



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
Procuradoria-Geral Adjunta de Consultoria de Contratos e Disciplina
Conselho de Consultoria Administrativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Parecer Referencial CCA/PGFN nº 06/2020

Parecer Referencial CCA/PGFN nº 06/2020

Parecer jurídico referencial. Termo aditivo. Contratos administrativos. Revisão contratual em razão da extinção, pela Lei nº 13.932, de 11 de dezembro de 2019, da contribuição social instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001. Aplicação do Art. 65, § 5º da Lei nº 8.666/93. Recomendações recorrentes.

- I -

1. O presente Parecer Referencial CCA/PGFN nº 06/2020 tem por objeto expor as recomendações do Conselho de Consultoria Administrativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – CCA/PGFN sobre a revisão no valor contratual em decorrência da extinção da Contribuição Social no percentual de 10% (dez por cento) sobre o FGTS devida pelos empregadores em caso de despedida sem justa causa, conforme determina o artigo 12 da Lei nº 13.932, de 11/12/2019, com efeitos a partir de 01/01/2020.

2. Inicialmente, ressalte-se que, de acordo com o artigo 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, as minutas de editais, bem como as dos contratos, acordos, convênios e outros ajustes devem ser previamente submetidas ao crivo da Consultoria Jurídica da Administração. Busca-se, assim, conferir higidez jurídica às licitações e às contratações públicas.

3. Todavia, em decorrência do elevado número de processos em matérias idênticas e recorrentes, de baixa complexidade jurídica, a Advocacia-Geral da União publicou, no dia 23 de maio de 2014, a Orientação Normativa nº 55 (ON/AGU nº 55/2014), que introduziu, no âmbito da Advocacia Pública Federal, a figura da manifestação jurídica referencial.

4. Eis o texto da ON/AGU nº 55/2014:

I – Os processos que sejam objeto de manifestação jurídica referencial, isto é, aquela que analisa todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes, estão dispensados de análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação.

II – Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços

administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

5. Da breve leitura da orientação acima transcrita, infere-se ter sido autorizada, no âmbito do referido órgão, a elaboração de manifestação jurídica referencial, definida como aquela que tem por fulcro analisar todas as questões jurídicas que envolvam matérias idênticas e recorrentes.

6. Nesta seara, convém salientar que a importância prática dessa medida reside na desnecessidade de os processos administrativos que versarem sobre matérias jurídicas idênticas às enfrentadas no parecer referencial serem submetidos à análise individualizada pela Consultoria Jurídica. Nessas hipóteses, basta que o administrador ateste, expressamente, que o caso concreto se amolda, perfeitamente, aos termos da manifestação referencial adotada.

7. Ressalte-se, neste ponto, que tal declaração deverá ser emitida pela autoridade competente, não devendo os autos serem encaminhados para o órgão consultivo deliberar se a análise individualizada se faz ou não necessária, visto que o escopo da manifestação referencial é, justamente, eliminar esse trâmite.

8. Desta feita, com base na ON AGU nº 55/2014, foi elaborada a presente manifestação jurídica referencial, contendo as principais recomendações emitidas nos pareceres elaborados pelos órgãos consultivos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no tema sobre a revisão no valor contratual em decorrência da extinção da Contribuição Social no percentual de 10% (dez por cento) sobre o FGTS devida pelos empregadores em caso de despedida sem justa causa, conforme determina o artigo 12 da Lei nº 13.932, de 11/12/2019, com efeitos a partir de 01/01/2020.

9. Assim, com base neste documento, cabe ao gestor comparar o caso concreto com o presente parecer, no intuito de fazer o distinguishing^[1], ressaltando tratar o presente caso exclusivamente de termo aditivo de revisão contratual, em contratos celebrados pela Administração em que se identifique reflexo direto nos custos e formação de preços da contratação pela inovação trazida pelo artigo 12 da Lei nº 13.932, de 11 de dezembro de 2019, que extinguiu, a partir de 01/01/2020, a contribuição social instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001.

