

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVIÇOS
TERCEIRIZADOS

Autor: Thiago Anderson Zagatto

Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Diretor da Secretaria de Aquisições Logísticas (Selog) do TCU. Especialista em Auditoria Governamental. Advogado (UNB) e Engenheiro Civil (UEL). Membro da Comissão Própria de Avaliação de Pós-Graduação (CPA) do Instituto Serzedello Corrêa ISC/TCU. Membro do Conselho Editorial da Revista Forense. Professor da Pós-Graduação em Licitações na Unibrasil. Palestrante em diversos congressos, seminários eventos relacionados à gestão pública.

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVIÇOS
TERCEIRIZADOS

Resumo:

Conquanto a terceirização venha se ampliando e ganhando grande espaço nas contratações públicas nas últimas duas décadas, observa-se que a sua regulação ainda é tímida se comparada com a referente às outras modalidades de aquisições públicas. Neste artigo mostramos algumas das evidências dessa insuficiência e lançamos enfoque específico para as omissões que produzem reflexos no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

As terceirizações possuem estrutura de composição de custos, de definição de critérios de aceitabilidade de preços e de gestão contratual bastante específica. E o arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado para a análise dos pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro seguem a mesma cartilha utilizada para os demais contratos. Esse artigo pretende demonstrar como é limitada tal subsunção e a necessidade de evoluir na dogmática atinente a esse grupo específico de contratações.

Abstract:

Although outsourcing has been increasing and gaining a large space in public contracting in the last two decades, it is observed that its regulation is still timid when compared to the one referring to the other modalities of public acquisitions. In this article we show some of the evidence of this insufficiency and we launch a specific approach to the omissions that produce reflections on the economic-financial balance of public contracts.

Outsourcing has structure of cost composition, definition of criteria of price acceptability and contractual management quite specific. And the normative and jurisprudential framework used for the analysis of the requests to recompose the economic-financial balance follow the same primer used for the other contracts. This article intends to demonstrate how limited this subsumption is and the need to evolve in the dogmatics related to this specific group of contractions.

Palavras-Chave: Contrato Administrativo, Terceirização, Administração-Pública, Equilíbrio-Econômico-Financeiro, Orçamento.

Key-Words: Public Contract, Outsourcing, Public Administration, Economic-Financial balance, Budget.

Introdução

A terceirização na Administração Pública vem sofrendo rápido e intenso crescimento nas últimas duas décadas. Sua definição não é uniforme, como veremos, e pode abrigar diversas formas de vínculos entre a Administração e o particular. Trataremos aqui de um tipo específico - contratos administrativos de serviços com dedicação de mão de obra, normalmente relacionados a atividades-meio, e, no mais das vezes, contínuos.

A normatização básica do instituto remonta ao Decreto-Lei 200/1967, mas foi sobretudo na década de 90, na “proposta gerencial”, para usar os termos de Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado¹, que o fenômeno terceirizante se potencializou no serviço público, em descompasso, entretanto, com o arcabouço normativo relacionado. Dentre os regimes de execução contratual previstos na Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993), não se identifica nenhum compatível com as terceirizações². O que também se denota das regras de recebimento de objeto previstas no art. 73 e seguintes da referida Lei, que não trata das prestações contínuas e reiteradas e em que não há a entrega de um objeto ou mesmo de um serviço objetivamente avaliável – o que ocorre, por exemplo, nas contratações de profissionais de saúde, motoristas, vigilantes, agentes de apoio administrativo. Fere-se, assim, o elemento fundamental da tipicidade, que deve caracterizar todo ato estatal (SUNDFELD, 2013, p. 162).

Na mesma linha, a aplicação da teoria do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos deixa de reconhecer as especificidades desse mercado, cujas composições de custos e propostas comerciais são majoritária e detalhadamente formadas por verbas trabalhistas. Nesses tipos de contratos, ao menos no plano federal, é obrigatória a estimativa de custos por meio da elaboração de extensa planilha seguindo o modelo previsto no Anexo VII-D da Instrução Normativa 5/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG), hoje Ministério da Economia. Detalhamento também exigido pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)³. Em consequência há menor liberdade para as empresas elaborarem as suas propostas de preços. Estas são submetidas a minudente exame nas fases de classificação de propostas durante o processo licitatório, em que mesmo pequenas oscilações para mais ou para menos de determinados itens são censuradas, sendo exigido das empresas a correção sob pena de desclassificação.

Parte disso decorre da responsabilidade subsidiária da Administração por encargos trabalhistas - por força da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Para evitar a culpa por fiscalização deficiente e a conseqüente obrigação de pagar por débitos trabalhistas das empresas, a Administração vem ampliando o seu controle sobre os preços praticados, fazendo, a todo momento, um cotejo entre eles os efetivos custos das empresas.

