



INFRASTRUCTURE AND URBANISM STUDIES

WORKING PAPER PSPHUB#007

A Reforma Tributária e o Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos de Longo Prazo: a Inadequação do Modelo Mecanicista; os Pontos Focais e a Teoria dos Múltiplos Equilíbrios Contratuais

Eric Castro e Silva | Marcos Nóbrega

17 de junho de 2024 – Versão 01

A REFORMA TRIBUTÁRIA E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LONGO PRAZO: A INADEQUAÇÃO DO MODELO MECANICISTA; OS PONTOS FOCAIS E A TEORIA DOS MÚLTIPLOS EQUILÍBRIOS CONTRATUAIS

Eric Castro e Silva¹; Marcos Nóbrega^{2 3}

Sumário: I – Aspectos gerais da nova tributação sobre o consumo; II – Impactos específicos do IBS/CBS nas relações contratuais: II.1 – A Alíquota do IBS/CBS; II.2 – A não cumulatividade do IBS/CBS; II.3 – O fim dos incentivos fiscais; II.4 - Dos Regimes Específicos, Diferenciados ou Favorecidos de Tributação. III - Reforma Tributária (IBS e CBS) e o Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos Administrativos de longo prazo. III .1 - Aspectos Gerais; III.2 - Modelo Mecanicista de reequilíbrio econômico-financeiro; III.4 - Como adaptar os contratos administrativos para a reforma tributária? IV – Conclusão. V – Bibliografia.

Resumo: A Emenda Constitucional nº 132/2023 (EC 132/23) reformula significativamente a tributação sobre bens e serviços no Brasil, criando o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) e a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), que visam substituir tributos como ICMS, ISS, IPI, PIS e COFINS. Esta reforma busca simplificar a tributação e resolver problemas históricos, como a “guerra fiscal” entre estados, mas traz implicações complexas para contratos administrativos de longo prazo, exigindo ajustes para manter o equilíbrio econômico-financeiro. A abordagem tradicional de reequilíbrio econômico-financeiro, baseada em princípios mecanicistas, é inadequada para lidar com a complexidade e as dinâmicas não lineares desses contratos. Em vez disso, a reforma cria um ambiente onde múltiplos equilíbrios podem emergir,

¹ Advogado no Recife e em Brasília. Professor de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo e Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Reino Unido.

² Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco. Professor Associado IV da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. *Visiting Scholar* pela *Harvard Law School* e *Kennedy School of Government* – Universidade de Harvard; pela *Singapore Management University* e *Massachusetts Institute of Technology* – MIT.

³ Gostaríamos de agradecer os comentários de Frederico Turlolla, Rafael Veras, Diego Jurubeba e Marcela Campos Jabor. Cabe lembrar, no entanto, que os erros e omissões são integralmente da responsabilidade dos autores.

demandando uma gestão flexível e adaptativa, capaz de ajustar continuamente as obrigações e expectativas das partes envolvidas. A flexibilidade contratual e a incorporação de mecanismos de ajuste contínuo são essenciais para absorver choques exógenos e garantir a viabilidade e eficácia dos contratos no novo ambiente tributário. Assim, é imperativo revisar os contratos administrativos de longo prazo para assegurar seu equilíbrio econômico-financeiro, substituindo a visão mecanicista tradicional por uma abordagem mais adaptativa e dinâmica, reconhecendo a complexidade e a natureza relacional desses contratos.

Abstract: *The Constitutional Amendment No. 132/2023 (EC 132/23) significantly overhauls the taxation of goods and services in Brazil by creating the Goods and Services Tax (IBS) and the Contribution on Goods and Services (CBS), which aim to replace taxes such as ICMS, ISS, IPI, PIS, COFINS. This reform seeks to simplify taxation and address longstanding issues, such as the "fiscal war" between states, but it introduces complex implications for long-term administrative contracts, necessitating adjustments to maintain economic-financial equilibrium. The traditional approach to economic-financial rebalancing, based on mechanistic principles, is inadequate for handling the complexity and nonlinear dynamics of these contracts. Instead, the reform fosters an environment where multiple equilibriums can emerge, requiring flexible and adaptive management capable of continuously adjusting the obligations and expectations of the involved parties. Contractual flexibility and the incorporation of continuous adjustment mechanisms are essential to absorb exogenous shocks and ensure the viability and effectiveness of contracts in the new tax environment. Therefore, it is imperative to revise long-term administrative contracts to ensure their economic-financial balance, replacing the traditional mechanistic view with a more adaptive and dynamic approach that recognizes the complexity and relational nature of these contracts.*

Palavras-chave: Reforma Tributária; IBS e CBS; Infraestrutura; Contratos administrativos; Reequilíbrio.

Keywords: *Brazil; tax reform; IBS e CBS; infrastructure; administrative contracts; contract rebalancing.*

Índice

Índice	4
I – Aspectos gerais da nova tributação sobre o consumo	5
II – Impactos específicos do IBS/CBS nas relações econômicas	7
II.1 – A alíquota do IBS/CBS	7
II.2 – A não cumulatividade do IBS/CBS	10
II.3 – O fim dos incentivos fiscais	13
II.4 – Dos regimes específicos, diferenciados ou favorecidos de tributação	16
III – Reforma Tributária (IBS e CBS) e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo	19
III.1 – Aspectos gerais	19
III.2 – Modelo mecanicista de reequilíbrio econômico-financeiro	22
Referências bibliográficas	46

I – Aspectos gerais da nova tributação sobre o consumo

Após mais de 30 anos de discussão foi aprovada em 20 de dezembro de 2023 a Emenda Constitucional nº 132/2023 (EC 132/23) alterando substancialmente a tributação incidente sobre bens e serviços que, no modelo de tributação sobre valor agregado, havia sido introduzida no Brasil ainda na década de 1950 e foi reiterada na Constituição Federal de 1988.

A insepulta tributação sobre o consumo, a ser substituída pelo novo sistema introduzido pela EC 132/23, mostrou-se incompatível com a economia moderna por várias razões. A repartição rígida da competência tributária entre a União, Estados e Municípios tendo por critério a separação estanque entre “bens” e “serviços”, reservando para o último o imposto sobre serviços (ISS) e para Estados e a União impostos distintos sobre bens (ICMS e IPI), não resistiu à crescente “servitização” do consumo, decorrente da forte presença dos intangíveis na atual economia.

Some-se a isso que a convivência, no mais das vezes não cooperativa entre os mais de 5.500 Fiscos que compõem a federação brasileira, mostrou-se desastrosa para os Fiscos (*v.g.* “guerra fiscal”) e, principalmente, para os contribuintes, sufocados não apenas com uma carga tributária nominal alta em relação ao PIB, mas e principalmente com o mais elevado custo de conformidade do mundo decorrente das cumulativas, complexas e perenes obrigações acessórias dos Municípios, dos Estados e da União⁴.

A EC 132/23 surge, então, buscando o equilíbrio entre a cláusula pétrea do pacto federativo, que requer a autonomia financeira dos seus entes, principalmente por meio da competência tributária, e a unificação das bases de incidência “bens” e “serviços”, por um tributo materialmente único, mas de competência repartida entre União, Estados e Municípios, no que se convencionou chamar de “IVA dual”, inspirado na tributação canadense sobre o consumo⁵.

É introduzido, então, no sistema tributário nacional o Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), de competência “compartilhada” entre Estados e Municípios, para substituir o ICMS e o ISS, e a federal Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), em substituição as contribuições de seguridade social incidentes sobre o faturamento/receita (PIS/COFINS). O IPI, também

⁴ Razão pela qual a EC 132/23 “constitucionalizou” o básico mandamento de simplificação das obrigações acessórias (CF art. 156-A, § 1º, IX)

⁵ Cf. CASTRO E SILVA, Eric Moraes de; LIMA, Bruna Maria Nunes; CARVALHO, Vitória Bárbara da Silva. *Reforma Tributária Brasileiras: uma Comparação Prática com o Sistema Canadense*. Revista Direito Tributário Atual v. 56. Ano 42. P. 177-196. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2024.

federal e que inicialmente seria extinto e substituído pelo novel Imposto Seletivo, de caráter extrafiscal, deve remanescer apenas como instrumento para manutenção da Zona Franca de Manaus (ADCT art. 125, §4º, III, “a”).

Pelas novas regras, o IBS e a CBS devem ser idênticos em todos os seus aspectos essenciais (CF art. 149-B c/c art. 156-A, §1º e art. 195, §16). Por expressa disposição constitucional devem ter os mesmos fatos geradores, base de cálculo, hipóteses de incidência e sujeitos passivos (CF art. 149-B, I); as mesmas imunidades (CF art. 149-B, II); os mesmos regimes específicos, diferenciados ou favorecidos de tributação (CF art. 149-B, III c/c art. 156-A, §1º, X); as mesmas regras de não cumulatividade e creditamento (CF art. 149-B, IV c/c art. 156-A, VIII); devendo ter uma legislação única e uniforme (art. 156-A, §1º, IV), inclusive a respectiva instituição dos dois tributos deve ser feita pela mesma Lei Complementar (ADCT art. 124), justamente para se evitar que já no nascedouro surjam divergência entre eles, reservando-se para cada ente federativo apenas a fixação da sua alíquota por lei específica (art. 156-A, §1º, V e VI).

À necessidade de uma legislação única e uniforme para o IBS/CBS, soma-se a criação do Comitê Gestor do IBS (CF art. 156-B, *caput*), que terá competência administrativa para editar um regulamento único do imposto e uniformizar a interpretação e a aplicação da sua legislação (art. 156-B, I), centralizar a arrecadação, compensação e distribuição do produto da sua arrecadação com Estados e Municípios (art. 156-B, II), bem como decidir o seu contencioso administrativo (art. 156-B, III). Ao Superior Tribunal de Justiça competirá decidir os conflitos entre os entes federativos, ou entre estes e o Comitê Gestor (CF art. 105, “J”).

Implementou-se assim, em relação a tributação sobre o consumo com o IBS/CBS, uma centralização da competência tributária diametralmente oposta àquela que tinha sido eleita pelo Constituinte originário em 1988 e que, como visto acima, foi um dos fatores da falência do sistema anterior. A questão de fundo, que foi amplamente suscitada nos debates pré-EC 132/23, e que permanece, é se tal centralização da competência tributária não comprometeu o modelo federativo brasileiro, talvez o mais descentralizado do mundo, já que não se tem notícia de uma outra federação composta por tantos entes como a nossa.

A “válvula de escape” para se preservar a autonomia dos entes federativos e, conseqüentemente, a constitucionalidade da nova tributação sobre o consumo, reside na alíquota do IBS/CBS. A legislação do imposto deve ser única e uniforme em relação a todos os aspectos essenciais do IBS/CBS (*i.e.* material, temporal, espacial, pessoal e base de cálculo), com exceção da alíquota, fixada individualmente por cada ente federativo por lei específica (CF art. 156-A, §1º, V), mas que deverá ser a mesma para todas as operações (CF art. 156-A,

§1º, VI) e será cobrada pelo somatório das alíquotas do Estado e do Município de destino da operação (CF art. 156-A, §1º, VII).

Assim como qualquer tributo, particularmente os impostos, o IBS/CBS, deve, nas palavras do Supremo Tribunal Federal, obedecer ao devido “*fluxo de positivação para o exercício da competência tributária, qual seja: 1) autorização constitucional para o exercício da competência tributária [EC 132/32]; 2) existência de lei complementar estabelecendo as normas gerais relativas ao imposto, nos termos dos art. 146, III, e (...), da Constituição [PL encaminhado ao abril/24]; e 3) lei ordinária instituindo a exação*”⁶, nesse terceiro requisito apenas a lei ordinária de cada ente fixando sua alíquota.

O “fluxo de positivação” do sistema anterior levou mais de 55 (cinquenta e cinco) anos até a ser abolido progressivamente a partir da EC 132/23⁷. O novo, por expressa determinação da Emenda, deve ocorrer em 2 (anos), já que em 2026 deve haver a incidência do IBS com alíquota inicial de 0.1% e da CBS com alíquota de 0.9%, começando, assim, a transição para o novo sistema, que ainda conviverá com o anterior até ser finalmente extinto em 2033 (ADCT artigos 125, 127 e 128).

As profundas alterações no sistema e a exiguidade de tempo para se estabelecer o necessário “fluxo de positivação” do novo IBS/CBS por si só já geram enorme insegurança jurídica, mas, para o tema específico desse artigo, verificamos 4 (quatro) pontos do IBS/CBS que podem ser especialmente impactantes nas relações contratuais, cada um deles analisado em tópico próprio adiante.

II – Impactos específicos do IBS/CBS nas relações econômicas

II.1 – A alíquota do IBS/CBS

Como visto acima, a única autonomia reservada aos entes federativos em relação a competência tributária do IBS/CBS foi em relação à alíquota, que poderá ser fixada por lei específica de cada membro, garantindo-lhe, em tese, a autonomia financeira que é ínsita à federação.

⁶ BRASIL. Recurso Extraordinário n. 1.221.330 (Tema 1094). Brasília, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5731431&numeroProcesso=1221330&classeProcesso=RE&numeroTema=1094>. Acesso em: 03 jun. 2024.

⁷ A tributação do consumo nos moldes do valor agregado se iniciou no Brasil em 1955 e foi constitucionalizada em 1965. CF. BRANDAO JR., Salvador Cândido. Federalismo e ICMS: Estados-membros em ‘guerra fiscal’. São Paulo: Quartier Latin, p. 138, 2010.

