se como causa apta a gerar efeitos jurídicos sobre o equilíbrio econômico-financeiro da contratação.”

(**Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, Dialética, 14ª edição, 2010, págs. 775 e 782).

16.8. A apresentação da proposta do licitante vencedor, da qual é parte crucial a planilha de composição de custos unitários, e sua aceitação pela Administração, delineiam, portanto, a equação econômico-financeira do contrato, ou seja, o balanço entre o conjunto dos encargos impostos ao contratado e a remuneração paga a ele pela Administração. E a lei determina expressamente que qualquer alteração tributária de comprovada repercussão nos preços contratados implica a sua revisão, para mais ou para menos.

16.9. É indubitável, portanto, que a desoneração da folha de pagamento promovida pela Lei 12.546/2011, que implicou alterações na cobrança da contribuição previdenciária das empresas dos setores por ela abrangidos, na ausência de qualquer ressalva em seu texto quanto a seus efeitos sobre as contratações públicas e na medida em que tenha repercussão sobre os preços dessas avenças, é motivo para a sua repactuação.

16.10. As recorrentes lançam mão de vários argumentos para negar que a instituição da Contribuição Previdenciária Patronal sobre a Receita Bruta - CPRB em lugar do sistema anterior de recolhimento de 20% de contribuição sobre a folha de pagamento tenha qualquer repercussão sobre os preços dos contratos públicos.

16.11. Basicamente, primeiro, porque a CPRB não incide diretamente sobre os preços. Segundo, porque não haveria relação direta entre os empregados das contratadas e o serviço que gera a receita sujeita à dita contribuição, de tal modo que um contrato específico não pode servir de base de cálculo previdenciária.

16.12. A acatar-se esse raciocínio, seria impossível substituir o custo da contribuição de 20% sobre a folha de pagamento pela CPRB nas planilhas das empresas contratadas pela Administração beneficiadas pela desoneração. Mesmo assim, o preço contratado deveria ser mantido.

16.13. Ocorre que a premissa adotada não é verdadeira. Já no acórdão recorrido, foi demonstrado que é, sim, possível levantar o custo da CPRB em contratos individuais. No respectivo relatório, cita-se o exemplo da Caixa:

“11. (...) os gestores da Caixa notificaram que (...) [a empresa] está realizando 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.

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.

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.” (Grifou-se).

16.14. No voto revisor desse mesmo acórdão, cita-se o caso da repactuação de contrato celebrado entre esta Corte e a CTIS, em que a empresa estimou a razão entre a receita bruta de atividades não abrangidas pela desoneração e a receita bruta total, chegando assim à conclusão de que o percentual médio mensal de sua contribuição previdenciária baixou de 20% para 12,53%, com a desoneração. À vista disso, reduziu-se correspondentemente o percentual da rubrica “INSS” da planilha de custos e o preço contratado.

16.15. É claro que a análise tem de ser caso a caso, dependendo do grau de alocação direta de mão de obra ao serviço contratado. A própria Lei 12.546/2011 traz dispositivo sobre a contratação de empresa para execução de serviços de TI (entre outros), por cessão de mão de obra, em que é clara a vinculação de mão de obra ao serviço, determinando que, nesse caso, “a empresa contratante deverá reter 3,5% (...) do valor bruto da nota fiscal ou da fatura de prestação de serviços.” (art. 7º, § 6º), o que torna bem fácil determinar o custo da contribuição previdenciária em cada contrato.

16.16. A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - SLTI/MPOG, em observância às determinações do acórdão recorrido, expediu orientações aos órgãos e entidades a ela vinculados sobre como proceder à revisão dos contratos firmados com empresas beneficiadas pela desoneração da folha de pagamento [vide <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/roteiro-das-orientacoes-a-serem-expedidas-pela-slti>, consultado em 6/7/2015]. Interessante a tipologia adotada pelo órgão, que demonstra objetivamente que essa revisão é inteiramente factível, desde que se leve em consideração as peculiaridades de cada caso:

“2.1. CONTRATOS VIGENTES E COM PLANILHAS DE CUSTOS, COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA;

2.2. CONTRATOS VIGENTES E SEM PLANILHAS DE CUSTOS, COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, OU SEJA, CONTRATOS CUJA UNIDADE DE MEDIDA SEJA POR PRODUTOS OU RESULTADOS;

2.3. CONTRATOS VIGENTES QUE ENVOLVAM ATIVIDADES DESONERADAS E NÃO DESONERADAS;

2.4. CONTRATOS ENCERRADOS.”

16.17. Além disso, o Acórdão 2859/2013 - Plenário já foi objeto de monitoramento por esta Corte, que concluiu, por meio do Acórdão 1212/2014 - Plenário, que as determinações dos itens 9.2 e 9.3, ora recorridas, foram cumpridas pelos diversos órgãos e entidades a quem foram dirigidas. Conforme consta do voto condutor deste último acórdão:

“5. Inicialmente, destaco que todos os órgãos tomaram as devidas providências, segundo as especificidades da estrutura de funcionamento de cada um, atinentes às medidas descritas nos referidos subitens 9.2.1 e 9.2.2 do acórdão ora objeto de monitoramento. Assim sendo, **estou de acordo com a parte inicial da proposta da Selog, transcrita no subitem 4.1 acima, de considerar cumpridas tais determinações.**” (Grifou-se).