Esse mecanismo de controle individual e rígido dos valores individuais praticados desafia os tradicionais critérios de admissibilidade e de seleção de propostas⁴ e deve reposicionar a teoria do equilíbrio econômico-financeiro nesses tipos

¹ Segundo os autores a palavra-chave da proposta gerencial era a eficiência para a superação do modelo burocrático. Constituíam-se a partir de uma proposta institucional e procedimental de intervenção na realidade a partir de uma fundamentação consequencialista. Para eles, numa visão cética do modelo adotado, ele não passou de mera retórica e não conseguiu resolver os principais problemas que assolam a Administração Pública brasileira. Em: Administração Pública e seus Fundamentos de Gestão: Eficiência, Interesse Público, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 27-33, ago. 2016.

² Segundo o art. 6º da Lei 8.666/1993, os regimes de execução contratual são: a) empreitada por preço global, b) empreitada por preço unitário, c) tarefa e d) empreitada integral, cf. art. 6º da Lei 8.666/1993². Na prática, os contratos de serviços terceirizados são encaixados na empreitada por preço unitário. Mera tentativa de alocação no regime que não parece mais inadequado.

³ Nesse sentido o Acórdão TCU 592/2010 – Plenário: “exija das empresas contratadas a apresentação da planilha de formação de preços dos serviços, com destaque para a identificação precisa dos encargos sociais e tributos incidentes sobre a mão de obra”.

⁴ Normalmente se trabalha com critérios de aceitabilidade de preços unitários e globais. O problema está em saber o que é o preço unitário – se é por unidade de serviço ou por cada rubrica que forma o valor unitário de um serviço.

de contratos sob pena de fomentar cenário de elevada incerteza e insegurança jurídica. Nasceram contratos muito menos elásticos em termos de manutenção dos valores originais. Pequenas flutuações normalmente assimiladas como risco do negócio para a empresa, aqui passam a ser objeto de pedidos de revisão.

E o grande problema está em subsumir as hipóteses de alteração a uma das modalidades de recomposição admitidas no ordenamento jurídico vigente. Nesses contratos, utiliza-se majoritariamente a repactuação, prevista no art. 12 do Decreto 9.507/2018, para as compensações das perdas inflacionárias e evoluções ordinárias dos custos. O instituto deve respeitar o princípio da anualidade – não pode reconhecer alterações com efeitos financeiros inferiores a um ano; e não deve mudar as premissas das propostas, apenas atualizar valores de acordo com o que foi considerado inicialmente. Além dela, tem-se o reequilíbrio ou revisão, aplicável com fundamento na teoria da imprevisão, originado dos fatos imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, podendo ser realizado a qualquer momento.

Ocorre que nas terceirizações, algumas alterações, como os referentes a alíquotas de tributos e encargos, salários, adicionais, e insumos de mão de obra, acontecem sem observância da anualidade, ou ainda, por razões diversas, não podem ser incluídos numa repactuação tradicional, pois alteraria as premissas das propostas. E também não cabem num reequilíbrio tradicional, pois não externam a condição essencial da imprevisibilidade, da álea econômica extraordinária e extracontratual. E se a legislação por si é lacunosa, os tribunais de contas não têm contribuído para apaziguar a situação, proferindo ora decisões intervencionistas, ora dizendo que os riscos das alterações são das empresas.

Resta assim uma lacuna para a escorreita análise do equilíbrios econômico-financeiro aplicável aos contratos administrativos de serviços com dedicação de mão de obra, normalmente relacionados a atividades-meio, e, no mais das vezes contínuos.

Considerações sobre o Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos

A teoria do equilíbrio econômico-financeiro tem origem na França, assim como a própria doutrina dos Contratos Administrativos. A lógica aplicável é a de que a relação entre encargos e remuneração do contratado deve ser mantida ao longo da execução do contrato, podendo qualquer uma das partes postular o reequilíbrio sempre que essa relação for instabilizada. Para Guimarães (2016, p. 89-108), a expressão equilíbrio econômico-financeiro denota a “proteção ao conteúdo econômico dos contratos”. Baseia-se na visão contratualista tradicional, em que o Estado possui prerrogativas, poderes extravagantes, sendo, portanto, a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro um mínimo de segurança a justificar o interesse do particular em contratar com o poder público. Entretanto, a cada dia essa visão vem cedendo espaço para a teoria privada, em busca de um contrato administrativo eficiente, com menores interferências estatais (GUIMARÃES, 2016, p. 89-108)⁵.