O ente será livre para fixar a alíquota que lhe aprovar, seja ela baixa ou elevada, arcando com o custo político da sua escolha, inclusive porque o imposto deverá ser o mais simples e transparente possível (CF art. 145, §3º). Espera-se, assim, permitir que o contribuinte saiba exatamente quanto de tributo incide sobre o seu consumo, o que hoje é impossível, transformando-o, finalmente, em contribuinte-cidadão-eleitor.

Ao lado das alíquotas específicas da União, Estados e Municípios irão conviver no sistema as chamadas “alíquotas de referência”, a serem fixadas pelo Senado Federal, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 156-A, §1º, XII c/c o § 16 do art. 195 da Constituição. As alíquotas de referência serão fixadas no ano anterior ao da sua vigência, não se lhes aplicando a limitação constitucional da anterioridade nonagesimal prevista no CF art. 150, III, “c” (ADCT art. 130, § 1º).

A sua denominação já lhe conceitua: alíquota de referência porque tal índice não será obrigatório para os entes federativos, mas mera referência para os entes manterem os níveis de arrecadação existentes até a EC 132/23. Se não quiser manter o atual nível de arrecadação, o ente é livre para fixar sua alíquota em patamar superior ou inferior à alíquota de referência. Apenas se o ente não editar a sua lei específica é que a aplicação da alíquota de referência passa a lhe ser obrigatória (CF art. 156-A, §1º, XII).

A preocupação em manter com o novo sistema IBS/CBS a mesma arrecadação do sistema ICMS/ISS/IPI/PIS/COFINS consta expressamente em vários dos novos dispositivos constitucionais e a alíquota de referência é o meio para se instrumentalizar tal imperativo.

Nesse sentido, o art. 130 do ADCT determina que, na transição, as alíquotas do IBS e da CBS sejam equivalentes à redução da receita daqueles tributos que estarão em fase de extinção (ICMS/ISS/IPI/PIS/COFINS). A mesma preocupação se verifica no § 9º, II, do art. 156-A ao estabelecer que qualquer alteração na legislação federal que reduza ou eleve o IBS deverá ser compensada nas alíquotas de referência, *“de modo a preservar a arrecadação das esferas federativas”*.

Ressalte-se que, em benefício aos contribuintes, a preocupação da manutenção da arrecadação também trouxe nas novas regras constitucionais o estabelecimento de um “teto de referência”, entendido como a média da receita arrecadada entre 2012 a 2021, a ser utilizado no cálculo da alíquota de referência (ADCT art. 130, §3º). **O receio a ser evitado com o referido “teto” é que as alíquotas do IBS/CBS sejam fortemente calibradas, aumentando a carga tributária do novo sistema em comparação com o anterior.**

Todos esses parâmetros constitucionais para a fixação da alíquota de referência do IBS/CBS, contudo, não são suficientes para, de pronto, se precisar o seu exato percentual. E isso por uma questão muito simples: **é conhecida a arrecadação total do sistema IPI/ICMS/ISS/PIS/COFINS, mas não quanto efetivamente cada um desses tributos incide sobre um bem ou serviço específico na sistemática que será encerrada.**

Veja-se, por exemplo, o caso do ICMS. Além de conviverem 27 (vinte e sete) subsistemas estaduais distintos, dentro de cada Estado ainda existem diversos regimes especiais, que reduzem ou aumentam a incidência do imposto por diferentes critérios, como, por exemplo, o tipo da mercadoria (*v.g.* seletividade, guerra fiscal, etc.), o local da sua produção (*v.g.* incentivos fiscais para promover ou dificultar a circulação do bem, etc.), o que faz com o que uma mesma mercadoria (ex. “caneta”) possa receber incidências pelo ICMS totalmente diferentes de acordo com o lugar onde o produtor/comerciante esteja instalado no território nacional.

O mesmo ocorre com a atual sistemática do PIS/COFINS. Dependendo estar o contribuinte na sistemática cumulativa ou não cumulativa daquelas contribuições, a incidência das contribuições varia fortemente, e não apenas pela grande diferença das suas alíquotas nominais (3,65% cumulativo e 9.25% não cumulativo)⁸.

Estando o contribuinte na sistemática não cumulativa, por exemplo, até hoje não se chegou a um consenso sobre o conceito de “insumos” para fins de apuração dos créditos. Consequentemente a incidência geral das contribuições PIS/COFINS é aumentada ou reduzida na mesma proporção da amplitude conferida ao conceito de insumo, que na prática é apenas fixada individualmente com precisão quando o contribuinte litiga administrativa ou judicialmente, o que absolutamente não é um bom critério para se garantir a necessária segurança jurídica do sistema.

Consequentemente, por ser uma tarefa praticamente impossível de fixar para cada bem e serviço consumido no País a incidência específica dos tributos do sistema insepulto, não se tem como precisar também a alíquota de referência do IBS/CBS para cada um dos entes da federação a incidir de forma uniforme sobre

⁸ Isso sem falar na atécnica em uma “não cumulatividade” em um tributo cuja materialidade não é bem/serviço, mas sim “receita bruta”, o que inviabiliza a tributação sobre o valor agregado. Cf. CASTRO E SILVA, Eric Moraes de. *Influências do Sistema Multilateral do Comércio no Sistema Tributário Brasileiro*. Tese de Doutorado. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

todos os bens e serviços, já que a alíquota de referência teria que espelhar com exatidão a incidência total dos tributos da sistemática anterior, para assim manter o mesmo nível de arrecadação entre o novo e o velho sistema, como explicitamente determina a EC 132/23.

Não obstante a competência dos seus quadros, o Tribunal de Contas da União, a quem cabe auxiliar o Senado na fixação das alíquotas de referência, tem uma atribuição extremamente complexa e num curtíssimo espaço de tempo, para fixar a alíquota de referência da União, as 27 alíquotas de referência dos Estados e do Distrito Federal e as 5565 alíquotas de referência para os Municípios.

O que provavelmente irá acontecer, como se verifica do projeto de lei complementar enviado pelo Executivo ao Congresso no final de abril/2024, é que teremos apenas 3 alíquotas de referência, uma para União, outra para os Estados e a terceira para os Municípios, a ser calibrada após o início da incidência das alíquotas de transição que se inicia em 2026, num método de “*trial and error*” até se atingir o patamar de arrecadação do sistema velho, o que estará longe de contemplar as particularidades e divergências de cada membro federativo, reforçando o argumento de que na prática a EC 132/23 de fato suprimiu a competência tributária, principalmente dos entes menores.

II.2 – A não cumulatividade do IBS/CBS

No Brasil o que caracteriza a tributação como sendo de “valor agregado” é a adoção da técnica denominada “não cumulatividade”, definida para fins do IBS/CBS como sendo a compensação do “*imposto devido pelo contribuinte com o montante cobrado sobre todas as operações nas quais seja adquirente de bem material ou imaterial, inclusive direito, ou de serviço (...)*” (CF art. 156-A, § 1º, VIII)⁹.

A tributação sobre o valor agregado, permitindo que o tributo incidente ao longo de uma cadeia produtiva plurifásica a atrevesse de forma neutra¹⁰, ou seja, concentrando o ônus

⁹ Na realidade existem duas formas de se atingir a tributação sobre o valor agregado, a técnica do débito crédito, adotada pelo Brasil com a não cumulatividade, e o método base contra base, adotado apenas pelo Japão. Cf. SCHENK, Alan; THURONYI, Victor; CUI, Wei. *Value Added Tax: A Comparative Approach*. Cambridge: Cambridge University Press.

¹⁰ O princípio da neutralidade na tributação sobre valor agregado, constitucionalizado pela EC 132/23 (CF art. 156-A, §1º) tem conotação diversa da “neutralidade” comumente entendida nas ciências econômicas. Já em Adam Smith se defendia que a tributação fosse neutra do ponto de vista econômico, assim entendido como não sendo um fator decisório para alocação do capital. Do ponto de vista tributário, a neutralidade do IVA significa que o ônus financeiro do tributo é integralmente deslocado dos contribuintes de direito do imposto para o contribuinte de fato, que deve ser sempre o

financeiro do tributo exclusivamente no preço do bem e do serviço adquirido pelo consumidor final, é invenção francesa da década de 1950¹¹.

O Brasil foi um dos primeiros países a adotar a técnica da não cumulatividade já na década de 1950 no âmbito no imposto de consumo, constitucionalizando-a como princípio-regra na EC 18/65, capitaneada pelo então Ministro da Fazenda Delfim Netto, um declarado galicista.

O pioneirismo do Brasil, contudo, o conduziu à uma tributação sobre valor agregado totalmente distinta da prática posteriormente adotada pelo resto do mundo, particularmente em três questões essenciais: (i) a base de incidência fragmentada entre bens/serviços, já detalhada acima; (II) a não adoção do princípio do destino; e a (III) falta de ampla neutralidade na tributação, a ser materializada pela integral conversão dos débitos do imposto incidente na fase anterior em créditos a ser subtraído na fase subsequente do ciclo produtivo.

Pelo princípio do destino, que rege as relações comerciais internacionais pela sua previsão no GATT, hoje sob os auspícios da Organização Mundial do Comércio (OMC)¹², a competência tributária para impor o tributo sobre o consumo fica com o país importador, destinatário do bem. Apenas com a EC 33/2001 tal mandamento converteu-se em imunidade tributária para o PIS/COFINS (CF art. 149, § 1º, I) e para o ICMS (CF art. 155, §2º, X, “a”). No âmbito das trocas interestaduais, o Brasil foi o único país a adotar o princípio da origem, deixando com o Estado produtor a arrecadação do ICMS, o que acentuou a forte concentração econômica nos estados produtores do sul/sudeste do País em detrimento dos demais Estados consumidores, perpetuando a secular desigualdade regional que fragiliza a unidade federativa brasileira¹³.

Em relação a não cumulatividade, apesar do princípio ser desde 1965 comando constitucional para o IPI e o ICMS, a prática daqueles dois impostos ao longo dos seus mais de cinquenta anos de existência descaracterizaram por completo a sua necessária neutralidade. Nesse

consumidor final. Cf. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). *Neutrality of Value Added Taxes in the Context of Cross-border trade. International VAT/GST Guidelines*. Paris: OECD, 2017.

¹¹ Cf. BRANDAO JR. Salvador Cândido. *Federalismo e ICMS: Estados-membros em 'guerra fiscal'*. Quartier Latin, São Paulo, p. 138

¹² Cf.. Cf. CASTRO E SILVA, Eric Morase de. *Influências do Sistema Multilateral do Comércio no Sistema Tributário Brasileiro*. Tese de Doutorado. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

¹³ A EC 132/23 finalmente adota o princípio do destino para as trocas interestaduais de bens e serviços, mas estabeleceu um prazo de transição de mais 50 anos para a sua adoção integral (ADCT art. 131). Assim, apenas em 2077 os Estados consumidores ficarão com a integralidade do IBS incidente sobre os bens e serviços consumidos nos seus territórios. Diluiu-se no tempo um forte mecanismo para se reduzir as desigualdades regionais, que é um dos objetivos fundamentais da República (CF art. 3º, III). A título de comparação, enquanto na União Européia o princípio do destino para os países pobres já é adotado desde a década de 1970 – com resultados de integração econômica palpáveis - apenas após 100 anos da adoção desse princípio pelo mundo a técnica será integralmente adotada pelo Brasil.

sentido criou-se no Brasil práticas únicas que sucessivamente mutilaram a neutralidade perseguida pela técnica da não cumulatividade, fazendo com que o ônus financeiro daqueles impostos fosse se acumulado como custo dos contribuintes de direito ao longo da cadeia produtiva e não se concentrado integralmente no contribuinte de fato, que é o consumidor final, como se dá nos demais países.

Dentre essas reprováveis práticas que mutilaram a não cumulatividade, particularmente do ICMS, podemos citar a inclusão do próprio valor do ICMS na sua base de cálculo, o conhecido “*cálculo por dentro do ICMS*” (CF art. 155, §2º, XII, “i”), a distinção entre créditos físicos e financeiros, permitindo-se o crédito do imposto apenas para aqueles bens que “efetivamente” se integram ao produto final; as sucessivas e até hoje inalcançáveis prorrogações para utilização do crédito do ICMS nas aquisições de energia elétrica (LC 87/96 art. 33); a indiscriminada utilização da substituição tributária progressiva sem garantir a imediata e preferencial restituição quando o fato gerador presumido não se realiza (CF art. 150, § 7º), entre várias outras. Todas elas, ressalte-se, referendadas pelo Supremo Tribunal Federal em diversos julgados realizados ao longo da vigência do sistema pré-EC 132/23.

Para evitar que essas práticas perniciosas à neutralidade, agora alçada a princípio constitucional (CF art. 156-A, §1º), se repitam no novo sistema IBS/CBS, a EC 132/23 expressamente excluiu o IBS/CBS da sua própria base de cálculo (CF art. 156-A, §1º, IX) e estabeleceu parâmetros importantíssimos para se assegurar um pronto reconhecimento dos créditos do tributo para fins de materializar a não cumulatividade.