10. Nesse sentido, a fim de proporcionar maior segurança ao administrador, elaborou-se um check-list, contendo os principais itens deste parecer, de forma que seja possível inferir se o caso concreto se enquadra aos termos da presente manifestação jurídica referencial. Caso o administrador constate que o caso dos autos, por suas características peculiares, não se amolda às hipóteses albergadas pelo parecer referencial, deverá encaminhar os autos à unidade da Procuradoria da Fazenda Nacional responsável pela análise jurídica da questão, instruídos com o checklist devidamente preenchido, observando-se os prazos para manifestação previstos no artigo 42 da Lei nº 9.784/1999 e na Portaria do Ministério da Fazenda nº 162/2016. Ressalte-se, nesse ponto, que os termos aditivos que tenham mais do que um objeto, ou seja, que versem sobre outra questão além da revisão contratual em função da extinção da contribuição social instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001, ou mesmo que haja fundada dúvida acerca de seus reflexos na contratação, deverão ser encaminhados para análise do órgão jurídico.

11. Caso parem dúvidas sobre a situação fática, ou o administrador constate que o caso dos autos, por suas características peculiares, não se amolda às hipóteses albergadas pelo parecer referencial, poderá formular consulta à unidade da Procuradoria da Fazenda Nacional competente.

12. Infere-se, portanto, que a manifestação jurídica referencial consiste, grosso modo, em parecer jurídico genérico, calcado no princípio da eficiência, destinado a balizar casos concretos cujos contornos se amoldem às premissas abstratamente analisadas pela Consultoria Jurídica.

13. Nesse diapasão, saliente-se que medidas que tenham por objetivo racionalizar a demanda e objetivar a análise de processos têm sido utilizadas, inclusive, pelo Poder Judiciário, a exemplo das súmulas vinculantes, recursos repetitivos e com repercussão geral.

14. Ressalte-se, ainda, que tal medida é considerada como salutar pelo Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União, conforme excerto abaixo transcrito:

Enunciado BPC nº 33

Embora a atividade consultiva não se confunda com as atividades da Entidade/Órgão Assessorado, o Órgão Consultivo possui importante papel no sentido de estimular a padronização e orientação geral a respeito de assuntos que despertaram ou possam despertar dúvidas jurídicas. Deste modo, é recomendável a elaboração de minutas-padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações “*in abstracto*”, a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica.

15. Igualmente, o Egrégio Tribunal de Contas da União não vislumbrou óbices para adoção de tal tipo de parecer, opinando, inclusive, pela viabilidade da utilização de manifestações jurídicas referenciais, desde que “envolvam matéria comprovadamente idêntica e sejam completos, amplos e abranjam todas as questões jurídicas pertinentes”, *in verbis*:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, c/c os arts. 277, inciso III, 282 e 287, § 1º do RITCU, em:

9.1. conhecer dos presentes embargos de declaração, para, no mérito, negar-lhes provimento;
9.2. informar à Advocacia-Geral da União que o entendimento do TCU quanto à emissão de pareceres jurídicos sobre as minutas de editais licitatórios e de outros documentos, nos termos do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993, referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados pelo Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e que seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes, cumprindo as exigências indicadas na Orientação Normativa AGU nº 55, de 2014, esclarecendo-a, ainda, de que a presente informação é prestada diante da estrita análise do caso concreto apreciado nestes autos, não se constituindo na efetiva apreciação da regularidade da aludida orientação normativa, em si mesma; e 9.3. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, ao embargante.

(...)

Desse modo, a despeito de não pairar obscuridade sobre o Acórdão ora embargado, pode-se esclarecer à AGU que o entendimento do TCU referenciado nos Acórdãos 748/2011 e 1.944/2014, ambos prolatados por este Plenário, não impede a utilização, pelos órgãos e entidades da administração pública federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolvam matéria comprovadamente idêntica e sejam completos, amplos e abranjam todas as questões jurídicas pertinentes.