O fundamento básico no ordenamento jurídico brasileiro para a avocação do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos é o art. 37, XXI da Constituição Federal. Segundo o dispositivo, nas contratações realizadas entre a Administração e o particular devem ser “mantidas as condições efetivas da proposta”. Na realidade, a ideia de reequilíbrio já havia sido introduzida pela Constituição de 1967 (art. 167, II, redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969).

⁵ Porém Valle (2017, p. 9) não admite a simples substituição do paradigma da unilateralidade para o paradigma do consenso especialmente pela necessidade de compatibilização com o Estado Democrático de Direito, com o Regime Jurídico administrativo e com o interesse público.

Para Mello (2016, p. 664), o equilíbrio econômico-financeiro é a relação intangível de igualdade entre as obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e a respectiva contraprestação.

Em contratos de maior complexidade, incertezas e prazos alongados é comum a Administração elaborar uma matriz de alocação de riscos ainda na fase de planejamento da contratação. Instrumento que funciona como delimitador entre as contingências ordinárias, que estariam inclusas no pacto imutável, e as extraordinárias, que dariam azo às recomposições, Guimarães (2014, p. 322). Serviria, assim, para minimizar, de forma alguma a suprimir, as incertezas quanto às consequências dos fatos futuros.

Doutrina de escol tem debatido e feito evoluir a teoria do equilíbrio econômico-financeiro no Brasil⁶, com maior enfoque nos contratos de longo prazo, nas concessões e parcerias público-privadas. Não há, entretanto, estudo amíu de do fenômeno na sua aplicação aos contratos de prestação de serviços terceirizados. Trata-se de um campo inexplorado com a especificidade requerida, não obstante a terceirização venha se expandido forte e continuamente nas últimas duas décadas.

Considerações sobre a terceirização na Administração Pública

Da doutrina justabalhista colhe-se uma noção geral de terceirização - o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justabalhista correspondente (DELGADO, 2015, p. 474). Conquanto venha sendo praticada e intensificada no Brasil desde a primeira metade do século XX, apenas nos últimos 30 anos é que a normatização correspondente passou a ser traçada. E ainda hoje é tímida (MARTINS e RAMALHO, 1994).

O fenômeno terceirizante não é restrito ao seguimento privado, tendo a partir de meados do século passado se inserido e se ampliado na prestação de serviços públicos pelo Estado. Dentre os primeiros contornos jurídicos para o tema, temos o Decreto-Lei 200/1967 (estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa do Estado), a Lei 5.645/1970 (estabeleceu diretrizes para a classificação de cargos do serviço civil da União e das autarquias federais).

Para Mello (2016, p. 230), terceirização é o simples repasse a terceiros de atividades anteriormente desempenhadas pelo Estado. Deste modo, ela seria apenas um rótulo que englobaria diversos instrumentos jurídicos, como: concessão, permissão, delegação, contrato administrativo de obras, de prestação de serviços etc. Em verdade, o conceito atribuído ao vocábulo terceirização não é unânime. Zockun dedica um tópico de sua obra “Da Terceirização na Administração Pública” para discutir os diversos sentidos atribuídos ao termo pela doutrina (2014, p. 36).

Para o nosso fim, sem verticalizar a questão, restringimos o conceito de terceirização como sendo o contrato administrativo de prestação de serviços envolvendo dedicação de mão de obra, normalmente⁷, mas não exclusivamente, contínuo e relacionado a atividades-meio.

Um dos grandes problemas associados ao tema relaciona-se às atividades passíveis de terceirização. A condicionante fundamental está no art. 37, I, da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) – regra do concurso público; atualmente

⁶ Autores como Egon Bockmann Moreira, Fernando Vernalha Guimarães, Alexandre Santos de Aragão, Bernardo Strobel Guimarães, Carlos Ari Sundfeld, Gustavo Binenbojm, Maurício Portugal Ribeiro, Marçal Justen Filho, Vitor Rhein Schirato, entre outros, têm contribuído enormemente para o aprimoramento dos mecanismos de garantia do equilíbrio econômico-financeiro.

⁷ Diz-se normalmente porque embora a terceirização da atividade fim via contrato administrativo com empresa intermediária seja considerada ilícita, na prática ela ocorre.

regulamentada no Decreto 9.507/2018. Há também, no plano federal, a Portaria 443/2018 - MPDG, estabelecendo os serviços a serem preferencialmente objeto de execução indireta (terceirização).

Em apertado panorama, na Administração Pública a terceirização continua (ao menos no mundo do dever ser) restrita às atividades acessórias e de apoio, que não representem poder de polícia ou o império estatal, e que não estejam contempladas nos planos de cargos e salários dos respectivos órgãos/entidades contratantes⁸. Contudo, não são incomuns os descumprimentos a tais premissas. Auditorias do TCU têm detectado a contratação de atividades finalísticas a despeito da proibição legal e constitucional⁹.