16.18. Todas as evidências comprovam, portanto, que não há a alegada impossibilidade ou impropriedade de considerar o efeito da desoneração em cada contrato, tanto que essa providência já foi amplamente adotada pela Administração Pública Federal. Assim sendo, a forma de incidência e o fato gerador da CPRB não impedem que se proceda à repactuação contratual, nos termos do art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993. Afinal, se houve alteração tributária, representada pela instituição da CPRB, e se é possível comprovar e aferir sua repercussão sobre os preços dos contratos celebrados entre a Administração e as empresas beneficiadas, ainda que caso a caso, impõe-se a sua revisão, como determina o referido dispositivo legal.

16.19. Sobre a alegação de que esse dispositivo não é hipótese de revisão legal unilateral, valemo-nos das pertinentes observações do relatório do Ministro Relator do Acórdão 1597/2010 - Plenário:

“A Lei 8.666/1993 regulamenta o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Sobre a equação econômico-financeira, o aludido dispositivo assim dispõe:

‘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.’

Conforme se depreende do texto legal, não é correto afirmar que as cláusulas econômico-financeiras são inalteráveis. As chamadas cláusulas econômicas são aquelas que têm como propósito a remuneração do prestador de serviços e, como tal, devem ser ajustadas à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros da execução contratual, fixando a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e estabelecendo a equação financeira a ser mantida durante a execução do contrato.

Em que pese a vedação legal quanto à unilateralidade da alteração, as cláusulas econômicas podem ser modificadas, com a concordância do contratado, quando as circunstâncias assim o exigirem. O próprio texto legal excepcionou a possibilidade de alteração da equação financeira do contrato. Marçal Justen Filho (2009, p. 742) já teceu comentários acerca deste assunto:

‘A distinção entre alterações unilaterais e consensuais pode conduzir a uma conclusão incorreta. Não significa que a alteração convencional seria facultativa, enquanto a unilateral seria compulsória. É certo que a alteração unilateral imposta pela Administração tem de ser acatada pelo particular. Mas não é correto que a alteração convencional seja, em todos os casos, meramente facultativa (podendo ou não ser aceita pelas partes). Há casos em que a alteração faz-se por acordo entre as partes, mas é obrigatória, na acepção de que a Lei determina que não pode deixar de ser realizada sempre que ocorrerem certos pressupostos.’

Assim sendo, **quando as circunstâncias exigirem, as cláusulas, inclusive as econômicas, devem ser obrigatoriamente alteradas, mediante acordo entre as partes contratadas. Verifica-se que não é uma faculdade do particular aceitar a alteração contratual.**” (Grifou-se).

16.20. No mesmo sentido, o relatório do Acórdão 2733/2014 - Plenário:

“O recorrente, em última análise, não está obrigado a proceder à repactuação. Repactuação significa novo acordo de vontades, nos termos do parágrafo único do artigo 2º da Lei 8.666/1993.

Ao assinar o referido termo aditivo, o consórcio estará manifestando sua vontade em praticar os preços de mercado, compatíveis com os princípios da economicidade, da indisponibilidade do interesse público e da boa-fé contratual, mantendo-se a função social do contrato e evitando-se o enriquecimento sem causa. Dessa forma, estarão sendo saneados os vícios que malferem o contrato em análise.

Ao contrário do que infere o recorrente, a apuração de uma diferença para maior nos preços contratuais em relação àqueles de mercado não é irrelevante ao Erário. A contratação a valores superiores aos de mercado viola os princípios constitucionais da moralidade, da finalidade e da eficiência e caracteriza ofensa ao artigo 6º, inciso IX, alínea 'f', ao artigo 7º, § 2º, incisos I, II e III, ao artigo 40, inciso X, e ao artigo 43, inciso IV, todos da Lei 8.666/1993.

O voto condutor do Acórdão ora combatido já esclarece que, ao não assinar o termo aditivo, o consórcio estará dando ensejo à rescisão unilateral por parte da Administração, com base nos artigos 78, inciso XII, 79, inciso I, e 80, inciso IV, todos da Lei 8.666/1993. Entretanto, a rigor, uma vez que se trata da verificação de ilegalidades, o contrato deverá ser anulado, nos termos do artigo 49 da Lei de Licitações, como aventado na declaração de voto que acompanhou o Acórdão 2.450/2009 - Plenário.”