(Acórdão nº 2674/2014)

16. Superada a questão da possibilidade jurídica de utilização de manifestações jurídicas referenciais, passa-se à análise dos requisitos previstos pela ON/AGU nº 55/2014 para emissão desse tipo de parecer.

17. Inicialmente, observa-se que a ON/AGU nº 55/2014 determinou, em linhas gerais, que a edição de manifestações jurídicas referenciais depende da comprovação de dois requisitos, a saber: (i) do volume de processos em matérias idênticas e recorrentes, que deve impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e (ii) da simplicidade da atuação da assessoria jurídica nos casos analisados, que se deve restringir à verificação do atendimento das exigências legais, a partir da conferência de documentos.

18. No que tange ao primeiro requisito, é patente que os processos administrativos que versam sobre contratações com dedicação exclusiva de mão de obra representam uma parcela considerável dos procedimentos que tramitam, anualmente, pelas unidades atendidas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

19. Outrossim, tais processos, quando submetidos à distribuição, em que pese sua baixa complexidade técnica, impactam a atuação dos procuradores que atuam na área do consultivo administrativo, visto que acabam por exigir a devida atenção, dificultando, assim, a maior dedicação de tais servidores no que se refere à orientação jurídica dos órgãos, seja por meio da elaboração de um leque maior de minutas-padrão de editais, seja por meio da solução das dúvidas jurídicas que diariamente acometem os gestores e que devem ser sanadas com a maior brevidade possível.

20. Quanto ao segundo requisito, constata-se que o campo de atuação desta Consultoria Jurídica, no que tange à análise de processos que versem sobre a revisão no valor contratual em decorrência da extinção da Contribuição Social no percentual de 10% (dez por cento) sobre o FGTS devida pelos empregadores em caso de despedida sem justa causa, conforme determina o artigo 12 da Lei nº 13.932, de 11/12/2019, limita-se à conferência de atos normativos, documentos e declarações acostados aos autos pelos órgãos, não havendo, via de regra, necessidade de análise individualizada e pormenorizada de cada um desses processos.

21. Há de se ressaltar, por oportuno, que fogem à análise desta Consultoria Jurídica, por serem matéria estranha à sua competência, a realização ou conferência de cálculos sob o impacto da desoneração fiscal, sobre os preços contratados.

22. Pelo até agora exposto, verifica-se que a análise jurídica de processos administrativos encaminhados para a apreciação de termos aditivos que objetivam tal revisão no valor contratual em decorrência da Lei nº 13.932/19, amolda-se, perfeitamente, às diretrizes veiculadas pela ON/AGU nº 55/2014.

- II - Da revisão contratual

23. É sabido que, no âmbito da gestão contratual, existem diversos institutos que visam à manutenção da equação econômico-financeira dos contratos celebrados pela Administração. Durante a sua vigência, atos/fatos jurídicos, decorrentes da álea ordinária ou extraordinária, podem ocasionar a perda da equivalência inicial entre os encargos assumidos pela empresa contratada e a retribuição devida pela Administração contratante.

24. Nesse sentido, em obediência ao mandamento constitucional (artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal^[2]), a doutrina e jurisprudência buscaram classificar as formas de modificação dos valores contratuais, pelas hipóteses expressamente previstas na legislação em regência, com a conceituação dos institutos da revisão, reajuste e repactuação contratual. Veja o que diz o Egrégio Tribunal de Contas da União:

25. Os argumentos analisados não elidem a irregular alteração de preços. Em breve síntese, as alterações de preço podem ocorrer de três formas: reajuste de preço, repactuação de preço ou revisão de preço.
26. Reajuste de preço é a alteração do valor inicial do contrato, destinado à preservação de seu valor real, devendo ser formalizado mediante simples apostilamento, conforme artigo 65, § 8º da Lei de Licitações. A periodicidade do reajustamento de preços é cláusula obrigatória do contrato, nos termos do artigo 55, inciso III, da Lei 8.666/1993. É admitida a utilização de índices setoriais ou específicos para o contrato, consoante artigo 40, inciso IX, do mesmo diploma.
27. Veja-se que a cláusula de reajuste não é imutável, podendo ser alterada quando se verificar inadequada para assegurar a intangibilidade da equação econômico-financeira, como salientado pelo Acórdão TCU 313/2002-Plenário.
28. A repactuação de preços, por sua vez, consiste na modificação de valor de maneira pactuada entre as partes, não vinculada a índices prévios, para utilização nos contratos de serviços continuados com base no artigo 57, inciso II, da LLC.
- (...)
34. Por fim, há as formas de reequilíbrio econômico-financeiro, também denominado de e revisão de preços ou de recomposição de preços. Mostram-se necessárias quando ocorre fato imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis, após a definição dos preços. Os contratos poderão ser alterados na hipótese de fato do príncipe, de fato da administração, de caso fortuito e de força maior, para restabelecer a relação que as partes estabeleceram inicialmente, de modo a manter o equilíbrio econômico financeiro inicial da avença, consoante artigo 65, inciso II, da Lei 8.666/1993. (Acórdão nº 3011/2014 - Plenário).

25. Interessa-nos o instituto da revisão, que na definição de Flávio Amaral Garcia^[3] “implica a ocorrência de algum fato extraordinário e superveniente que desequilibra excessivamente a relação de equivalência entre os encargos do contratado e a remuneração, impondo o reestabelecimento da equação econômica posta no início da relação contratual.”

26. Assim, o presente parecer propõe orientações acerca da formalização de termos aditivos aos contratos administrativos firmados no âmbito do Ministério da Economia, nas hipóteses em que revisão no valor contratual em decorrência da extinção da Contribuição Social no percentual de 10% (dez por cento) sobre o FGTS devida pelos empregadores em caso de despedida sem justa causa, conforme determina o artigo 12 da Lei nº 13.932, de 11/12/2019, com efeitos a partir de 01/01/2020.

27. Observa-se, no presente caso, a necessária aplicação e observância da regra do § 5º do artigo 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que possui a seguinte redação:

Art 65

(...)

§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.”

28. Sobre o assunto, Marçal Justen Filho ensina o seguinte^[4]:

“O § 5º (art. 65) alude, expressamente, à instituição ou supressão de tributos ou encargos legais como causa de revisão dos valores contratuais. O dispositivo seria desnecessário mas é interessante a expressa determinação legal. O fato causador do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro por ser a instituição de exações fiscais que onerem de modo específico, o cumprimento da prestação pelo particular. Assim, por exemplo, imagine-se a criação de contribuição previdenciária sobre o preço de comercialização de um certo produto agrícola. O fornecedor da Administração Pública terá de arcar com o pagamento de uma nova contribuição, a qual inexistia no momento da formulação da proposta. É necessário, porém, um vínculo direto entre encargo e a

prestação. Por isso, a lei que aumentar a alíquota do imposto de renda não justificará alteração do valor contratual. O imposto de renda incide sobre resultado das atividades empresariais, consideradas globalmente (lucro tributável). O valor percebido pelo particular será sujeito, juntamente com o resultado das atividades, à incidência tributária. Se a alíquota for elevada, o lucro final poderá ser inferior. Mas não haverá relação direta de causalidade que caracterize rompimento do equilíbrio econômico-financeiro.”