Tais transgressões contribuem para o acirramento do controle na fiscalização desses tipos de contratos – já que se falha em coibir as terceirizações ilícitas, tenta-se acomodar a situação com procedimentos fiscalizatórios exaustivos a fim de garantir que os trabalhadores das empresas terceirizadas ao menos recebam os seus direitos. Doutrina majoritária postula que em vista da garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores das empresas terceirizadas, a Administração Pública tem o dever de exercer minudente fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas por parte da contratada. Nesse sentido se coloca, por exemplo, Rita Tourinho (2012, p. 95). Alguns desses instrumentos fiscalizatórios são invasivos, impõem ônus e/ou geram insegurança jurídica ao parceiro privado. E não há debate pormenor que considere esse parceiro como um sujeito de direito, à luz, inclusive, da teoria atual do contrato administrativo; assim também, a doutrina não tem estado atenta à avaliação da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência dos mecanismos de fiscalização adotados. Certo é que esse comportamento produz reflexos nos preços praticados no contrato e no seu equilíbrio econômico-financeiro.

Conquanto o art. 71 da Lei 8.666/1993 declare expressamente que a Administração não responde pelos encargos trabalhistas do contratado, o Tribunal Superior do Trabalho negava aplicação do dispositivo, considerando-o inconstitucional, o que para Cristiana Fortini e Virginia Kirchmeyer Vieira constituía “disfarçada ofensa à Súmula Vinculante n. 10 do STF” (2015, p. 37-57). Até que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 16/2007), que o dispositivo é de fato constitucional, mas que remanesce a possibilidade de a Administração ser responsabilizada por débitos trabalhistas da contratada caso evidenciada a sua conduta culposa na fiscalização do contrato administrativo. Grande parte da doutrina filiou-se a tal entendimento. Toshio Mukai (2011)¹⁰ e Leonardo de Mello Caffaro (2011)¹¹ são uns dos poucos que discordam.

Assim, a partir da ADC 16/2007, a Administração somente poderá ser responsabilizada subsidiariamente caso evidenciada a sua culpa. Tal diretriz foi incorporada à versão atual da Súmula 331 do TST, e atualmente a questão vem sendo tratada nesses termos.

Dos procedimentos de fiscalização administrativa gerados a partir da responsabilidade subsidiária

⁸ Trata-se de um resumo das possibilidades genéricas de terceirização na Administração Pública. A delimitação específica consta no Decreto 9.507/2018 e no art. 37, II, da CF/1988.

⁹ A esse respeito ver Acórdãos do TCU 718/2018 – Plenário e 109/2012 – Plenário. Sabemos que por outras formas atividades finalísticas podem ser terceirizadas, como por exemplo, pelos contratos de gestão e termos de parceria. Porém o artigo não abrange tais tipos parcerias. Retome-se, nesse aspecto, o sentido estrito de terceirização aqui adotado.

¹⁰ Em: “Supremo Derruba o Enunciado da Súmula 331 do TST”. Forum de Contratação e Gestão Pública/FCGP 110, Ano 10, Belo Horizonte, fevereiro/2011. Referência feita por Zancaner Zockun na obra Terceirização na Administração Pública. São Paulo: Malheiros. 2016, p.90.

¹¹ Importa, portanto, reafirmar que a posição da Justiça do Trabalho, na tese firmada pelo TST, vai de encontro ao reconhecimento da constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, declarado constitucional pela ADC nº 16/07 e cujo texto exclui expressamente a possibilidade de transferir encargos trabalhistas para o ente público em função dos contratos administrativos firmados mediante licitação para prestação de serviços terceirizados.

Além de questionável a responsabilização subsidiária no ordenamento jurídico vigente, ela é causa de uma série de procedimentos de fiscalização dos contratos administrativos com o intuito de aferir a regularidade na manutenção dos direitos trabalhistas dos funcionários. A exemplo, o art. 39, III, da Instrução Normativa 5/2017 – editada pelo então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, prevê a figura da “fiscalização administrativa” obrigatória nos contratos com “dedicação exclusiva de mão de obra”. Além disso, o mesmo normativo (art. 18, §1º, I e II) prevê o uso dos mecanismos acautelatórios da “conta-depósito vinculada” e do “pagamento pelo fato gerador” – que constituem descontos nas faturas dos contratados para reservar valores a serem dispendidos com o pagamento de direitos dos respectivos funcionários (por exemplo: férias, 13º salário, verbas rescisórias)¹². Partindo do pressuposto de que tais itens representam custos esporádicos para as empresas, a Administração é autorizada a pagar os respectivos valores apenas mediante a comprovação de que o evento aconteceu naquele mês ou período. Para o então MPDG, os valores retidos não representam direitos do contratado, eis que eles só nascem quando os eventos dos custos ocorrem¹³. Contudo, para nós, tais retenções assemelham-se a uma alternativa de garantia de execução contratual fora das hipóteses taxativamente previstas na Lei 8.666/1993, portanto, de licitude duvidosa. Além de não ter a sua eficiência comprovada¹⁴. Aqui tangenciamos o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de duas formas: a) as retenções serão precificadas pelas empresas; e b) os custos das parcelas retidas variam, não são uniformes, normalmente as contas-depósito vinculadas remanescem com saldos ao final dos contratos. Problemas a serem administrados na gestão dos contratos.