O mais importante desses parâmetros encontra-se no §4º do art. 156-A, que determina que a receita do IBS, arrecadada pelo Comitê Gestor, só será repassada para o respectivo Estado e Município após o Comitê realizar a retenção do “*montante equivalente ao saldo acumulado de créditos do imposto não compensados pelos contribuintes e não ressarcidos ao final de cada período de apuração*”, distribuindo para o ente federativo apenas o saldo líquido do “*produto da arrecadação do imposto, deduzida [aquela] retenção*”.

Tal previsão inverte o ônus para o reconhecimento e aproveitamento dos créditos da não cumulatividade para o IBS/CBS, diferentemente do que ocorre no ICMS. Na sistemática pré-EC 132/23, primeiro o contribuinte recolhia aos cofres estaduais o valor ICMS mutilado da sua neutralidade, para depois tentar recuperar tal cobrança indevida mediante um penoso e muitas vezes kafikaniano processo administrativo ou judicial, esse último, quando concluído em favor do contribuinte, a ser pago via precatório, que em muitos Estados simplesmente não existe na prática.

Agora com o IBS/CBS tal ônus é invertido porque a arrecadação não ingressa imediatamente nos cofres estaduais e municipais para depois ser repetida pelo contribuinte. Na nova sistemática eventual valor a ser compensado fica retido no Comitê Gestor, ou seja, não fica na disponibilidade nem do contribuinte nem do ente federativo, devendo a Lei Complementar estabelecer forma e prazo (razoáveis) para o ressarcimento de créditos acumulados pelo contribuinte (CF art. 156-A, §5º, III), podendo, não obstante, a LC estabelecer hipóteses em que o aproveitamento do crédito ficará condicionado à verificação do efetivo recolhimento do imposto (CF art. 156-A, §5º, II).

Em relação aos contratos em curso ao longo dos dois sistemas, vários questionamentos se colocam. Primeiro, como será feita a devolução dos créditos reconhecidos administrativa ou judicialmente dos tributos que serão substituídos? Poderão ser compensados com os débitos do IBS/CBS? Como não há previsão constitucional nesse sentido, talvez a única alternativa seja o falido sistema via precatório, em mais um esqueleto econômico para as gerações futuras.

Já para o novo IBS/CBS qual será o prazo e procedimento para a compensação pela Lei Complementar? Não ressarcido no prazo legal, ao contribuinte é devolvido de imediato o valor (corrigido) retido pelo Comitê Gestor? Se devolvido ao contribuinte, mas posteriormente seja apurado que o valor era do Fisco, como se dará a cobrança contra o contribuinte? Pela falida Lei de Execução Fiscal?

II.3 – O fim dos incentivos fiscais

Outra razão que levou à falência do sistema anterior foi a utilização do ICMS (e numa escala menor também do ISS) para finalidades extrafiscais, principalmente para atrair investimentos produtivos para os territórios dos Estados, sem respeitar o âmbito nacional daquele imposto, particularmente as regras contidas na Lei Complementar nº 24/1975, que regula a forma de concessão de isenções, incentivos e demais benefícios fiscais do ICMS, como determina o CF art. 155, §2º, XII, “g”.

Instalou-se, assim, a conhecida “guerra fiscal”, com efeitos nefastos para o pacto federativo¹⁴, numa “corrida ao fundo poço” praticada pelos Estados, na qual muitas vezes um

¹⁴ Ressalte-se a opinião pessoal autores desse artigo que, como pernambucanos, defendiam a justificativa econômica da guerra fiscal via ICMS como principal meio para atração de investimentos relevantes para os Estados pobres da região norte e nordeste, principalmente como resposta à adoção pelo sistema anterior do princípio da origem para o ICMS interestadual. Cf. Nota de rodapé n.12.

empreendimento já instalado numa unidade da federação era simplesmente desmobilizado e transferido para outra (sem criação de riqueza nova para o País) apenas por força dos incentivos do ICMS concedidos unilateralmente (i.e., inconstitucionalmente).

Os Estados que perdiam investimentos, ao seu turno, passaram a “retaliar” exigindo, principalmente, o estorno do crédito da não cumulatividade concedido ficticiamente pelo Estado conessor do benefício nas operações interestaduais, o que na prática se dava pela lavratura indiscriminada de Autos de Infração contra o contribuinte que usufruía do benefício, anulado financeiramente aquele ganho tributário.

Após diversos julgamentos do STF decidindo pela inconstitucionalidade dos benefícios concedidos sem a observância das regras da LC 24/75, foi editada a Lei Complementar n. 160/2017, que possibilitou a remissão e a anistia do crédito tributário constituído naquelas Autos de Infração, bem como a convalidação daqueles benefícios unilaterais do ICMS.

À convalidação, contudo, estabeleceu-se um prazo de manutenção para os benefícios que haviam sido concedidos inconstitucionalmente, tudo para assegurar aos fiscos e contribuintes uma transição gradual e ordenada até a extinção total dos incentivos concedidos na “guerra fiscal”. Tal extinção gradual e ordenada instituída pela LC 160/17 pode ser assim sintetizada:

Tipo de Benefício Fiscal	Prazo Máximo de Manutenção	Extinção Completa	Artigo da LC 160/2017
Investimentos em Infraestrutura, Industrial, Agropecuário e de Serviços	15 anos (até 2032)	2037	Art. 3º, § 2º, I
Manutenção ou Ampliação de Empregos e Atividades Econômicas	8 anos (até 2025)	2026	Art. 3º, § 2º, II
Demais Benefícios Fiscais	5 anos (até 2022)	2023	Art. 3º, § 2º, III

À parte dos benefícios inconstitucionais do ICMS, cuja disciplina foi dada pela LC 160/17 acima resumida, há de se ressaltar que também foram concedidos diversos outros benefícios

constitucionais daquele imposto estadual, porque observados os requisitos da LC 24/75. Assim como os Municípios também concederam benefícios válidos do ISS.

Promulga-se, então, a EC 132/23, extinguindo gradativamente o ICMS e o ISS objeto de concessão daqueles mais diversos benefícios, que são substituídos também de forma gradativa pelo IBS/CBS, num prazo de 10 anos (ADCT art. 129), como visto na primeira parte desse artigo.

Para o novo sistema a EC 132/23 foi categórica em estabelecer que o IBS/CBS *“não será objeto de concessão de incentivos e benefícios financeiros ou fiscais relativos ao imposto ou de regimes específicos, diferenciados ou favorecidos de tributação, excetuadas as hipóteses previstas nesta Constituição”* (CF art. 156-A, § 1º, X).

A vedação a qualquer tipo de extrafiscalidade pelo IBS/CBS já decorre implicitamente do desenho constitucional do novo tributo, já que os entes federativos não têm mais competência para lhe alterar os aspectos essenciais. Mesmo assim o constituinte derivado entendeu por estabelecer expressamente aquela proibição, que agora tem como único destinatário o Congresso Nacional.

Assim, espera-se, está protegido o novo sistema da tributação sobre o consumo do vírus da “guerra fiscal”. Resta, então, saber como ficam os contratos firmados na égide do sistema tributário anterior e que têm sua execução prolongada para o pós-EC 132/23.

A discussão tem muita relevância para os contratos, já que foram concedidos os mais diversos benefícios fiscais pelos tributos do sistema anterior a milhares de contribuintes que, por óbvio, os quantificam para a formação do preço dos bens e serviços objeto das suas obrigações contratuais.

Para garantir uma certa previsibilidade, a EC 132/23 estabeleceu no *caput* do art. 128 do ADCT uma redução gradual das alíquotas do ICMS e do ISS no período de 2029 a 2032, até sua extinção total em 2033 (ADCT 129).

Já o §1º do ADCT art. 128 utiliza a mesma proporção estabelecida no *caput* para redução das alíquotas para também reduzir gradativamente os benefícios fiscais concedidos através do ICMS e ISS, no mesmo período de 2029 a 2032.

O §2º do ADCT art. 128, ao seu turno, alterou o prazo daquela outra redução gradual fixada pela LC 160/17 para extinção dos incentivos inconstitucionais do ICMS concedidos na “guerra

fiscal” (vide “Tabela 1”), estabelecendo que os mesmos ficam mantidos em sua integralidade até 31 de dezembro de 2032.

Em suma, a regra é que todos os benefícios fiscais, salvo os previstas especificamente na Constituição serão extintos até 2032. A partir daí, não será possível mais nenhum regime diferenciado pelo IBS/CBS, fora os taxativamente previstos no texto constitucional (CF art. 156-A, § 6º), que também podem causar impacto nas relações contratuais e por isso são tratados no tópico específico a seguir.

II.4 – Dos regimes específicos, diferenciados ou favorecidos de tributação

Em que pese economistas e a prática internacional de mais de 170 países demonstrarem que o tributo sobre o valor agregado deve conter o menor número possível de exceções à sua regra geral de tributação, questões políticas ínsitas ao debate democrático introduziram na EC 132/23 diversos bens e serviços, além de alguns setores econômicos inteiros, que se submetem a uma incidência tributária distinta da do IBS/CBS.

Do ponto de vista da equidade, a questão que se coloca com a previsão desse desvio às regras gerais é se não houve ofensa ao protoprincípio da isonomia, regra essência de todo e qualquer sistema jurídico. O jurista alemão Klaus Tipke, em artigo seminal¹⁵, ensina que o que materializa a isonomia é a eleição de um critério comparativo/classificatório para delimitar o grupo que se submeterá a determinado regime jurídico diferenciado. Assim, importante é a definição do critério, encarregando-se o sistema muitas vezes em explicitar critérios válidos ou inválidos para dita classificação¹⁶.

Sem adentrar no mérito da validade dos critérios eleitos pela EC 132/23 para estabelecer regimes jurídicos diferenciados, o que interessa para esse artigo é que estão previstos no sistema tributário nacional três regimes que se afastam total ou parcialmente das regras gerais do IBS/CBS, quais sejam: os “regimes diferenciados” (EC 132/23 art. 9º), os “regimes específicos” (CF art. 156-A, §6º) e os “regimes favorecidos” (CF art. 146, III, “d”; art. 225, §1º, VII e ADCT art. 92-B).

¹⁵ Cf. TIPKE, Klaus. Princípio de Igualdade e Ideia de Sistema no Direito Tributário. In: MACHADO, Brandão (Org.). Direito Tributário - Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 515-527.

¹⁶ A nossa Constituição, por exemplo, não permite como critério diferenciador/classificatório a “origem, raça, sexo, cor, idade” da pessoa (CF art. 3º, IV), mas permite o tratamento diferenciado com base na sua capacidade econômica (CF art. 145, §1º).

Nos regimes diferenciados, que devem ser uniformes em todo o território nacional, há a incidência do IBS/CBS, mas a alíquota para alguns bens e serviços é reduzida em 30%, 60% ou 100% ou se concede um crédito presumido do tributo para lhe diminuir o ônus financeiro. Por amor a brevidade colaciona-se no Anexo I desse artigo os bens e serviços sujeitos aos Regime Diferenciado, com suas respectivas reduções de alíquota ou concessão de crédito presumido.

Já para os setores econômicos submetidos aos regimes específicos, a Lei Complementar poderá prever uma tributação totalmente distinta da do IBS/CBS, ao permitir o desvio dos aspectos essenciais da nova tributação nacional sobre o valor agregado. Assim, por exemplo, para o setor de combustíveis e lubrificantes a tributação pode ser monofásica e cumulativa, que é o oposto/negação da tributação sobre o valor agregado. Para serviços financeiros, imóveis, planos de saúde e concurso de prognóstico a materialidade poderá ser receita/faturamento e não bens e serviços; para as cooperativas se faculta o regime do IBS/CBS ou um distinto previsto em LC, além de lhe garantir uma imunidade.

Na prática a previsão de regimes específicos no seio da Constituição estabelece a competência tributária para a criação de tributos novos, totalmente diferentes do IBS/CBS, já que os aspectos essenciais (i.e. material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo) do IBS/CBS, previstos, são total ou parcialmente distintos daqueles previstos para os setores econômicos dos regimes específicos (CF art. 156-A, §6º).

Também por amor à brevidade, a seguir se sumaria o respectivo setor econômico incluído nos regimes específicos, os desvios constitucionais ao sistema IBS/CBS e a sua respectiva previsão constitucional:

Setor Econômico	Desvio à Regra Geral IBS/CBS	Previsão Constitucional
Combustíveis e lubrificantes	<ul style="list-style-type: none">• Incidência monofásica;• alíquotas uniformes nacionais, específicas por unidade de medida e diferenciadas por produto;• vedada a apropriação de créditos para distribuição, comercialização	Art. 156-A, § 6º, I, a-c

Setor Econômico	Desvio à Regra Geral IBS/CBS	Previsão Constitucional
	ou revenda; crédito concedido nas aquisições por sujeito passivo	
<p>Serviços financeiros, Operações com bens imóveis, Planos de assistência à saúde, e Concursos de prognósticos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Alterações nas alíquotas, • Alterações nas regras de creditamento • Alteração na base de cálculo; • Incidir sobre receita ou faturamento; • Alíquota uniforme nacional 	<p>Art. 156-A, § 6º, II, a-b</p>
<p>Sociedades cooperativas</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tributação opcional; • Imunidade nas operações entre cooperativas e associados; • Regime de aproveitamento de crédito das etapas anteriores 	<p>Art. 156-A, § 6º, III, a-b</p>
<p>Serviços de hotelaria, Parques de diversão e temáticos, Agências de viagens e turismo, Bares e restaurantes, Atividade esportiva por Sociedade Anônima do Futebol, Aviação regional</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Alterações nas alíquotas, • Alteração nas bases de cálculo • Alteração nas regras de creditamento 	<p>Art. 156-A, § 6º, IV</p>

Setor Econômico	Desvio à Regra Geral IBS/CBS	Previsão Constitucional
Operações alcançadas por tratado ou convenção internacional	Tratamento específico para missões diplomáticas, repartições consulares, representações de organismos internacionais e respectivos funcionários acreditados	Art. 156-A, § 6º, V
Serviços de transporte coletivo de passageiros (rodoviário intermunicipal e interestadual, ferroviário e hidroviário)	<ul style="list-style-type: none"> • Alterações nas alíquotas, • Alteração nas regras de creditamento 	Art. 156-A, § 6º, VI

Por fim a Constituição ainda prevê os “regimes favorecidos”, que pela sua própria denominação impõe uma incidência tributária inferior à geral. Já existiam e foram mantidos e adaptados pela EC 132/23 o regime favorecido para micro e pequenas empresas (CF art. 146I, III, “d” – SIMPLES NACIONAL) e para a Zona Franca de Manaus (ADCT art. 92-B). A Emenda o expandiu para abranger os biocombustíveis e o hidrogênio de baixa emissão de carbono, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, sujeitos à regime específico, para lhes garantir diferencial competitivo em relação a estes (CF art. 225, §1º, VIII).