29. Vejamos também a lição de Leon Frejda Szklarowsky[5]:

“A instituição, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, bem como a superveniência de disposições legais, se ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão, nos preços, implicarão a revisão do contrato, para mais ou para menos, conforme o caso. Não se trata de mera faculdade, como poderia parecer, em singela análise. O legislador, certamente, posicionou esta hipótese, isoladamente, para chamar a atenção, em virtude de sua importância e, tal qual, no caso de alteração unilateral do contrato (§ 6º do artigo 65), o legislador impõe (usa o verbo implicar, que significa importar, trazer como consequência, provocar, originar, causar - Dicionário Aurélio), a revisão, para mais ou para menos, conforme o caso. Em consequência, a Administração é obrigada a fazer a revisão, se houver, por exemplo, a extinção ou alteração, para menos, de encargos ou de tributos, já que, omitindo-se, estará causando prejuízos para o Erário ou para a entidade respectiva. Deverá, então, por meio dessa alteração, diminuir o valor do contrato. É uma ordem - um poder - dever, não uma faculdade. O artigo 82 é cristalino, quando dispõe que os agentes que praticarem atos em desacordo com os preceitos da lei, sob estudo, sujeitam-se às sanções previstas na referida lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das sanções civis e criminais. A norma não trata da omissão, mas esta não pode ser excluída e o artigo 113 autoriza não só o contratado, mas também o licitante, pessoa física ou jurídica, representar ao Tribunal de Contas e aos órgãos de controle interno contra irregularidade, na aplicação da lei.”

30. Jessé Torres Pereira Júnior[6] esclarece que “típico fato do príncipe é a criação, alteração ou a extinção de tributos ou de encargos legais, bem assim a instituição de regimes legais. Se o fato ocorrer 1º, após a data da apresentação das propostas pelos licitantes habilitados, e 2º, influir sobre os preços contratados (quase sempre para agravá-los, porém há de considerar-se a possibilidade, remota embora, de desonerá-los), a Administração estará obrigada a rever os preços, elevando-os ou reduzindo-os, de acordo com a repercussão advinda do fato do príncipe.”

31. As hipóteses de modificação contratual com fundamento no inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993 expressam a necessidade de haver “*acordo das partes*” para a sua consecução. Dentre essas, identifica-se a alínea “d”, que estabelece a previsão de alteração diante de “*fato do príncipe*”, o que nos poderia levar ao entendimento de que a celebração de termo aditivo para a revisão contratual, por exigir prévio acordo entre as partes, seria um acordo facultativo, não celebrável diante da negativa de uma delas, mesmo diante de situação configuradora de desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato.

32. No entanto, o Tribunal de Contas da União tem rechaçado tal condição, principalmente diante das hipóteses do parágrafo 5º do artigo 65 da Lei de Licitações, que pela sua literal interpretação, diante da “*superveniência de disposição legal (...) de comprovada repercussão nos preços contratados*”, tem asseverado que, necessariamente, “*implicarão a revisão desses*”, afastando, portanto, a facultatividade de celebração do aditivo contratual:

8. Faço um aparte, por oportuno – e aqui já contraponho alguns dos argumentos recursais – que as alterações contratuais “por acordo” não são sinônimas de alterações “optativas”. Há casos em que a formalização de aditivos com base no art. 65, inciso II, é obrigatória, porque obrigatória é a guarda do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Tal máxima tem raiz constitucional.

9. Cito, por elucidativo, excerto da obra de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 11ª Edição – pg. 539):

"A alteração por acordo das partes envolve tanto hipóteses de modificação facultativa como de modificação obrigatória. Há casos em que qualquer das partes tem a faculdade de recusar a modificação. Há outros em que a modificação se impõe mesmo que uma das partes não a repute desejável. As hipóteses contidas nas diversas alíneas são heterogêneas. Assim, a substituição da garantia por 'conveniência' (al. 'a' do inc. II) depende da concordância das partes. Porém, as condutas da al. 'b' são obrigatórias e devem ser formalizadas ainda que uma das partes preferisse manter a situação anterior. Em tais casos, o acordo das partes se refere ao conteúdo da modificação."