16.21. Diante da peremptória determinação do art. 65, § 5º, 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, em que os efeitos da irregularidade já não podem mais ser prevenidos, deve promover o devido ressarcimento ao erário, conforme determinado no acórdão recorrido.

16.22. Sobre a pretensa insegurança jurídica trazida aos contratos pelo acórdão recorrido, a Constituição Federal estabelece bem claramente que o interesse público impede que o mero transcorrer do tempo possa importar em aquisição de direitos contra a lei em prejuízo do erário, versando sobre a impossibilidade de prescrição aquisitiva dos bens públicos (art. 191, parágrafo único) e sobre as ações de ressarcimento por danos ao erário (art. 37, § 5º).

16.23. Além disso, 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 incidência da regra de ponderação – que impõe a consideração de que deve ser reduzida a esfera de aplicação de cada um dos postulados jurídicos em aparente conflito, de molde a encontrar a solução para a questão sem sacrifício de qualquer um dos princípios considerados.

16.24. No caso concreto, o 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.

16.25. Desse modo, não é razoável, nem moral e nem justo manter-se pagamentos contratuais ilegais, quando isso implica, como é o caso, a realização despesa paga por toda a sociedade. No caso, como ressaltado, deve prevalecer o princípio da legalidade em detrimento do da segurança jurídica, porque o interesse público, norte de todo o regime jurídico-administrativo, assim o exige.

17. A legalidade e constitucionalidade da restrição do lucro das empresas de TI contempladas pelo PBM

17.1. Alegam os recorrentes que:

a) A Administração não pode interpretar o resultado financeiro do contrato como empecilho à realização das funções estatais, como dispõe o Acórdão. Tal interpretação não se coaduna com interesse público, mas com interesse estatal.



b) Não há supedâneo constitucional para que a Administração Pública minore ou impeça o aumento do lucro de quem contrate com ela, eis que o contratado já teve sua proposta sagrada como compatível com os preços do mercado.

17.2. Análise:

17.3. A interpretação das recorrentes de que a revisão dos contratos afetados pela referida desoneração refletiria interesse meramente estatal, ou seja, estritamente da Administração, e não público, baseia-se no argumento de que o art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993 estaria em conflito com a Lei 12.546/2011, que instituiu a nova modalidade de tributação. No entanto, como demonstrado acima, a Lei do PBM não se refere nenhuma vez à Lei de Licitações e não traz um único dispositivo sequer que estabeleça exceção à sua aplicação, de modo que não existe o alegado conflito, a exigir suposta harmonização.

17.4. Também se demonstrou acima que atende o mais puro interesse público evitar a ocorrência de pagamentos contratuais ilegais que dão causa a dano ao erário, por não levar em conta alteração tributária com repercussão nos preços contratados desfavorável à Administração, como se procedeu no acórdão recorrido, de modo que é absolutamente improcedente essa alegação das recorrentes.

17.5. 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 à vista da demonstração acima de que isso não implica violação ao princípio da segurança jurídica, o qual, no caso, deve ceder, em juízo de ponderação, ao princípio da supremacia do interesse público.

CONCLUSÃO

18. Das análises anteriores, conclui-se que:

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.

19. Com base nessas conclusões, propõe-se o conhecimento do recurso interposto para que lhe seja denegado provimento.

20. Finalmente, é importante registrar que a Secretaria de Infraestrutura do Estado de Roraima solicitou orientações a esta Corte sobre como proceder à aplicação da desoneração da folha de pagamento, em 2015, “nas composições do BDI e orçamentos” (peça 261). Já o Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região - GO solicitou informações quanto ao efeito suspensivo determinado pelo Ministro Relator nos presentes autos (peça 281).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

21. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise do recurso de reconsideração interposto por Associação Brasileira de Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação - Brasscom, Associação das Empresas Brasileiras de Tecnologia da Informação Software e Internet - Assespro e Associação Brasileira das Empresas de Software - Abes contra o Acórdão 2859/2013-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento nos arts. 33 e 48 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 286 do RI/TCU:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) dar conhecimento aos recorrentes, ao Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região – GO, à Secretaria de Infraestrutura do Estado de Roraima e aos demais interessados da decisão que vier a ser prolatada;
- c) caso seja desprovido o recurso, comunicar à Secretaria de Infraestrutura do Estado de Roraima que informações sobre como proceder à aplicação da desoneração da folha de pagamento podem ser encontradas no sítio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no sítio <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/roteiro-das-orientacoes-a-serem-expedidas-pela-slti>.



TCU/Secretaria de Recursos/ 3ª Diretoria, em
7/7/2015.

Cláudio Neves Almeida
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 3841-5