III – Reforma Tributária (IBS e CBS) e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de longo prazo

III.1 – Aspectos gerais

Os contratos administrativos de longo prazo são fundamentais para o desenvolvimento de infraestrutura e a prestação de serviços públicos essenciais. Eles envolvem investimentos

financeiros e técnicos significativos, além de requererem a coordenação entre diversos setores e níveis de governo. Estão presentes em diversas atividades essenciais para a economia e a sociedade como rodovias, portos, aeroportos, setor elétrico, obras públicas, medicamentos, hospitais, escolas, penitenciárias, edifícios públicos, entre tantos e tantos outros.

Nos próximos anos, esses contratos sofrerão um choque exógeno de grandes proporções determinado pela reforma tributária, com impactos vultosos não apenas sobre os contratos em si, mas sobre toda a sociedade. Esses impactos podem ser tanto maiores quanto as externalidades presentes nos diversos setores. No caso de concessões baseadas em tarifas ou outros preços públicos, ou algumas receitas acessórias, a elasticidade preço de demanda dos produtos impactados faz parte do canal de transmissão, podendo moderar os impactos externos ao contrato, mas não os eliminar. No caso de contratos de pagamento por disponibilidade, ou contraprestações públicas, os impactos fiscais são mais relevantes. Dessa forma, duas prioridades são essenciais a partir de agora: **i) entender o impacto sobre cada setor e o choque sobre os contratos específicos; e ii) avaliar como reequilibrar esses contratos de forma que os choques exógenos sobre os contratos não se transponham em impactos negativos sobre a economia e a sociedade.**

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos é crucial para assegurar que os objetivos sejam alcançados e que as partes envolvidas obtenham os benefícios esperados. Tradicionalmente, a abordagem utilizada para alcançar esse equilíbrio tem sido mecanicista¹⁷, baseada em princípios da mecânica clássica que pressupõem um retorno previsível e linear ao equilíbrio. No entanto, essa abordagem é inadequada diante da complexidade e das dinâmicas não lineares inerentes aos contratos de longo prazo¹⁸.

Portanto, o *modus operandi* tradicional para reequilíbrio desses contratos administrativos de longo prazo se dá no ambiente do que chamamos direito administrativo “mainstream”, amplamente utilizado no Brasil para a análise de contratos administrativos, tendo suas raízes na doutrina francesa e fortemente influenciado por autores e manuais do século passado. No entanto, esse referencial teórico mostra-se insuficiente para enfrentar os grandes desafios contratuais que a prática administrativa moderna exige. Ele ainda se baseia em conceitos

¹⁷ CHEN, Ping. *Economics Complexity and Equilibrium Illusion: Essays on Market Instability and Macro Vitality*. New York: Routledge Press, 2010.

¹⁸ ROSSER Jr., J. Barkley. *On the Complexities of Complex Economic Dynamics*. *Journal of Economic Perspectives*, v. 13, n. 4, p. 169-192, Fall 1999.

ultrapassados, como a simetria e gratuidade das informações, a completude contratual e a ampla aplicação de cláusulas exorbitantes, entre outros¹⁹.

Em primeira ronda, podemos afirmar da inadequação do modelo *mainstream* para contratos de longo prazo, propondo uma visão mais realista da gestão desses contratos, considerando uma abordagem dinâmica e adaptativa para o seu reequilíbrio.

A gestão de contratos administrativos de longo prazo é amplamente reconhecida como problemática por especialistas e acadêmicos. Esses contratos são caracterizados por sua complexidade, incompletude, natureza relacional e resiliência, o que torna a sua gestão eficaz um desafio significativo. Tais contratos apresentam várias características marcantes:

1. Complexidade: A presença de múltiplos atores e interesses diversos torna a gestão dos contratos um processo intrincado, repleto de incertezas e variáveis interdependentes. Cada contrato envolve uma rede de interações entre as partes contratantes, fornecedores, reguladores e outros stakeholders, cada um com suas próprias expectativas e objetivos. A complexidade é aumentada pela necessidade de alinhar essas diversas partes em direção a um objetivo comum, enquanto se navega pelas regulamentações e pelos desafios operacionais. Isso certamente ocorrem em contratos de concessão de serviços públicos, obras de grande vulto e tantos outros.

2. Incompletude: Devido à impossibilidade de prever todas as contingências futuras, os contratos devem incluir cláusulas de adaptação que permitam ajustes e renegociações conforme necessário. A incompletude é uma característica inerente a qualquer contrato de longo prazo, uma vez que a previsão de todos os cenários possíveis é impraticável. Os contratos devem ser projetados com certo grau de adaptabilidade para permitir ajustes em resposta a eventos imprevistos, mudanças nas condições econômicas e tecnológicas, e evoluções nas necessidades e expectativas das partes envolvidas.

3. Natureza Relacional: Esses contratos dependem de uma relação contínua e cooperativa entre as partes, que devem trabalhar juntas para resolver problemas e ajustar termos conforme as circunstâncias mudam. A confiança mútua e a disposição para negociar são fundamentais para o sucesso desses contratos. As relações contratuais de longo prazo exigem uma comunicação aberta e contínua, bem como a capacidade de gerenciar conflitos e alinhar interesses divergentes. A natureza relacional dos contratos é um elemento crítico para sua

¹⁹ NOBREGA, Marcos. *Um olhar além do óbvio: Temas avançados de licitações e contratos na lei 14.133/21 e outros assuntos*. 2ª ed. São Paulo: Juspodvm, 2024.

sustentabilidade, pois permite que as partes adaptem e ajustem suas expectativas e obrigações ao longo do tempo.

4. Resiliência: Trata-se da capacidade dos contratos de se adaptarem a mudanças e choques externos, como novas regulamentações ou mudanças econômicas, sem comprometer seus objetivos fundamentais. A resiliência é crucial para garantir que os contratos permaneçam viáveis e eficazes ao longo de sua duração, apesar das incertezas e variabilidades do ambiente externo. A resiliência dos contratos pode ser fortalecida através da inclusão de cláusulas de adaptação e mecanismos de renegociação, que permitem ajustes contínuos e proativos em resposta a mudanças nas condições externas.

Nesse sentido cumpre lembrar que o desequilíbrio de contratos de longo prazo na doutrina clássica (*mainstream*) é visto como um trauma, como a prova que algo não deu certo. Muito pelo contrário! Em um contrato de longo prazo, com décadas de duração, é impossível pensar que não haverá turbulências, não ocorrerão eventos que levarão ao desequilíbrio do contrato. Assim, desequilíbrio de contratos de longo prazo deve ser tratado como fenômeno hodierno, cabendo àquele que faz o design do contrato dispor sobre sua flexibilidade e resiliência.

Embora o tema seja tratado mais adiante, faz-se necessário estabelecer “**amortecedores contratuais (*shock absorbers*)**” que tenham a capacidade de absorver as turbulências devidas em uma relação contratual longeva. Esse é o caso da assimilação de um importante choque exógeno, como o que se dará com a reforma tributária já em fase de transição.

III.2 – Modelo mecanicista de reequilíbrio econômico-financeiro

O modelo mais tradicional para entender o reequilíbrio dos contratos é o modelo mecanista. Esse modelo de equilíbrio econômico é baseado em princípios da mecânica clássica, assumindo que os contratos, como sistemas dinâmicos lineares, retornam a um estado de equilíbrio estável, independentemente das variáveis temporais. No contexto econômico, este modelo considera o tempo irrelevante para o comportamento estratégico dos agentes, assumindo que as suas preferências e as expectativas permanecem constantes ao longo do tempo.

Isso é o que está por trás das propostas mais usadas para reequilibrar contratos de longo prazo. Quando, por exemplo, lançamos mão do fluxo de caixa projetado de uma concessionária e o trazemos para o valor presente, estamos comparando coisas diferentes porque os contratantes lá no futuro são diferentes do que são hoje ou ao que foram no passado. Isso porque, além da mudança do estado de natureza, os incentivos estratégicos e o aprendizado auferido ao longo

da relação contratual mudam completamente o sentido de equilíbrio da relação contratual. O mesmo se dá quando utilizamos a taxa interna de retorno que, além de causar distorções no presente, demonstra-se de reduzida utilidade como fator de projeção do futuro quando estamos diante de comportamentos dinâmicos não lineares dos contratos.

Assim, é importante observar que o modelo mecanicista de equilíbrio de contratos de longo prazo apresenta várias limitações²⁰. Em primeiro lugar, como exemplificamos no caso do uso de fluxo de caixa, ele não leva em conta a irreversibilidade do tempo, ignorando que eventos passados podem influenciar de maneira irreversível os estados futuros do contrato. Em segundo lugar, o modelo não considera a não linearidade das relações contratuais, onde pequenas mudanças nas condições iniciais podem levar a grandes variações nos resultados. Essas limitações tornam o modelo inadequado para lidar com a complexidade e dinâmica dos contratos de longo prazo, que são marcados por mudanças contínuas e adaptações necessárias.

Esses contratos administrativos de longo prazo apresentam algumas características fundamentais²¹:

1. Sistemas Dinâmicos: A economia é vista como um sistema dinâmico, onde os agentes mudam suas estratégias em resposta a novas informações e aprendizados. Os contratos de longo prazo são dinâmicos e adaptativos, exigindo uma abordagem de gestão que seja igualmente flexível e responsiva. Isso implica a necessidade de mecanismos contratuais que permitam ajustes contínuos e proativos, alinhando as expectativas e obrigações das partes ao longo do tempo.

Isso é muito importante porque em vez de investirmos tempo e dinheiro em tentarmos entender o montante do desequilíbrio, precisamos antes compreender por que eles desequilibraram e quais os mecanismos que podem levá-los ao reequilíbrio.

A doutrina contratual clássica falha ao tentar reequilibrá-los porque não entende porque eles saíram do equilíbrio e que forças o levaram a tal situação. Entende-se o contrato com um pêndulo ou um relógio que necessariamente e linearmente em algum momento restará no equilíbrio.

²⁰ COLANDER, David (Org.). *Complexity and the History of Economic Thought: Perspective on the History of Economic Thought*. New York: Routledge Press, 2000.

²¹ ELSNER, Wolfram; HEINRICH, Torsten; SCHWARDT, Henning. *The Microeconomics of Complex Economies: Evolutionary Institutional Neoclassical and Complexity Perspectives*. London: Elsevier Press, 2015.

2. Flexibilidade e Adaptabilidade: Contratos de longo prazo devem ser tratados como sistemas dinâmicos que exigem flexibilidade e adaptabilidade contínuas para manter o equilíbrio. A flexibilidade dos contratos é fundamental para sua sustentabilidade, permitindo que as partes ajustem suas obrigações e expectativas em resposta a mudanças nas condições externas e internas. A adaptabilidade envolve a capacidade de resposta rápida e eficaz a eventos imprevistos, garantindo que o contrato permaneça viável e eficaz ao longo do tempo.

Como veremos mais à frente, a resposta pragmática ao arcabouço teórico clássico do reequilíbrio é adaptabilidade. As partes do contrato aprendem com o tempo e mudam seu comportamento estratégico. Isso precisa ser entendido quando formos discutir contratos de longo prazo que sofrerão um impacto substantivo como o choque exógeno promovido pela recente reforma tributária.

3. Irreversibilidade do Tempo: Reconhece a irreversibilidade do tempo e a necessidade de adaptação constante, contrastando fortemente com a visão estática e linear do modelo mecanicista. A irreversibilidade do tempo implica que eventos passados têm um impacto duradouro e irreversível nos estados futuros do contrato, exigindo uma abordagem de gestão que seja contínua e proativa, garantindo que esses contratos permaneçam relevantes e eficazes ao longo do tempo.

Assim, o interesse das partes e seu comportamento estratégico mudam com o passar do tempo e o direito contratual *mainstream* não consegue captar isso. Esse direito é cartesiano e mecanicista, partindo pressuposto que o futuro é uma sombra estatística do passado.