10. Na recusa do particular em rever os termos de sua proposta, em face da redução de tributos explicitada no art. 65, § 5º, da Lei 8.666/93, a contratante pode rescindir unilateralmente o ajuste, nos moldes do art. 78, inciso XII, da Lei de Licitações; sem prejuízo da aplicação das sanções previstas no art. 80 do mesmo diploma legal, mormente no que se refere à execução das garantias contratuais (inciso III) e à retenção de créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração (inciso IV). (Acórdão nº 2933/2011 – Plenário)

33. Ressalta-se, portanto, que a própria Corte de Contas possui firme jurisprudência no sentido de que a extinção superveniente de tributo que influa diretamente sobre a prestação contratual deve motivar a celebração de termo aditivo a fim de desonerar a referida parcela dos valores devidos na contratação, desde àquela data. Neste sentido, extraem-se os seguintes enunciados advindos dos julgados:

Acórdão nº 2933/2011-Plenário

Enunciado: Com base no art. 65 § 5º, da Lei 8.666/1993, a Administração deve efetuar a revisão dos contratos, a fim de expurgar o valor da extinta CPMF de todos os pagamentos realizados a partir de 1º de janeiro de 2008.

Acórdão nº 671/2018-Plenário

Enunciado: Os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem adotar 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, atentando para os efeitos retroativos às datas de início da desoneração mencionadas na legislação, bem como à obtenção, na via administrativa, do ressarcimento dos valores pagos a maior em relação aos contratos de prestação de serviços já encerrados, celebrados com empresas beneficiadas pela aludida desoneração.

34. A Lei nº 13.932/2019, em seu artigo 12, extinguiu a cobrança da contribuição social instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001, que era devida pelos empregadores, em caso de despedida do empregado sem justa causa, à alíquota de 10% (dez por cento) sobre o montante dos depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS:

LEI COMPLEMENTAR Nº 110, DE 29 DE JUNHO DE 2001

Art. 1º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa, à alíquota de dez por cento sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas.

LEI Nº 13.932, DE 11 DE DEZEMBRO DE 2019

(...)

Art. 12. A partir de 1º de janeiro de 2020, fica extinta a contribuição social instituída por meio do art. 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001.

35. Desta forma, diante da constatação do reflexo direto nos custos e formação de preços da contratação, pela revogação da norma tributária instituidora da contribuição social incidente sobre os depósitos de FGTS ao tempo da despedida, sem justa causa, do empregado prestador de serviços vinculado à empresa contratada, há de ser celebrado termo aditivo para reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato inicialmente acordada.

36. Cabe ressaltar, por oportuno, que os valores, percentuais, cálculos e motivação a serem apresentados pelos órgãos para fins de pagamento/revisão de valores, são de sua inteira responsabilidade, devendo tais órgãos sempre se acautelarem quanto a sua correção e veracidade, em observâncias aos princípios previstos no artigo 37 *caput* da Constituição Federal.

III – Da instrução processual

a) da regularidade da formação do processo:

37. De acordo com o artigo 22 da Lei nº 9.784/1999, os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, salvo expressa disposição legal.

38. Com efeito, no que respeita especificamente à licitação, bem como aos contratos/convênios e outros ajustes, o processo administrativo deverá observar as normas que lhes são pertinentes, obedecendo-se à ON AGU nº 02/2009 em casos de aditivos:

Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento.

39. Assim, não se deve iniciar um processo novo para cada termo aditivo, mas sim seguir-se no processo já existente, juntando-se, em sequência cronológica, os documentos correspondentes, cujas folhas devem ser numeradas e rubricadas, no caso de processos físicos, sendo que cada volume deverá conter os respectivos termos de abertura e encerramento, contendo, na medida do possível, no máximo, 200 folhas.