Além disso, tais procedimentos de fiscalização e garantia do cumprimento dos encargos trabalhistas proporcionam conhecimento mais específico a respeito dos custos incorridos pela empresa no contrato administrativo, bem como sobre as suas flutuações ao longo do tempo. O que é natural. Ocorre que do exame de regularidade trabalhista, eventualmente a fiscalização do contrato pode detectar divergências entre valores cotados pelas empresas e os por elas efetivamente suportados. Daí surge uma das problemáticas específicas do tema: muitas vezes, equivocadamente, a Administração aproveita-se do conhecimento propiciado pela fiscalização do cumprimento dos encargos, para apontar sobrepreços, cobrança de valores acima dos custos reais da empresa, entre outros. O que desafia a teoria do equilíbrio econômico-financeiro: poderia a Administração fazer tal ingerência sem desrespeitar o contrato administrativo constituído, o critério de seleção e regime de execução definidos no procedimento licitatório e, mais, ainda, os fundamentos da teoria da imprevisão?

Da estimativa e controle detalhado dos custos unitários como fonte de uma matriz de riscos da contratação

Nas terceirizações há uma dedicação muito maior ao conhecimento em detalhe da formação de preço da mão de obra associada ao contrato do que em outros tipos de contratos. Na realidade, há uma possibilidade fática muito maior

¹²As retenções referem-se a gastos pontuais das empresas, que não ocorrem todos os meses. Por exemplo, férias, 13º salário e verbas rescisórias. Ao invés de as empresas fazerem as suas provisões e reservas para custear esses eventos episódicos, a Administração opta por retê-los, descontando-os das faturas.

¹³ Em Brasil. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Pagamento pelo fato gerador / Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Secretaria de Gestão. -- Brasília: MP, 2018. (Caderno de Logística). 80 p.: il. Orientações básicas para operacionalização do Pagamento pelo Fato Gerador nos termos da alínea “b” do item 1.1 do Anexo VII-B - Diretrizes Específica para elaboração do Ato Convocatório, da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017.

¹⁴ No Acórdão TCU 2.328/2015 – Plenário foi recomendado ao então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão: “9.1.2. elabore estudo de avaliação de custo-benefício e de riscos relacionados à utilização da conta vinculada e, com base nos resultados obtidos, verifique as possibilidades de manter, ou não, o procedimento e de prever a adoção de outras formas de controle, como, por exemplo, aquelas suscitadas no Acórdão 1.214/2013-Plenário;”. Referida recomendação ainda não foi cumprida na integralidade.

também. Em contratações de outros tipos: como, por exemplo, compra de equipamentos, serviços técnicos, embora exista uma mão de obra associada à produção do equipamento e à realização do serviço, não existe tal nível de transparência e detalhamento quanto aos valores que compõem o custo da mão de obra.

Diferentemente, nas terceirizações a Administração deve elaborar o orçamento em planilhas detalhadas, nas quais conste individualmente, para cada categoria de profissional, posto de serviço, função: salário, adicionais de periculosidade, insalubridade, noturno, hora-extra, encargos previdenciários, férias, 13º salário, FGTS, verbas rescisórias, custos com a reposição dos funcionários faltosos, insumos, equipamentos e materiais, custos indiretos, tributos e lucro. Estrutura a ser observada também pelas empresas ao elaborarem as suas propostas.

Esclareça-se, a mesma obrigação de contratar com base em orçamento detalhado existe para todas as licitações (Lei 8.666/1993 – art. 7º, § 2º, II). A questão está no nível a que se desce nesse detalhamento. Obras e serviços de engenharia têm seus custos estimados tomando por base referenciais, como, por exemplo, o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), cuja utilização é prevista no Decreto 7.893/2013, art. 3º. Este fornece um valor fechado por unidade de medida de serviço – exemplo: m2 de alvenaria, m3 de concreto armado, m2 de pintura. Dentro da composição de cada um desses serviços obviamente existe um custo de mão de obra associado, entretanto não é dissecado ou questionado. Em outros tipos de contratação, como a de conserto de equipamentos de laboratório, ou de reparo em aparelhos de ar condicionado, os valores também são estimados por unidade de serviço (peças trocadas, equipamentos consertados, hora de serviço de manutenção etc.), e não se sabe o valor de cada parcela do custo da mão de obra associada aos serviços. Em consequência, eles são menos questionados, e normalmente não se envolvem em discussões atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro, salvo na ocorrência de desvios obtusos nas médias dos valores praticados.