4. Interações Não Lineares: As interações entre as partes contratuais não são lineares, significando que os resultados do contrato podem ser altamente sensíveis a mudanças nas condições iniciais. A não linearidade das interações contratuais implica que pequenas mudanças nas condições iniciais podem levar a grandes variações nos resultados do contrato. Isso exige uma abordagem de gestão que seja capaz de lidar com a complexidade e a incerteza, permitindo ajustes contínuos e antecipatórios para manter o equilíbrio e a sustentabilidade do contrato.

Sendo assim, o que foi acordado inicialmente no contrato quando da sua celebração não deve servir como ponto de chegada do reequilíbrio contratual. Não faz sentido achar que anos depois será possível retornar àquilo que fora convencionado no momento $T=0$, ou, como restou consagrado na praxis no reequilíbrio mecanicista, na proposta comercial apresentada pelos licitantes, ao se forcejar a aplicação do art. 37, XXI, da CRB, aos contratos de longo prazo.

Já sabemos que esses contratos administrativos de longo prazo são comumente incompletos, e nesse contexto de incerteza, o preço licitado representa o melhor preço “possível” dada a quantidade de informação que as partes possuíam quando da elaboração do certame. Assim, durante a execução desses contratos de longo prazo, há acomodações para que, realmente, se encontre uma estabilidade desse contrato. Logo, repetimos, o ponto de partida é a celebração do contrato com o estabelecimento do “gap de expectativas” que as partes estabeleceram. A licitação, por seu turno, é um procedimento - por vezes falho - para possibilitar a celebração desse contrato e realizado com base em premissas que levam em consideração o retrato fático do momento anterior ao contrato e, portanto, nunca definitivo.

Isso coloca em xeque a secular ideia de *pacta sunt servanda* que tem ínsita a ideia de reversibilidade do tempo e a visão mecanicista que o futuro é apenas uma projeção linear do presente, que é mais focada no ideário de justiça do que na produção de eficiências.

Nesse sentido, vale a pena considerar as ideias de Ilya Prigogine que trouxe uma nova perspectiva para a ciência com sua teoria da complexidade e a introdução do conceito de irreversibilidade do tempo. Em seu livro "O Fim das Certezas: Tempo, Caos e as Leis da Natureza"²², Prigogine argumenta que o tempo não é uma simples variável reversível como descrito na física clássica, mas um elemento fundamental que confere irreversibilidade aos processos naturais. Esta visão desafia a abordagem mecanicista tradicional que vê o tempo como uma dimensão simétrica, onde passado e futuro são intercambiáveis. E por mais incrível que isso possa parecer, não conseguimos perceber isso nos contratos administrativos de longo prazo.

A incorporação do tempo na física clássica, desde Galileu até Einstein, tratava o tempo como uma dimensão simétrica, sem distinguir entre passado e futuro. No entanto, na realidade observada, a flecha do tempo é uma característica fundamental dos processos naturais. A física do não equilíbrio, que estuda os processos dissipativos caracterizados por um tempo unidirecional, confere uma nova significação à irreversibilidade. Prigogine destaca que a irreversibilidade não é uma mera aparência, mas uma propriedade intrínseca dos sistemas dinâmicos instáveis. Eis o ponto dos contratos administrativos de longo prazo: a doutrina *mainstream* não considera essa flecha do tempo e entende esses contratos como a perpetuação das estratégias e dos incentivos dos agentes.

²² PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das Certezas: Tempo Caos e as Leis da Natureza*. São Paulo: Unesp, 2011.

Nesse sentido, cumpre lembrar que os sistemas complexos e não lineares podem gerar uma ampla gama de comportamentos possíveis e desenvolver insights sobre a dinâmica desses sistemas tem sido frequentemente difícil. Sob o paradigma tradicional de reequilíbrio de contratos, as metodologias utilizadas são desenvolvidas com base na otimização de alguma medida refletida numa função objetiva, muitas vezes, utilizando modelos que são essencialmente mecânicos e determinísticos²³.

Os processos de não equilíbrio estudados por Prigogine levaram ao desenvolvimento de conceitos como auto-organização e estruturas dissipativas. Esses conceitos mostram que, longe do equilíbrio, a irreversibilidade pode ter um papel construtivo, criando novas formas de ordem e organização. Por exemplo, em sistemas químicos, as reações podem levar à formação de padrões espaciais e temporais auto-organizados, que não seriam possíveis em condições de equilíbrio.

Assim, o primeiro passo para entender como esses contratos administrativos de longo prazo podem ser reequilibrados é perceber a modificação das expectativas dos contratantes ao longo do tempo, ao deslocar a ênfase da otimização estática sob restrições para a adaptabilidade. Dada a incerteza e a previsibilidade limitada desses contratos, as partes (e o controle também) precisam aceitar a necessidade de experimentar e monitorar de perto os efeitos das interações nesses contratos e seus possíveis (des)equilíbrios.

O modelo de equilíbrio mecanicista utilizado pelo direito administrativo tradicional apresenta duas características básicas: a simplificação e abstração dos pressupostos de modelos lineares e estáticos capazes de oferecer uma solução única e determinística para simplificar a realidade descrita. Os princípios impostos à teoria contratual pelo paradigma cartesiano de simplificação criaram uma separação entre a realidade e sua representação formal.

Isso mostra que os administrativistas não conseguem capturar adequadamente a dinâmica comportamental dos contratos de longo prazo e falham em explicar os novos princípios que justificariam tal inadequação, formando a base para a construção de uma nova abordagem interdisciplinar — **a teoria dos múltiplos equilíbrios contratuais** - que será explicitada mais adiante.

²³ LIU, Hongliang; HOWLEY, Enda; DUGGAN, Jim. Co-evolutionary analysis: A policy Exploration Method for System Dynamics. *Model System Dynamic Review*, v. 28, n. 4, p. 361-369, 2012.

Mas antes, vamos dar uma olhada em alguns diplomas legislativos que podem servir de subsídio para a análise do equilíbrio desses contratos de longo prazo.

Em primeira ronda, vê-se o projeto de lei complementar PLP 68/2024 que regulará a incidência da CBS e do IBS, a saber:

DO REEQUILÍBRIO DE CONTRATOS DE LONGO PRAZO

Art. 362. O presente Capítulo dispõe sobre os instrumentos de ajuste para os contratos firmados anteriormente à entrada em vigor desta Lei Complementar.

§ 1º Aplica-se o disposto no presente Capítulo, no que couber, a contratos administrativos firmados posteriormente à vigência desta Lei Complementar cuja proposta tenha sido apresentada antes de sua entrada em vigor.

§ 2º O disposto no presente Capítulo não se aplica aos contratos privados, os quais permanecem sujeitos às disposições da legislação específica.

*Art. 363. Os contratos vigentes na entrada em vigor desta Lei Complementar celebrados pela administração pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessões públicas, **serão ajustados para assegurar o restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro em razão da alteração da carga tributária efetiva suportada pela contratada em decorrência do impacto da instituição do IBS e da CBS, nos casos em que o desequilíbrio for comprovado.***

§ 1º Para os fins deste Capítulo, a determinação da carga tributária efetiva suportada pela contratada deve considerar, inclusive:

*a) **os efeitos da não cumulatividade** nas aquisições e custos incorridos pela contratada, considerando as regras de apuração de créditos, e a forma de determinação da base de cálculo dos tributos de que trata o caput;*

*b) **a possibilidade de repasse a terceiros**, pela contratada, do encargo financeiro dos tributos de que trata o caput;*

*c) **os impactos decorrentes da alteração dos tributos no período de transição** previsto nos arts. 125 a 133 do ADCT; e*

d) os benefícios ou incentivos fiscais ou financeiros da contratada.

§ 2º O disposto neste Capítulo aplica-se inclusive aos contratos que já possuam previsão em matriz de risco a respeito de impactos tributários supervenientes.

Art. 364. A administração pública procederá à revisão de ofício para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro quando constatada a redução da carga tributária efetiva suportada pela contratada, nos termos do art. 363.

Art. 365. A contratada poderá pleitear o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de que trata o art. 363 verificado no período de transição de que tratam os arts. 125 a 133 do ADCT por meio de procedimento administrativo específico e exclusivo, nos seguintes termos:

I - o pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro poderá ser feito a cada nova alteração tributária que ocasione o comprovado desequilíbrio;

II - o pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação;

III - o procedimento de que trata o caput deverá tramitar de forma prioritária;

IV - o pedido deverá ser instruído com cálculo e demais elementos que comprovem o efetivo desequilíbrio econômico-financeiro, observado o disposto no § 2º;

V - o reequilíbrio poderá ser feito por meio de:

a) revisão dos valores contratados;

b) compensações financeiras, ajustes tarifários ou outros valores contratualmente devidos à contratada, inclusive a título de aporte de recursos ou contraprestação pecuniária;

c) renegociação de prazos e condições de entrega ou prestação de serviços;

d) elevação ou redução de valores devidos à administração pública, inclusive direitos de outorga; e) transferência a uma das partes de custos ou encargos originalmente atribuídos à outra;

f) outros métodos considerados aceitáveis pelas partes, observada a legislação do setor ou de regência do contrato.

§ 1º O pedido de que trata o caput deverá ser decidido de forma definitiva no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados do protocolo, prorrogável uma única vez por igual período caso seja necessária instrução probatória suplementar, ficando o referido prazo suspenso enquanto não restar atendida a requisição pela contratada.

§ 2º As pessoas jurídicas integrantes da administração pública com atribuição para decidir sobre procedimentos de reequilíbrio econômico-financeiro poderão regulamentar a forma de apresentação do pedido de que trata o caput e metodologias de cálculo recomendadas para demonstração do desequilíbrio, sem prejuízo do direito de a contratada solicitá-lo na ausência de tal regulamentação.

Art. 366. Nos casos de omissão deste Capítulo, aplicam-se, subsidiariamente, as disposições da legislação de regência do contrato.

Pois bem, o que temos aqui? Em primeiro lugar, devemos dizer que se trata de um projeto de lei, sujeito a toda sorte de alterações durante a tramitação parlamentar bicameral. Há razoável probabilidade, no entanto, de que essas ideias básicas não devem mudar na tramitação do projeto, pelo que servem bem de base para a discussão que aqui estamos tendo sobre o assunto.

Vejamos os principais pontos dos dispositivos. O artigo n° 363, já no caput, observa que os contratos administrativos serão ajustados para assegurar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro em razão da alteração da carga tributária efetiva suportada pela contratada em decorrência do impacto da instituição do IBS e da CBS, nos casos em que o desequilíbrio for comprovado.

Trata, portanto dos possíveis (mas não peremptórios) impactos que a instituição do novos IBS e CBS irão provocar nos contratos. Obvio que estamos falando de contratos de execução diferida, que perpassam sua vigência além da entrada em vigor da nova ordem tributária.

Embora contratos administrativos de curto prazo também devam ser alterados, gostaríamos de centrar naqueles de longa duração, como são os contratos de concessão de serviço público, Parceria Público Privada, tecnologia, obras públicas, entre tantos.

Para requerer o reequilíbrio, três condições são necessárias: em primeiro lugar, o cálculo do reequilíbrio deve ter por ponto de referência a carga tributária efetiva (não a nominal), além da alteração tributária ter sido suportada pela contratada. Entende-se por carga tributária efetiva aquela referente ao tributo devidamente pago pelas empresas e que é responsável pelos efeitos econômicos efetivos que o sistema tributário pode causar. A derradeira condição é o

que desequilíbrio seja, de fato, comprovado. Esse último ponto é o mais complexo de todos, como veremos adiante, porque determinar com exatidão qual o impacto da incidência dos novos impostos sobre um contrato específico é tarefa difícil, senão impossível²⁴.

Mais adiante, o artigo n° 363 estabelece, para fins de determinação da carga tributária, quais aspectos deverão instruir o pedido do contratado, que são justamente aqueles pontos especificamente analisados na primeira parte deste artigo, quais sejam, os efeitos da não cumulatividade, a possibilidade de repasse a terceiros, os impactos decorrentes da alteração dos tributos no período de transição e o fim dos incentivos fiscais e financeiros.

Em primeiro lugar, devem ser considerados **os efeitos da não cumulatividade** nas aquisições e custos incorridos pela contratada, considerando as novas regras de apuração de créditos, e a forma de determinação da base de cálculo dos tributos de que trata o *caput*. Como visto no tópico II.2, essencial para determinar tais efeitos será a forma de implementação do mandamento contido no CF §4º do art. 156-A, que inverte o ônus para o reconhecimento e aproveitamento dos créditos da não cumulatividade para o IBS/CBS.

Pelo novo mandamento constitucional, cabe a Lei Complementar estabelecer forma e prazo razoáveis para o ressarcimento de créditos acumulados pelo contribuinte (CF art. 156-A, §5º, III). Só com a implementação desse dispositivo constitucional e o efetivo cumprimento de tal responsabilidade pelo Comitê Gestor terão os contratantes conhecimento do real efeito da não cumulatividade nas suas aquisições e custos.

Também pelo PL deve ser avaliada, para fins de cálculo do impacto, a **possibilidade de repasse a terceiros**, pela contratada, do encargo financeiro dos tributos de que trata o *caput*, que é justamente a materialização do novel princípio constitucional da neutralidade tributária, também analisado na primeira parte deste estudo. Esta avaliação afeta principalmente os contratos remunerados por tarifas ou preços públicos (tipicamente, a concessão comum de serviço público), podendo atingir também alguns contratos, como concessões administrativas, cujas receitas acessórias também decorram de preços de bens e serviços cursados em mercado.