40. Além disso, sempre que possível, deve-se utilizar inclusive o mesmo processo licitatório para dar continuidade com a contratação. Às vezes isso não é viável porque, de uma mesma licitação, vários contratos são celebrados, mas, nesses casos, o processo que se iniciar com a contratação deve vir acompanhado de cópia das principais peças do processo licitatório, tais como a cópia da minuta do edital, do parecer, do edital publicado e depois a juntada dos documentos da empresa, além de outros atinentes, para então juntar-se o contrato original, devidamente assinado.

41. Assim sendo, deve o órgão assessorado observar as citadas normas regulamentares para a formalização dos aditivos contratuais.

b) apresentação de justificativa para a revisão contratual

42. Nos termos do *caput* do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993, toda e qualquer alteração contratual deve ser justificada.

43. A extinção da contribuição social instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001, pelo artigo 12 da Lei nº 13.932/2019, e a comprovada repercussão daquela perante os custos e preços praticados na contratação, é motivo hábil à revisão contratual.

44. Há de se ressaltar que, ainda que eventualmente não haja previsão contratual para a revisão pretendida, nos termos da ON AGU nº 22/2009, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pode ainda assim ser concedido, a qualquer tempo:

O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra “d” do inc. II, do art. 65, da Lei nº 8.666, de 1993.

c) realização dos cálculos e apresentação de nova planilha de custos e formação de preços, se for o caso

45. É sabido que, para a realização de qualquer procedimento licitatório, é exigível da Administração a elaboração de orçamento estimativo detalhando os custos unitários que balizarão o certame, nos termos do art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

46. Embora não se revele necessária a descrição analítica, minudente, de todos os insumos que componham os custos e formação de preços da contratação, para relativa parcela de contratos administrativos, é fato que para outra parcela, tal como aqueles em haja dedicação exclusiva de mão de obra[7], tal tarefa tem se mostrado cogente.

47. Assim, para os contratos de prestação de serviços em que haja dedicação exclusiva de mão de obra, com a apresentação analítica de todos os custos de formação de preços em planilha descritiva, recomenda-se a formulação de novo documento, excluindo-se a incidência da contribuição social incidente sobre o saldo de FGTS sobre o aviso prévio indenizado e trabalho, à proporção de 10% (dez por cento).

48. Deve-se ressaltar que o artigo 12 da Lei nº 13.932/2019 extinguiu a cobrança da contribuição social instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar nº 110/2001, a partir de 01/01/2020, data perante a qual devem ser eventualmente retroagidos os efeitos do desequilíbrio com a desoneração, em desfavor da Administração, admitindo-se o ressarcimento de valores eventualmente pagos a maior, conforme é entendimento do Tribunal de Contas da União:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos arts. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, em:

(...)

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; (Acórdão nº 2859/2013 – Plenário)

d) da minuta do termo aditivo

49. O termo aditivo deve conter as cláusulas mínimas necessárias para sua compreensão e eficácia.

50. Destaca-se, nesse sentido, que o termo aditivo deverá conter cláusula que indique expressamente os novos valores contratuais a serem praticados, em razão do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pela desoneração fiscal promovida pelo artigo 12 da Lei nº 13.932/2019, remontando à data de início de vigência desta (a partir de 01/01/2020).

51. Ainda, o termo aditivo deve apresentar cláusula que ratifique as demais condições contratuais.

52. De todo modo, por contemplar as recomendações aqui descritas, sugere-se a utilização da minuta padrão anexa ao presente parecer.

IV – Conclusão

53. Em face do exposto, uma vez que o órgão assessorado siga as orientações acima exaradas é juridicamente possível formalizar termo aditivo para fins de revisão contratual, em acordos em que se visualize o reflexo direto nos custos e formação de preços, pela extinção da contribuição social instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar no 110/2001 (à proporção de 10% sobre o saldo de FGTS pela rescisão trabalhista sem justa causa), pelo artigo 12 da Lei no 13.932/2019, sem que se submeta, individualmente, cada processo administrativo à análise da unidade local da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional[8].