O alto grau de exatidão exigido no detalhamento dos custos de mão de obra nas terceirizações impõe os seus percalços: a) agrega dificuldade ao processo de estimativa dos custos por parte da Administração, exigindo profundo conhecimento de direito trabalhista, previdenciário, contabilidade, afora as regras básicas do regime jurídico administrativo; b) converte processos estimativos de preços em planilhas vinculantes – os valores estimados, muitos deles como reflexos imediatos de previsões normativas, são tomados como exatos, de forma que preços diferentes apostos em propostas comerciais são recusados; c) interfere fortemente na liberdade de proposta das empresas; e, por essas razões, d) institui novos paradigmas para a análise do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, desafiando a tradicional teoria da imprevisão.

Os mecanismos de recomposição de valores e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro aplicados nos contratos administrativos de terceirização:

São três as modalidades de recomposição praticadas nas terceirizações:

a) reequilíbrio ou revisão, realizados em virtude de fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, nas ocorrências dos chamados fatos do príncipe ou da administração e ainda nas alterações unilaterais por parte da Administração. Não diferem, nas regras gerais e nos seus pressupostos, dos reequilíbrios e revisões praticados nos demais tipos de contratos administrativos. Normalmente a sua concessão dependerá de um fator

extraordinário ocorrido durante a execução do contrato. Por ser extraordinário a sua prática prescinde de previsão em contrato;

b) Reajuste *stricto sensu*: reajustamento ordinário do contrato com base em índice setorial. Decorre da aplicação do art. 3º da Lei Complementar 10.192/2001 e tem por objetivo compensar as perdas inflacionárias anuais. É aplicado aos contratos em geral, exceto nos custos relacionados à mão de obra nas terceirizações, para os quais é utilizado o instituto da repactuação, descrito no próximo tópico;

c) Repactuação: mecanismo de reajustamento ordinário que tem o mesmo objetivo do reajuste *stricto sensu*. No campo normativo, a repactuação foi prevista no Decreto 2.271/1997, art. 5º, hoje revogado pelo Decreto 9.507/2018. Além disso, o instituto está previsto na IN 5/2017 – MPDG, art. 54, e a sua utilização em contratos de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra (terceirizações para os nossos fins) vem sendo imposta pela jurisprudência do TCU¹⁵.

A partir da estabilização da economia, após a entrada em vigor do plano real, a aplicação automática de índice para reajustar os valores do contrato e permitir uma equiparação de encargos se mostrou menos eficaz do que a utilização da repactuação. A incidência automática poderia não retratar o efetivo aumento de custos, vez que estes variavam de acordo com o conteúdo e a forma de execução do pacto. Na repactuação deve-se demonstrar analiticamente a variação dos custos unitários da contratação, para que se conceda aumento apenas nos itens com alterações.

Em serviços terceirizados, muitas vezes o instrumento que dará o tom da data e do percentual de alteração dos valores contratuais será a convenção ou acordo coletivo de trabalho das categorias profissionais envolvidas na contratação.

A condicionante básica da repactuação é a de que esse instrumento não deve alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ou seja, não deve se prestar à inclusão de novos itens de custos pela empresa, mas apenas atualizar os que constavam na proposta inicial, mantendo uma linha de coerência com as premissas adotadas no momento da licitação.

Expostos os três instrumentos de recomposição, e vista a limitação do uso dos reajustes nos contratos da natureza aqui discutida, destaca-se - durante toda a vigência contratual, a manutenção do equilíbrio econômico financeiro terá de se subsumir a uma das seguintes modalidades: repactuação ou reequilíbrio/revisão. E aqui formulamos melhor o nosso problema.

Como dito, as repactuações devem a) refletir variações efetivas demonstradas analiticamente e b) não podem alterar as premissas básicas da proposta. Ao mesmo tempo, deve obedecer ao requisito básico dos mecanismos ordinários de recomposição (a anualidade), condição que inexiste apenas para os reequilíbrios.