Aqui se precisa detectar qual a elasticidade preço da demanda dos bens objeto do contrato para saber em que medida o contratado poderá repassar o efeito econômico do tributo a

²⁴ SCAFF, Fernando Facury. O Reequilíbrio dos Contratos de Longo Prazo e Reforma Tributária. Consultor Jurídico. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-29/o-reequilibrio-dos-contratos-de-longo-prazo-e-a-reforma-tributaria/>.

terceiros²⁵, como determina o princípio da neutralidade. Isso ocorre porque os agentes econômicos reagem com intensidade distintas diante da variação de preços de diferentes produtos. Essa elasticidade é “um quociente entre a variação percentual das quantidades procuradas de um bem ou serviço e a variação percentual do respectivo preço”²⁶.

Há casos extremos de elasticidade²⁷. No primeiro momento teremos inelasticidade total ou rigidez total quando o seu valor é zero, demonstrando que qualquer variação dos preços é insuficiente para provocar qualquer mudança na quantidade demandada. Nesses casos, o contribuinte de direito (aquele que por lei sobre a incidência tributária) conseguirá repassar a totalidade do aumento do tributo para o consumidor²⁸. São situações raras.

Ao contrário da elasticidade infinita, ou bens totalmente elásticos, quando um sutil aumento de preços é capaz de afastar todo os consumidores. Nesse caso, diante do aumento de tributo, o contribuinte de direito terá que arcar com a totalidade do aumento do imposto, sendo impossível seu repasse ao consumidor final.

É claro que estamos falando de casos limites e a grande maioria dos bens possuem elasticidades entre esses dois extremos.

A medida da elasticidade e do impacto da variação dos preços sobre a demanda individual é, como sabemos, variável de difícil mensuração, ademais o contrato pode estabelecer uma miríade de bens e serviços e o cálculo dessa incidência pode também variar com o tempo e com a mudança dos mercados.

Também deverão ser considerados **os impactos decorrentes da alteração dos tributos no período de transição** previsto nos arts. 125 a 133 do ADCT da Constituição Federal. Nesse caso, dar-se-á o impacto da mudança dos tributos sobre os contratos já em vigência quando da mudança do padrão tributário.

Por fim, temos que considerar a extinção dos **benefícios ou incentivos fiscais ou financeiros da contratada**, nos termos postos nos itens II.3 e II.4 deste trabalho. Isso também vai demandar grande esforço de mensuração porque um benefício ou incentivo fiscal gera externalidades positivas e negativas na cadeia produtiva e o impacto da reforma, por

²⁵MANKIWI, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. 6ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

²⁶ARAUJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 177.

²⁷VARIAN, Hal R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

²⁸BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Org.). *Economia do Setor Público no Brasil*. São Paulo: Elsevier, 2015.

óbvio, não ficará adstrita a um contrato apenas, mas a um plexo de contratos que compõem aquele universo produtivo.

O § 2º desse artigo n° 363 dispõe sua disciplina de reequilíbrio econômico-financeiro também se impõe **aos contratos que já possuam previsão em matriz de risco a respeito de impactos tributários supervenientes.**

Todo contrato possui duas funções econômicas precípuas: alinhar incentivos e repartir riscos. Em um contrato qualquer, caso um determinado risco seja alocado a um dos contratantes e o evento cujo risco alocado se realize, em tese essa parte não terá reequilíbrio a alegar posto que assumiu aquele risco. Por seu turno, terá direito ao reequilíbrio a parte para a qual o risco não foi alocado, mas que sofreu impacto da realização do risco.

Geralmente, em contratos administrativos, o risco de aumento dos tributos é alocado ao poder público e se houver um aumento deles, caberá o ressarcimento ao particular contratado, se esse provar que sofreu efeito deletério da majoração desse tributo, na forma do disposto no art. 9º, § 3º, da Lei n°8.987/1995, segundo a qual “Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso”. Assim, no direito administrativo, essa dinâmica é tratada como *alea administrativa*, conhecida como *fato do príncipe* ou como *alea econômica*, a conhecida teoria da *imprevisão*. Em ambos os casos, por atribuição legal cumpre ao poder público (que em regra carrega o risco de mudanças tributárias), indenizar o particular contratado que sofreu o impacto da mudança dos impostos. Nada impede, no entanto, que o contrário ocorra, um desbalanceamento em favor da administração pública que, no caso, deverá ter o reequilíbrio econômico em seu favor.

Portanto, o § 2º desse artigo n° 363 sinaliza que mesmo que já haja matriz de risco alocando para uma das partes os impactos do aumento tributário, mesmo esses contratos deverão se submetidos à análise para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. Isso porque, como já vimos, estamos diante de um choque exógeno de grande monta, muito além dos impactos tributários advindo de mudanças hodiernas e pontuais desse ou daquele tributo.

A latere, cumpre lembrar que a ideia clássica no direito administrativo brasileiro é que a matriz de risco seja a base para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Só que há um problema intrínseco que precisa ser mais bem estudado, que é a ideia da **correlação de riscos**. Todo esse pressuposto teórico parte da ideia de que os riscos não são correlacionados, mas eles são. A ideia clássica traz a ideia teórica de utilizar a matriz de risco como *proxy* para

o reequilíbrio. Essa ideia parte do pressuposto de que os riscos são isolados, ou seja, da independência dos riscos, e não é assim.

Se isso não fosse o bastante, cumpre lembrar que alocação de riscos original do contrato de longo prazo nada mais é do que a *proxy* para ancoragem de expectativas de longo prazo dos contratantes. Esses riscos certamente sofrerão mutação com o passar do tempo e a matriz de risco deverá ser atualizada no futuro.

O artigo n° 364 do projeto em comento determina que a administração pública deverá promover de ofício a revisão do contrato para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro quando constatada a redução da carga tributária efetiva suportada pela contratada, nos termos do art. N° 363. Óbvio está que o contratado terá direito ao contraditório e ampla defesa para questionar os números encontrados pela administração pública. Como se darão esses cálculos, quais as premissas utilizadas e quais os números finais? São temas que devem ser tratados com a mais ampla transparência.

Como veremos mais adiante, o valor apresentado pela administração, bem como o montante apresentado pelo contratado, pelo controle ou ainda pelo Poder Judiciário são apenas “**pontos focais**” que delimitam o equilíbrio que será aceito pelas partes. Em contratos de longo prazo, complexos, relacionais e não lineares não há como garantir que haverá um único equilíbrio em ponto futuro. Mas parece aceitável que teremos mais de um equilíbrio (ou nenhum!) e os valores apresentados pelas partes são, na verdade, pontos de ancoragem que delimitarão a barganha subsequente.

O artigo n° 365 traz apenas questões procedimentais para a propositura do pedido de equilíbrio.

Nesse mesmo diapasão, eis a dicção do artigo 134 da lei 14.133/21, a lei de licitações e contratos, que assim trata do tema:

Art. 134. Os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos, conforme o caso, se houver, após a data da apresentação da proposta, criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços contratados.

Esse artigo 134 trata, por óbvio, de mudanças pontuais dos tributos, ao passo que a disciplina da lei complementar dispõe sobre o reequilíbrio advindo do choque exógeno promovido pela mudança de estrutura tributário e sua repercussão nos contratos.

III.3 - Múltiplos Equilíbrios e Dinâmica Adaptativa

A recente reforma tributária no Brasil (especificamente com a criação dos novos impostos IBS e CBS) representa um choque exógeno que impõe novas dinâmicas aos contratos administrativos de longo prazo. A abordagem mecanicista de reequilibrar contratos com base em análises de fluxos de caixa e taxa interna de retorno é insuficiente para capturar a complexidade e a adaptabilidade necessárias para lidar com essas mudanças. A reforma cria um ambiente onde múltiplos equilíbrios podem emergir ao longo do tempo, exigindo uma abordagem mais flexível e adaptativa²⁹.

A reforma tributária pode resultar em um aumento significativo dos custos operacionais para alguns setores, enquanto outros podem se beneficiar de uma carga tributária reduzida. Isso cria um cenário complexo onde os contratos devem ser ajustados de maneira contínua e proativa para garantir que permaneçam viáveis e eficazes.

Para minimizar os custos de transação durante esses ajustes, recomenda-se, por exemplo, a inclusão de cláusulas padrão de reequilíbrio nos contratos existentes, que detalhem procedimentos claros e pré-definidos, reduzindo a necessidade de negociações extensas. Além disso, a implementação de sistemas de monitoramento contínuo e auditorias periódicas utilizando tecnologia pode acompanhar o desempenho e a conformidade do contrato, diminuindo os custos de supervisão. Mecanismos alternativos de resolução de disputas, como arbitragem e mediação, devem ser utilizados para assegurar um *enforcement* rápido e menos custoso.

Com efeito, a análise das implicações da reforma deve levar em conta não apenas os impactos financeiros diretos, mas também as mudanças nas **expectativas e nos comportamentos das partes envolvidas**, bem como a necessidade de mecanismos de ajuste contínuo para manter o equilíbrio e a sustentabilidade dos contratos.

A dinâmica não linear e adaptativa introduzida pela reforma tributária implica que os contratos podem encontrar múltiplos equilíbrios ao longo do tempo. Esses equilíbrios podem ser definidos pelas partes contratantes, tribunais de contas ou poder judiciário, e representam pontos focais que delimitam o espaço tridimensional onde o equilíbrio aceito pelas partes se

²⁹ MOSINI, Valeria (Org.). *Equilibrium in Economics: Scope and Limits*. New York: Routledge Press, 2007.

encontrará. Isso requer uma abordagem de gestão que seja capaz de lidar com a complexidade e a incerteza, permitindo ajustes contínuos e proativos para manter a viabilidade e a eficácia dos contratos. Para gerenciar essa complexidade, pode-se pensar na criação de comitês de renegociação compostos por representantes do contratante, contratado e reguladores, que se reúnam regularmente para discutir e ajustar os termos dos contratos em curso conforme necessário. Esse ponto é importante e vejamos o gráfico abaixo:

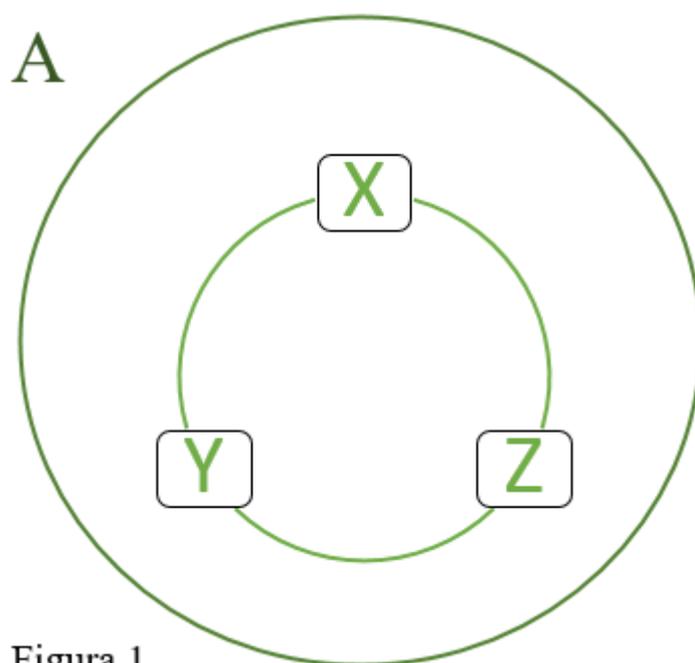


Figura 1

Se estamos dizendo que não há um simples equilíbrio, para que servem os valores estabelecidos pelas partes em análises, auditorias e perícias? Percebe-se pelo gráfico que há um universo de possibilidade para determinar o equilíbrio do contrato (conjunto A) mas nem todas são viáveis. Assim, precisamos delimitar esse universo. Suponhamos que a empresa contratada estabeleça em seu pedido de reequilíbrio um valor X, a administração pública, por sua vez, advoga o valor Y e o controle, quer seja o tribunal de contas ou mesmo poder judiciário, crava um valor Z. Quem tem razão? A resposta “todos têm!” a esta última pergunta não constitui uma impossibilidade lógica.

Os resultados encontrados nas simulações são, na verdade, “**pontos focais**”, elementos de ancoragem, delimitando um subconjunto de A onde há múltiplos equilíbrios. Eis aí a essência

da “teoria dos múltiplos equilíbrios”. Os pontos focais são reconhecidos na teoria dos jogos como indicativos relevantes para o sucesso ou insucesso em negociações, dependendo do número de equilíbrios possíveis. Esse espaço X-Y-Z é onde ocorre a barganha; a renegociação; a arbitragem e a ação do controle ou a prestação jurisdicional devem se desenrolar.

Na verdade, quando o contrato é assinado dar-se-á o estabelecimento de um “gap de expectativas” que será preservado ao longo da execução contratual. Há natural oscilação dentro ou fora dessa banda com o passar do tempo. A função do sistema de reequilíbrio é garantir que o contrato permaneça dentro dessa banda de equilíbrio, onde poderá existir um equilíbrio ou muitos deles.