54. Registre-se, nesse ponto, que a análise jurídica individualizada dos termos aditivos que tenham por objeto a revisão no valor contratual em decorrência da extinção da Contribuição Social no percentual de 10% (dez por cento) sobre o FGTS devida pelos empregadores em caso de despedida sem justa causa, conforme determina o artigo 12 da Lei nº 13.932, de 11/12/2019 será dispensada, desde que a Administração ateste, de forma expressa, que o caso em concreto se amolda aos termos da presente manifestação jurídica referencial, e que a minuta de termo aditivo contenha as cláusulas obrigatórias indicadas neste parecer. Adotada essa providência em cada processo, não se afigurará necessário o encaminhamento dos autos à unidade local da Procuradoria da Fazenda Nacional responsável pela análise jurídica do caso.

55. Da mesma forma, salienta-se que não é obrigatória a utilização da presente manifestação jurídica referencial por parte do gestor, podendo a autoridade competente, sempre que desejar, encaminhar minutas de termos aditivos que versem sobre a questão aqui tratada.

56. Por fim, em havendo peculiaridades que escapem aos contornos gizados por esta manifestação jurídica referencial ou modificação das normas pertinentes, deverá o processo administrativo ser submetido à unidade local da Procuradoria da Fazenda Nacional, para análise individualizada da questão.

57. É o parecer. Para aprovação pelo Conselho de Consultoria Administrativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na forma do art. 2º, VI da Portaria PGFN nº 450, de 28 de abril de 2016.

Aprovamos o presente Parecer Referencial.

Brasília, 08 de julho de 2020

Documento assinado eletronicamente

DANIELA DE ALMEIDA PASCINI CARAVITA

Membro representante da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 1ª Região

Documento assinado eletronicamente

PATRÍCIA IZABEL TORRES MONTEIRO

Membro representante da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 2ª Região

Documento assinado eletronicamente

LUCIANA LEAL BRAYNER

Membro representante da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região

Documento assinado eletronicamente

LUCIO CÂNDIDO DA SILVA

Membro suplente representante da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 4ª Região

Documento assinado eletronicamente

MARCELO VIEIRA DE SOUSA CESAR

Membro representante da Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 5ª Região

Documento assinado eletronicamente

LUCIANO MOREIRA CARVALHO

Membro representante do Órgão Central da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Documento assinado eletronicamente

VITOR JUNQUEIRA VAZ

Procurador-Geral Adjunto de Consultoria de Contratos e Disciplina

[1] Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, algumas peculiaridades no caso em julgamento afastam a aplicação do precedente.

[2] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

[3] Licitações e Contratos Administrativos – casos e polêmicas. 4ª ed., Malheiros, 2016, p. 370.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 556.

[5] Alteração dos contratos Administrativos. Revisão contratual. Teoria da Imprevisão. <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1001/1075>.

[6] Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. 6ª ed., Renovar, 2003, p. 666

[7] A Instrução Normativa SEGES/MPOG nº 05, de 26 de maio de 2017, ao dispor sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelece que: *Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que: I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços; II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos. Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput poderão ser prestados fora das dependências do órgão ou entidade, desde que não seja nas dependências da contratada e presentes os requisitos dos incisos II e III.*

[8] Importante atentar para as orientações dispostas no site: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1238-extincao-contribuicao-social-sobre-o-fgts>



Documento assinado eletronicamente por **Vitor Junqueira Vaz, Procurador(a)-Geral Adjunto(a)**, em 27/07/2020, às 17:19, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Daniela de Almeida Pascini Caravita, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 29/07/2020, às 14:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Marcelo Vieira de Sousa César, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 30/07/2020, às 12:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Christian Frau Obrador Chaves, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 30/07/2020, às 14:27, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Patrícia Izabel Torres Monteiro, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 30/07/2020, às 16:56, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Luciana Leal Brayner, Procurador(a) da Fazenda Nacional**, em 31/07/2020, às 13:13, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **9421019** e o código CRC **C1FEE6D0**.