Ocorre que no mundo do ser, ou na vivência prática dos contratos administrativos: alterações pontuais acontecem a todo momento (não respeitam a anualidade); muitas vezes essas alterações decorrem de mudanças de premissas, como,

¹⁵ No Acórdão TCU 0265-05/10 - Plenário, determinou-se ao órgão que: "(...) quando realizar repactuações de valores por meio de termo aditivo, efetue um diagnóstico analítico dos componentes do custo do contrato e pondere a real necessidade de se reajustar cada um deles, abstendo-se de simplesmente aplicar os percentuais de reajuste aos itens unitários, de forma a restabelecer o equilíbrio entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração do serviço, conforme estabelecido nos arts. 40, inciso XI; 65, inciso II, alínea "d", da Lei nº 8.666/93, e no art. 5º do Decreto nº 2.271/97". Ver também o Acórdão TCU 1488/2016 – Plenário.

por exemplo, alteração de regime tributário. Numa repactuação genuína, tal alteração não seria admitida porque a empresa estaria mudando a premissa de orçamentação, quer dizer, no momento da elaboração da proposta já deveria ter se orientado pelo regime tributário a que seria submetida no decorrer do contrato. E, nesse exemplo dado, a alteração do regime tributário também não justificaria o reequilíbrio por fato da álea extraordinária e extracontratual, porque a mudança decorre de fatos produzidos pela própria empresa, e, ademais, previsíveis. Há, portanto, uma lacuna nos mecanismos de recomposição a ser melhor delineada no ordenamento jurídico.

Tal se faz especialmente significativo porque mais e mais se detalha e se questiona os custos unitários das propostas das empresas nas terceirizações. De modo que o campo de autonomia para projetar, estabelecer médias de valores, assumindo os riscos das alterações tem sido muito reduzido para os parceiros privados. A cobrança de exatidão e minudente detalhamento nos orçamentos reduz a elasticidade das propostas, calhando num incremento das hipóteses e do número de pedidos de recomposição¹⁶. A contrapartida da Administração, contudo, não tem acompanhado tal linha evolutiva para admitir novos contornos jurídicos aos mecanismos de recomposição nas terceirizações.

As licitantes são constringidas em sua liberdade de propor, e passam a aceitar os valores estimados pela administração ou ainda a inserir os valores exatos tais como consegue comprovar no momento da licitação, sendo-lhes tolhida a capacidade de vislumbrar outros cenários ou fazer projeções futuras¹⁷. Por outro lado, não têm a segurança de que os custos alterados durante a execução contratual terão a sua recomposição autorizada pela Administração¹⁸, o que desafia o atual regime de relação jurídica pautado em bilateralidade, liberdade e negociação (SCHIRATO e BARBOSA, 2016, p. 491-503).

Além disso, e de forma incoerente e irrefletida, muitas vezes, por determinação de órgãos de controle, os contratos administrativos têm rubricas de custos excluídas¹⁹. O que dissemina ambiente de incerteza e de desrespeito à segurança jurídica, para Canotilho, princípio concretizador do Estado de Direito (2003, p. 252).

Conclusões

Os contratos administrativos de serviços terceirizados constituem um importante seguimento das contratações públicas e, inobstante, o ordenamento jurídico até hoje não fez refletir a regulamentação de aspectos fundamentais para que tais tipos de contratos sejam geridos em ambiente de estabilidade e segurança jurídica.

Especificamente, as condições, hipóteses e modalidades de recomposição de custos para esses contratos constituem ponto fundamental para a sua gestão. Entretanto, como pontuado, há lacunas, incertezas e omissões, as quais vêm sendo agravadas pela falta de reflexão dos órgãos de controle acerca da natureza específica desses tipos de contratos e da necessidade de encontrar bons fundamentos para a aplicação da teoria do equilíbrio econômico-financeiro, de maneira

¹⁶ Usamos o termo recomposição - gênero dos mecanismos de reequilíbrio - propositadamente, porque não raras as vezes os parceiros privados e os próprios gestores públicos não estão sabendo subsumir adequadamente as hipóteses de pedidos a um dos mecanismos.

¹⁷ Nesse sentido o Acórdão TCU 592/2010 - Plenário: "exija das empresas contratadas a apresentação da planilha de formação de preços dos serviços, com destaque para a identificação precisa dos encargos sociais e tributos incidentes sobre a mão de obra".

¹⁸ Acórdão TCU 2094/2010 - 2ª Câmara - ordena a comparação da planilha do pedido de repactuação com a planilha inicial para verificar a adequabilidade dos valores, ou seja, verificar se foram mantidas as premissas;

¹⁹ Acórdão TCU nº 3037/2009 - Plenário - ordenou a redução de alíquotas de tributos que considerou inadequados ao regime da empresa. Acórdão 1586/2018 - Plenário manda excluir as verbas de aviso prévio trabalhado após o primeiro ano de execução dos serviços, pois as considera não renováveis. Por outro lado o Acórdão TCU 332/2015 diz que a tributação é matéria intrínseca da empresa.

harmônica e compatível com a Constituição Federal, tanto em suas dimensões “formal quanto a material” (CLÈVE, 2000, p. 22).