Nessa perspectiva, a ideia bastante difundida de que a matriz de risco é o “braço operacional” do reequilíbrio econômico-financeiro não se sustenta no longo prazo. A uma porque ninguém nunca soube explicar o que significa “braço operacional” e a duas porque utilizar a matriz de risco como *proxy* para o reequilíbrio é cristalizar a noção linear e previsível do comportamento do contrato e dos riscos no futuro. **A matriz de risco é importante, muito importante, particularmente nas discussões de curto prazo, mas não é o fiel da balança em contratos relacionais, não lineares e intrinsecamente incompletos, em uma abordagem de longo prazo.**

Isto porque o “estado de natureza” muda com o passar do tempo e a matriz de risco deve também se adaptar a isso³⁰. Para fazer uma diferenciação clara entre risco e incerteza, podemos nos referir a Knight³¹ (1921). O risco refere-se a situações nas quais é possível inferir uma distribuição de probabilidade para um evento. Por exemplo, em um contrato de concessão de rodovia, com base em experiências anteriores e nas circunstâncias econômicas, pode-se inferir o risco de demanda e a probabilidade de ocorrência de outros tipos comuns de eventos, como deterioração de postos coletores ou a obsolescência tecnológica.

No caso da incerteza, não há como prever se um evento ocorrerá ou não, tornando impossível inferir uma distribuição de probabilidade. E quando se trata de incerteza fundamental, sequer é possível imaginar o impacto que isso teria no contrato.

Por exemplo, é irracional, oneroso e proibitivo incluir na matriz de risco do contrato uma estimativa para eventos altamente improváveis, como a queda de um meteoro de grandes

³⁰ NOBREGA, Marcos. Risco e incerteza nos contratos do setor elétrico. *JOTA Info*, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/risco-e-incerteza-nos-contratos-do-setor-eletrico-08052020>. Acesso em: 03 jun. 2024.

³¹ KNIGHT, F. *Risk, Uncertainty and Profit*. London: Houghton Mifflin, 1921. (second edition 1933).

proporções na Terra ou um terremoto no Brasil. Ninguém faria isso, pois tais eventos não podem ser previstos ou estimados, estando fora de nossa capacidade cognitiva.

No entanto, é importante diferenciar entre incerteza ambígua (*ambiguity uncertainty*) e incerteza fundamental (*fundamental uncertainty*). Na incerteza ambígua, não temos capacidade cognitiva de estimar os eventos, considerando-os como incerteza e não risco. Imagine um contrato celebrado há 50 anos, quando as condições econômicas e tecnológicas disponíveis para previsões eram muito mais limitadas.

No caso da incerteza fundamental, prever eventos e seus impactos nos contratos torna-se inviável. Nesses casos, estamos diante de uma situação clara de força maior, protegida pela teoria da imprevisão.

Como o risco é definido por uma distribuição de probabilidade, esta pode mudar ao longo do tempo. O que antes era uma incerteza fundamental pode se tornar um risco e, eventualmente, deixar de ser ambos. Pense no COVID-19 e no avanço da tecnologia de vacinação. É importante considerar essas diferenças ao elaborar contratos e estratégias de gestão de risco.

Essa mutabilidade da matriz de risco parece óbvia e vem ganhando tração teórica e prática³². Essa mesma lógica foi incorporada à regulamentação da matriz de alocação de riscos da Secretaria de Estado de Infraestrutura de Mato Grosso, através da Instrução Normativa 004/2023/SINFRA4. Além de definir um procedimento para a elaboração das matrizes de riscos, a IN 004/2023 também estabelece que a matriz deve ser dinâmica e reavaliada periodicamente. Veja o que diz um dos seus dispositivos: “*Art. 12. A matriz de alocação de riscos terá a característica de ser **dinâmica**, devendo ser periodicamente reavaliada por meio de um processo contínuo de monitoramento de riscos e de documentação de novos riscos e/ou de novos dados sobre os riscos já documentados*”. (grifo nosso).

Na verdade – repetimos - a função de mecanismos de equilíbrio econômico-financeiro do contrato é manter o **gap de expectativas** que as partes acordaram quando da assinatura do contrato e não manter intacta a matriz de risco. A premissa de que o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de longo prazo é o “braço operacional” (sic) da matriz de risco não se sustenta a longo prazo se estamos lidando com contratos que apresentam comportamento não linear e imprevisível.

³² ALBUQUERQUE, Caio Felipe. A Matriz de Riscos dinâmica: Uma solução para incertezas contratuais. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/a-matriz-de-riscos-dinamica-uma-solucao-para-incertezas-contratuais>. Acesso em: 03 jun. 2024.

A curto prazo, a mecânica dos reequilíbrios depende sim da estabilidade da matriz de riscos, ainda que haja considerações entre a dinâmica cruzada desses riscos que são frequentemente tratados como independentes. Essa abordagem dá segurança e previsibilidade à relação contratual, ou seja, pautar os reequilíbrios na matriz de riscos no curto prazo é uma implementação do contrato.

No longo prazo, ou seja, no horizonte de contratos longos, contudo, seria absurdo pautar os reequilíbrios em uma matriz de riscos que deve se tornar obsoleta. Grandes fenômenos como uma pandemia, guerras ou mesmo as enchentes no Rio Grande do Sul, e talvez a própria Reforma Tributária, precipitam a obsolescência dessa matriz, mas não são os únicos fatores que ensejam a sua alteração.

À luz da Teoria do Barquinho Klink, a matriz de riscos deve ser adaptada a longo prazo, para dar conta dos contratos relacionais. Aponta-se, nessa teoria, que a natureza da falha de mercado exige um "congelamento" da matriz de riscos para induzir aos comportamentos socialmente desejáveis (que são por natureza de caráter *second best*), mas a adaptabilidade da matriz deve ocorrer. Não há ainda um desdobramento operacional dessa proposta de adaptação da matriz de riscos, mas ela pressupõe um *design* contratual que antevêja mudanças planejadas (por exemplo, nunca afetar reequilíbrios antes de 4 ou 5 anos à frente, no máximo com caráter *ex ante*, mas rever sim a alocação de riscos com base em grandes mudanças). Isto para se evitar o casuísmo, mas se deveria sim considerar a mutabilidade como um elemento chave dos contratos de longo prazo, evitando a ingenuidade (ou talvez interesse de consultores) de tratar esse instrumento como um braço operacional congelado no tempo, alheio a grandes mudanças de circunstâncias e dos próprios tipos de participantes³³ do contrato.

³³ Em Nóbrega, Turolla e Veras (2023), aponta-se que uma fonte de mudança da matriz de riscos é: “mudanças estruturais nos tipos dos agentes contratantes: em uma relação de longo prazo, após décadas, é possível que o tipo das partes contratantes se altere de forma que a alocação de riscos perca uma parte de seu sentido. Isso é especialmente relevante quanto ao lado público: um governo focado no aumento do PIB se torna, com o tempo, focado em um conceito alternativo de mensuração do desenvolvimento, considerando por exemplo em sua função objetivo os fatores ambientais. É difícil dizer a esse governo que se mantenha preso ao contrato nas condições em que foi estabelecido, e uma renegociação eficiente deverá ter lugar. Os contratos atuais deixam margem a essa mudança de tipo desse agente contratante, ou apenas oferecem mecanismos de saída para que o contrato seja extinto por não mais atender ao interesse público?”. Ou seja, o problema aqui é, por exemplo, uma concepção de contrato anterior à emergência da consciência ambiental poderia governar uma relação antiga, de longo prazo, em que o contrato trata como desejável o aumento do consumo de combustíveis fósseis e aloca ao setor público o risco de que isso não ocorra?

Nesse ponto, vale reiterar que, para lidar com a incerteza e a adaptabilidade dos contratos em curso, é essencial incluir cláusulas de ajuste regular que permitam revisões periódicas, para refletir mudanças nas condições econômicas e regulatórias. Ademais, a criação de painéis de revisão contratual pode garantir que os termos do contrato sejam reavaliados regularmente, considerando as mudanças no ambiente externo e interno. A modelagem de cenários também deve ser utilizada para prever possíveis impactos futuros e preparar ajustes proativos nos contratos.

Assim, o *design* contratual é essencial para garantir a eficácia e a sustentabilidade dos contratos de longo prazo. Um bom *design* contratual deve considerar a não linearidade da execução dos contratos administrativos e incorporar mecanismos que permitam ajustes contínuos e proativos. Logo, é muito melhor investir no adequado *design* contratual do que em uma miríade de consultorias que serão apenas capazes de dar um número, mas incapaz de entender a dinâmica do processo.

Por fim, é indispensável trabalhar a favor da construção e manutenção da confiança entre as partes contratantes mesmo em contratos já existentes. Mecanismos como workshops conjuntos, programas de treinamento e iniciativas de construção de equipes, com relatórios regulares sobre o estado do contrato e quaisquer preocupações emergentes, merecem ser praticados.

III.4 - Como adaptar os contratos administrativos para a reforma tributária?

Já vimos que o contrato quando assinado estabelece um “gap de expectativas” que deve ser mantido ao longo da execução contratual. Portanto, sob esse enfoque, o equilíbrio passa a ser um **cálculo que estabiliza expectativas**. As maneiras de equilibrar os contratos administrativos podem se dar de maneira endógena ou exógena a esses contratos e nesse texto nos restringiremos à primeira delas. Endogenamente estamos falando de mecanismos intracontratuais de reequilíbrio, que chamaremos de Teoria do Barquinho Klink, bem como a renegociação entre as partes.

Os mecanismos exógenos, ao seu turno, seriam métodos de resolução alternativas de disputas ou ainda decisão de um terceiro verificador como judiciário ou tribunais de contas, quer seja em processos administrativos ou judiciais ou mesmo no que se convencionou chamar de consensualismo.

Do ponto de vista de equilíbrio endógeno, a primeira opção é criar mecanismos no próprio contrato para estabilizar os choques exógenos advindo da reforma tributária. Em outras

palavras, criar “**amortecedores de reequilíbrio**” (**bump absorbers**) para suportar as pressões que incidirão sobre o contrato.

Incorporar cláusulas de flexibilidade e adaptação é fundamental para permitir ajustes ao longo do tempo sem a necessidade de renegociação completa do contrato. Um bom conceito é a chamada “**Teoria do barquinho Klink**” consignada no trabalho pioneiro de NOBREGA, TUROLLA e VERAS³⁴. Segundo os autores, um contrato de longo prazo sofre tantos impactos ao longo do tempo que é impossível que ele não se desequilibre. O mesmo ocorre como um pequeno barco que resolve atravessar o oceano. Impossível será esse barco navegar incólume à dimensão do oceano, com ondas imensas e toda sorte de intempéries. Esse barco inevitavelmente capotará.

Assim aconteceu com Amir Klink em sua pioneira travessia do oceano atlântico em 1984, que teve a diligência de construir um barco com um centro de gravidade tal que quando capotasse por contas das ondas, rapidamente se desviraria, possuindo um mecanismo interno de lastro que assim permitia fazê-lo.

Em uma analogia a contratos administrativos de longo prazo, é necessário criar mecanismos internos que “desvirem” o contrato e permitam que este retome a trajetória de equilíbrio sem traumas e com baixos custos de transação. À propósito, a completa definição da Teoria do Barquinho Klink está assim definida:

- *Teorema do Barquinho Klink (TBK):*

“Em ambiente não Arrow Debreu, com limitada existência de mercados líquidos de cobertura de determinados riscos, em ambiente não ergódico e de racionalidade limitada dos agentes, na vigência de falhas de mercado típicas de assimetria informacional e de questões de propriedade, o sistema de incentivos vigente levará à contratação ex ante de concessões de longo prazo se houver flexibilidade da renegociação contratual no caso da materialização dos cenários econômicos mais adversos ao contrato”.

Sendo assim, o que poderia materializar esse “reequilibradores” internos? uma boa ideia seria criar “**gatilhos de reequilíbrio**” que são mecanismos que permitem reequilíbrios automáticos e periódicos nos contratos, como a cada cinco anos. Esses gatilhos proporcionam uma forma estruturada de ajustar os contratos em resposta a mudanças nas condições

³⁴ NOBREGA, Marcos; TUROLLA, Frederico; VERAS, Rafael. Contratação incompleta de projetos de infraestrutura. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/372401108_Contratacao_incompleta_de_projetos_de_infraestrutura. Acesso em: 03 jun. 2024.

econômicas, tecnológicas e regulatórias. A periodicidade dos reequilíbrios garante que os contratos se mantenham alinhados com a realidade atual, evitando a acumulação de desequilíbrios ao longo do tempo.

Outra ideia é permitir o Reequilíbrio Cautelar, como instituído na legislação do Estado de São Paulo³⁵. Essa abordagem permite ajustes preventivos nos contratos em resposta a eventos que possam desequilibrá-los. Os reequilíbrios cautelares atuam como uma medida proativa para evitar crises contratuais, permitindo uma resposta rápida a choques exógenos antes que causem danos significativos aos contratos.

Nesse sentido, a Resolução n° 19 da Secretaria de Parcerias em Investimentos do Estado de São Paulo (29/5/23), estabelece critérios lógicos para o reequilíbrio cautelar dos contratos e prevê que essa medida corresponderá a 80% do impacto estimado do desequilíbrio. Essa Resolução 19/23, conforme disposto nos incisos do art. 3º, determina que a **avaliação** da medida cautelar de reequilíbrio será obrigatória quando se constatar:

- (i) risco de comprometimento da continuidade do serviço público, inclusive por comprometimento da solvência da concessionária, ou de vencimento antecipado ou de aceleração de vencimento de compromissos contratados com financiadores; ou
- (ii) indicativo de subsistência de saldo regulatório em vista do prazo contratual remanescente; ou
- (iii) desequilíbrio econômico-financeiro com projeção de impacto significativo. As métricas para determinar o impacto envolvem a aferição de custos adicionais ou de perda de arrecadação bruta.

O Artigo 6º dessa mesma Resolução, por sua vez, observa que, após ter sido recebida a manifestação de que trata o artigo 5º da resolução, ou transcorrido o prazo indicado neste dispositivo sem que tenha sido apresentada, o Secretário de Parcerias em Investimentos do Estado de São Paulo, com base nas melhores informações disponíveis, decidirá sobre a aplicação de medida cautelar de mitigação de desequilíbrio econômico-financeiro, a qual será obrigatória nas hipóteses em que, cumulativamente:

³⁵ BARCELOS, Marco Aurélio. Reequilíbrio em concessões: o barquinho em apuros precisa desvirar rápido. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reequilibrio-no-contratos-de-concessao-o-barquinho-em-apuros-precisa-desvirar-27102023?non-beta=1>. Acesso em: 03 jun. 2024.

I – a ocorrência do evento de desequilíbrio tenha sido definitivamente reconhecida pelo órgão competente ou possa ser presumida, nos termos do § 2º do artigo 3º desta resolução;

II – for possível a adoção de alguma das medidas cautelares previstas nas alíneas “c” ou “d” do inciso III do artigo 2º desta resolução;

III – não houver comprovada indisponibilidade dos recursos para o cumprimento das obrigações orçamentárias e financeiras do Estado ou para a preservação da autonomia financeira da agência reguladora responsável pela fiscalização da execução do contrato”.

Dessa forma, o instituto do reequilíbrio cautelar é prova incontestada da viabilidade da teoria do barquinho Klink e certamente esse mecanismo deve se espalhar para vários tipos de contratos como instrumento para amortizar os efeitos da reforma tributária.

Assim, tanto os gatilhos de reequilíbrio quanto os reequilíbrios cautelares funcionam como amortecedores contratuais. Eles absorvem choques exógenos e mantêm a estabilidade dos contratos, permitindo ajustes contínuos e adaptativos em resposta às mudanças no ambiente externo. Esses mecanismos garantem que os contratos permaneçam viáveis e eficazes ao longo do tempo, mesmo diante de incertezas e variabilidades.

Outra possibilidade para permitir o reequilíbrio endógeno desses contratos é promover a renegociação entre as partes, que certamente acontecerá com bastante frequência. Nesse ponto, no entanto, alguns aspectos devem ser considerados.

Em primeiro lugar, como pontuamos acima, provavelmente não haverá um único ponto de equilíbrio, mas vários equilíbrios que serão delimitados pelos valores estabelecidos pelos contratados e o contratante (e possivelmente controle) quando do início da renegociação (espaço X-Y-Z, na Figura 1). Os resultados encontrados nas simulações de contratos podem ser vistos como **pontos focais**, elementos de ancoragem em torno dos quais há múltiplos equilíbrios. Esses pontos focais delimitam o espaço onde a barganha, a renegociação, a arbitragem e a ação do controle ou a prestação jurisdicional devem se desenrolar. Eles delimitam os possíveis pontos de equilíbrio que as partes contratantes, os tribunais de contas e o poder judiciário podem considerar ao buscar soluções para manter a viabilidade dos contratos. Nesse ambiente de renegociação é possível que haja algum tipo de **vetor de equilíbrio**, sinalizando que o equilíbrio aceitável mais se aproxima de uma proposta X, Y ou Z.

Mas há problemas na renegociação e talvez o principal deles seja o **moral hazard** que se dá quando uma parte pode agir de forma oportunista, sabendo que os custos serão suportados

pela outra parte. O conceito de "**hold-up**" em contratos de infraestrutura de longo prazo refere-se à situação em que uma das partes, **geralmente a parte privada** em um contrato de longo prazo, aproveita-se da assimetria de informações ou do poder de negociação para buscar renegociações contratuais que favoreçam seus interesses, muitas vezes em detrimento da outra parte, que geralmente é a entidade pública.

O termo "**hold-up**" é frequentemente associado a práticas oportunistas, onde a parte privada busca extrair maiores benefícios ou vantagens após o início da execução do contrato. Isso pode envolver a busca por aumentos de preços, reduções nos investimentos ou outras revisões contratuais que não estavam inicialmente previstas. Isso pode comprometer a eficácia dos projetos, levando a custos mais elevados e resultados sub ótimos devido à falta de responsabilização e assimetrias de informação.

Há vários tipos de oportunismos e no contexto de contratos de longo prazo. Destaca-se o oportunismo de parceiros privados, mas também se reconhece a possibilidade de comportamento oportunista por parte das autoridades públicas e terceiros.

Em contratos de contratos de longo prazo, o oportunismo privado ocorre quando o operador busca renegociar as condições contratuais para aumentar seus lucros, aproveitando-se da assimetria de poder de negociação em relação à parte pública, devido à maior expertise, controle de informações e recursos.

A falta de conhecimento e habilidades na parte pública é destacada, especialmente em entidades de menor porte, o que dificulta a supervisão eficaz dos contratos de longo prazo, contribuindo para a assimetria de informações.

A introdução de mecanismos de supervisão e monitoramento rigorosos pode ajudar a mitigar o *moral hazard*, aumentando a transparência e responsabilizando as partes pelo cumprimento das obrigações contratuais. Da mesma forma, a criação de incentivos alinhados aos interesses de ambas as partes pode ser eficaz para evitar o *moral hazard*, garantindo que ambas as partes tenham responsabilidade e se comprometam com o sucesso a longo prazo do projeto.

Apesar de potencialmente prejudicial à parte pública, a ameaça de retirada do parceiro privado leva frequentemente à aceitação de renegociações, comprometendo a eficiência e os benefícios esperados da competição na concessão de contratos de longo prazo.

Autoridades públicas também podem agir oportunisticamente, utilizando contratos de longo prazo para fins não relacionados à eficiência econômica, como objetivos eleitorais, contornando restrições orçamentárias de curto prazo e buscando a reeleição. Da mesma

forma, de outro lado, não se deve desconsiderar a possibilidade de autoridades públicas que, reagindo à percepção de eleitores ou de seus próprios propósitos, evitem o oportunismo de forma a preservar ou construir a reputação do parceiro público, mostrando que a busca da construção de reputação (do próprio governo, ou do político incumbente que quer se mostrar como de tipo responsável) é um mitigador importante do *moral hazard*.

Por fim, há evidências de ciclos políticos na renegociação de contratos de longo prazo, especialmente antes de eleições, indicando manipulação de preços finais para maximizar chances de reeleição.

Se não for possível construir mecanismos internos, endógenos, de reequilíbrio, temos que lançar mãos de mecanismos de reequilíbrio exógeno. Nesse caso, estamos falando de um terceiro verificador como arbitragem; consensualismo; o tribunal de contas; ou mesmo o judiciário. Esses aspectos exógenos são muito amplos e apresentam um sem-número de especificidades que serão objeto de análises mais pormenorizadas em outro trabalho.

IV - Conclusão

A transição para um modelo baseado na complexidade é essencial para abordar os desafios associados à gestão de contratos de longo prazo. Esta abordagem reconhece a importância da adaptação contínua e da renegociação para manter o equilíbrio econômico dos contratos administrativos, ainda que preservando a estabilidade de curto prazo dos contratos. Propomos a adoção de mecanismos endógenos e exógenos de reequilíbrio como soluções práticas e eficazes para lidar com as dinâmicas desses contratos. A recente reforma tributária serve como um exemplo claro da necessidade de abandonar o modelo mecanicista e adotar abordagens que considerem a complexidade e a dinâmica não linear desses contratos.

A abordagem baseada na teoria da complexidade oferece uma visão mais realista e adaptativa da gestão de contratos de longo prazo, reconhecendo a irreversibilidade do tempo e a necessidade de adaptação contínua. A flexibilidade e a adaptabilidade dos contratos são fundamentais para sua sustentabilidade, permitindo ajustes contínuos e proativos em resposta a mudanças nas condições externas e internas. A utilização de mecanismos endógenos e exógenos de reequilíbrio permite uma abordagem holística e integrada para a gestão de contratos, garantindo que permaneçam viáveis e eficazes ao longo do tempo.

Em contratos administrativos de longo prazo, é provável que existam múltiplos pontos de equilíbrio, determinados pelos valores estabelecidos entre contratado e contratante no início da renegociação. As simulações do reequilíbrio desses contratos geram pontos focais que

delimitam o espaço onde a barganha, a renegociação, a arbitragem e a ação do controle ou a prestação jurisdicional ocorrem. Esses pontos focais orientam os possíveis equilíbrios que as partes, tribunais de contas e poder judiciário consideram ao buscar manter a viabilidade dos contratos. No ambiente de renegociação, um vetor de equilíbrio pode indicar que o ponto aceitável está mais próximo de uma proposta X, Y ou Z. Assim, é necessário reforçar a importância de mecanismos automáticos de reequilíbrio contratual como o reequilíbrio cautelar ou reequilíbrios periódicos.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Caio Felipe. A Matriz de Riscos dinâmica: Uma solução para incertezas contratuais. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/a-matriz-de-riscos-dinamica-uma-solucao-para-incertezas-contratuais>. Acesso em: 03 jun. 2024.
- ARAUJO, Fernando. Introdução à Economia. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 177.
- BARCELOS, Marco Aurélio. Reequilíbrio em concessões: o barquinho em apuros precisa desvirar rápido. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reequilibrio-no-contratos-de-concessao-o-barquinho-em-apuros-precisa-desvirar-27102023?non-beta=1>. Acesso em: 03 jun. 2024.
- BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Org.). Economia do Setor Público no Brasil. São Paulo: Elsevier, 2015.
- BRANDAO JR., Salvador Cândido. Federalismo e ICMS: Estados-membros em 'guerra fiscal'. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BRASIL. Recurso Extraordinário n. 1.221.330 (Tema 1094). Brasília, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5731431&numeroProcesso=1221330&classeProcesso=RE&numeroTema=1094>. Acesso em: 03 jun. 2024.
- CASTRO E SILVA, Eric Moraes de; LIMA, Bruna Maria Nunes; CARVALHO, Vitória Bárbara da Silva. Reforma Tributária Brasileira: uma Comparação Prática com o Sistema Canadense. Revista Direito Tributário Atual, São Paulo, v. 56, ano 42, p. 177-196, 1º quadrimestre 2024.
- CHEN, Ping. Economics Complexity and Equilibrium Illusion: Essays on Market Instability and Macro Vitality. New York: Routledge Press, 2010.
- COLANDER, David (Org.). Complexity and the History of Economic Thought: Perspective on the History of Economic Thought. New York: Routledge Press, 2000.
- ELSNER, Wolfram; HEINRICH, Torsten; SCHWARDT, Henning. The Microeconomics of Complex Economies: Evolutionary Institutional Neoclassical and Complexity Perspectives. London: Elsevier Press, 2015.

- LIU, Hongliang; HOWLEY, Enda; DUGGAN, Jim. Co-evolutionary analysis: A policy Exploration Method for System Dynamics. *Model System Dynamic Review*, v. 28, n. 4, p. 361-369, 2012.
- ROSSER Jr., J. Barkley. On the Complexities of Complex Economic Dynamics. *Journal of Economic Perspectives*, v. 13, n. 4, p. 169-192, Fall 1999.
- KNIGHT, F. Risk, Uncertainty and Profit. London: Houghton Mifflin, 1921 (second edition 1933).
- MANKIWI, N. Gregory. Princípios de microeconomia. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.
- MOSINI, Valeria (Org.). Equilibrium in Economics: Scope and Limits. New York: Routledge Press, 2007.
- NOBREGA, Marcos. Risco e incerteza nos contratos do setor elétrico. *JOTA Info*, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/colunas/coluna-da-abde/risco-e-incerteza-nos-contratos-do-setor-eletrico-08052020>. Acesso em: 03 jun. 2024.
- NOBREGA, Marcos. Um olhar além do óbvio: Temas avançados de licitações e contratos na lei 14.133/21 e outros assuntos. 2. ed. São Paulo: Juspodvm, 2024.
- NOBREGA, Marcos; TUROLLA, Frederico; VERAS, Rafael. Contratação incompleta de projetos de infraestrutura. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/372401108_Contratacao_incompleta_de_projetos_de_infraestrutura. Acesso em: 03 jun. 2024.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). Neutrality of Value Added Taxes in the Context of Cross-border trade. *International VAT/GST Guidelines*. Paris: OECD, 2017.
- PRIGOGINE, Ilya. O Fim das Certezas: Tempo Caos e as Leis da Natureza. São Paulo: Unesp, 2011.
- SCAFF, Fernando Facury. O Reequilíbrio dos Contratos de Longo Prazo e Reforma Tributária. Consultor Jurídico. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-29/o-reequilibrio-dos-contratos-de-longo-prazo-e-a-reforma-tributaria/>

SCHENK, Alan; THURONYI, Victor; CUI, Wei. Value Added Tax: A Comparative Approach. Cambridge: Cambridge University Press.

TIPKE, Klaus. Princípio de Igualdade e Ideia de Sistema no Direito Tributário. In: MACHADO, Brandão (Org.). Direito Tributário - Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 515-527.

VARIAN, Hal R. Microeconomia: uma abordagem moderna. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

PSP Hub

INFRASTRUCTURE AND URBANISM STUDIES