Trata-se de campo a explorar pela doutrina administrativista em razão do impacto dos problemas mencionados na qualidade das relações contratuais travadas pelo Estado e na segurança jurídica dos parceiros privados e dos gestores públicos envolvidos. É necessário evoluir no pensamento sobre o regime jurídico administrativo dos contratos à luz das novas modalidades de vínculos formados pela Administração Pública, a contribuir para que o direito administrativo teorizado e dogmaticizado dialogue e seja contemporâneo com os desafios da *praxis*.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios gerais de Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BHONERT, Luciana Neves, *apud* ZOCKUN, Carolina Zancaner. Terceirização na Administração Pública. São Paulo: Malheiros. 2016, p.36.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Pagamento pelo fato gerador / Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Secretaria de Gestão. -- Brasília: MP, 2018. (Caderno de Logística). 80 p.: il. Orientações básicas para operacionalização do Pagamento pelo Fato Gerador nos termos da alínea "b" do item 1.1 do Anexo VII-B - Diretrizes Específica para elaboração do Ato Convocatório, da Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Terceirização sem calote. Manual de Atuação da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.

CAFFARO, Leonardo de Mello. A terceirização na administração pública e as consequências do atual posicionamento do supremo tribunal federal sobre a matéria – a ética administrativa e a possível atuação da advocacia pública. Revista Zênite: Terceirização – 1190/214/DEZ/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Humberto Alves; NEVES, Marcelo José das. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública em suas terceirizações: obrigações, encargo probatório e limites interpretativos. Um contributo prático aos potenciais sujeitos do processo: trabalhador, empresa terceirizada, Administração Pública e órgão jurisdicional. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 28-42, jun. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. Em Curso de Direito do Trabalho. 14ª Edição. São Paulo: LTR, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. Concessão Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria-Público-Privada e outras formas. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 27-33, ago. 2016.

GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. O gerencialismo entre eficiência e corrupção: breves reflexões sobre os percalços do desenvolvimento. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 124, jun. 2011.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Concessão de Serviço Público. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O Equilíbrio Econômico Financeiro nas concessões e pps: Formação e Metodologias 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.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Leio 8.666/1993. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Breves Considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 227, p. 106, jan-mar. 2002. *apud* DEPINÉ, Flávia Della Coleta. Concessão de Rodovias: modalidades e formas de remuneração do concessionário. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2010. (Dissertação de Mestrado).

MARTINS, Heloisa de Souza; RAMALHO, José Ricardo. Terceirização – Diversidade e Negociação no Mundo do Trabalho. São Paulo: HUCITEC/CEDI/NETS, 1994.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 33ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Renato Geraldo; MOREIRA, Egon Bockmann. O que se deve entender por contratação eficiente? Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 264, p. 125-129, fev. 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviço público. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 35-50, out./dez. 2007.

MOREIRA, Egon Bockman; MENDES, Renato Geraldo. A lógica do regime jurídico da contratação pública que precisa ser entendida por nós. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n.251, p. 5-9, jan. 2015.

RIBEIRO, Maurício Portugal. A necessidade de aperfeiçoamento da distribuição de riscos a ser prevista nos novos contratos de concessão de rodovias do estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/a-necessidade-de-aperfeicoamento-da-distribuicao-de-riscos-a-ser-prevista-nos-novos-contratos-de-concessao-de-rodovias-do-estado-de-sao-paulo/>, acesso em 29/10/2017.

SCHIRATO, Vitor Rhein; BARBOZA, Júlio César Moreia. Levando a sério a remuneração nos contratos públicos de longo prazo. 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.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos do Direito Público. 5ª ed. 4ª Tiragem. Malheiros: São Paulo, 2013.

TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contratado: a legalidade frente ao ideal de justiça. *In* Cristiana Fortini (coord.), *Terceirização na Administração Pública: Estudos em Homenagem ao Professor Pedro de Almeida Dutra*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VALIATI, Thiago Priess. O princípio constitucional da segurança jurídica nos setores de infraestrutura - a segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2016.

VALLE, Vivian Cristina Lima Lopez. Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na administração pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2017.

VIEIRA, Antonieta *et al.* *Gestão de Contratos de terceirização na Administração Pública: teoria e prática*. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VIEIRA, Virginia Kirchmeyer; FORTINI, Cristiana. A terceirização pela Administração Pública no Direito Administrativo: considerações sobre o Decreto 2.271/1997, a Instrução Normativa n. 02/08 e suas alterações, a ADC n. 16 e a nova Súmula 331 do TST. *In*: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Terceirização na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros. 2016, p.36.