

**CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM
TEMPOS DE CORONAVÍRUS:
VISÃO CONTEXTUALIZADA DA
LEI 13.979/2020 E ANÁLISE DOS
PROVÁVEIS IMPACTOS DA
PANDEMIA DA COVID-19 NOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
EM EXECUÇÃO**

**LUIZ FELIPE BEZERRA ALMEIDA SIMÕES
ERIVAN PEREIRA DE FRANCA**

PARTE 1

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: VISÃO CONTEXTUALIZADA E SISTEMATIZADA DA LEI 13.979/2020, COM AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA 926/2020

LUIZ FELIPE BEZERRA ALMEIDA SIMÕES
(luizfelipe.adv.bsb@gmail.com)

Auditor do Tribunal de Contas da União (TCU). Advogado e Pós-graduado em "Controle Externo, nível Especialização", pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestrando em "Direito Administrativo Contemporâneo: Estado e Mercado" pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Coautor do livro "Terceirização: Legislação, Doutrina e Jurisprudência" (Editora Fórum, 2017). Instrutor, em cursos presenciais e a distância, na área de licitações e contratos administrativos.



Se em tempos de normalidade, por vezes nos deparamos com situações inéditas, incomuns, bastante peculiares e, por isso mesmo, de difícil solução, mesmo diante de um vasto e sedimentado arcabouço jurídico-normativo, com ampla jurisprudência dos tribunais a respeito da temática das contratações públicas, é evidentemente que muitas dúvidas pairarão, em tempos de coronavírus, na mente de todos que militam nesse campo do Direito Administrativo.

Com o propósito de enriquecer o debate em torno dos reflexos da Lei 13.979/2020 no universo das contratações celebradas pelos órgãos e entidades da Administração Pública, bem assim quanto aos impactos que a realidade constituída a partir da pandemia do coronavírus trará à execução dos contratos que já se encontravam vigentes quando da declaração dessa situação emergencial em saúde pública, foi elaborado o presente trabalho, constituído sob a forma de perguntas e respostas com vistas a uma melhor estruturação das ideias centrais.

Espera-se que o trabalho possa também propiciar aos agentes públicos subsídios de ordem prático-jurídica na tomada de decisões, na medida em que tais agentes serão cada vez mais instados a atuar, com segurança e da forma mais célere possível, diante de situações com as quais certamente nunca se depararam e para as quais não receberam, ante o seu absoluto ineditismo, o devido treinamento. É justamente nesse contexto que se insere nossa humilde contribuição.

1ª) Que objetos podem ser contratados com base na Lei 13.979/2020?

Com fundamento no art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020, o objeto da contratação restringe-se a *“bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”*. Considerando que a Portaria 188/2020 do Ministro de Estado da Saúde declarou ‘Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional’ (ESPIN), e que o art. 1º, § 2º, da própria Lei 13.979/2020 dispõe que *“ato do Ministro de Estado da Saúde disporá sobre a duração da situação de emergência de saúde pública de que trata esta lei”*, adotaremos, no presente trabalho, a nomenclatura utilizada na portaria ministerial (ESPIN). Feito esse esclarecimento, o problema agora reside em delimitar o alcance da expressão *“bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento”* da ESPIN.

Parece não haver dúvida de que a aquisição de máscaras de proteção para profissionais da área de saúde que hoje estão na linha de frente do combate à pandemia, bem como o fornecimento de equipamentos (respiradores) para utilização nos hospitais que recebem pacientes com coronavírus, ou ainda a prestação de serviços de limpeza nessas unidades de saúde enquadram-se perfeitamente no contexto da Lei 13.979/2020. E quanto à contratação, por hipótese, da prestação de serviços relacionados à tecnologia da informação e de processamento de dados (data center) para suporte em determinado órgão estadual responsável pela fiscalização ambiental?

A resposta é **sim**, e a fundamentação emerge da interpretação sistêmica do art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020 c/c o art. 3º, *caput* e §§ 1º e 2º, do Decreto 10.282/2020. Em termos práticos, entre as medidas que encontram amparo na Lei 13.979/2020 está a aquisição de *“bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento”* da ESPIN (art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020). Para que esse enfrentamento seja efetivo, faz-se necessário *“resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais”*, assim considerados *“aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”* (art. 3º, *caput* e § 1º, do Decreto 10.282/2020). Inserem-se entre tais serviços, além da *“assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares”*, aqueles *“relacionados à tecnologia da informação e de processamento de dados (data center) para suporte”*, por exemplo, à atividade de *“fiscalização ambiental”* (art. 3º, § 1º, incisos I, XXIII e XXVI, do Decreto 10.282/2020).

Caberá, portanto, ao administrador público justificar (motivar), explicitar no processo de contratação, conforme exige o art. 4º-E, § 1º, inciso II, da Lei 13.979/2020 (*“fundamentação simplificada da contratação”*), o vínculo de pertinência (nexo causal) direto ou indireto entre o objeto demandado e o enfrentamento da situação de ESPIN. Essa motivação se faz ainda mais necessária quando se constata que o rol de serviços públicos e atividades considerados essenciais ao combate à situação emergencial decorrente do coronavírus, elencados nos Decretos 10.282/2020 e 10.288/2020, é meramente exemplificativo, haja vista o uso da expressão *“tais como”* na parte final do § 1º do art. 3º do próprio Decreto 10.282/2020.

2ª) No que diz respeito às contratações públicas, o regime jurídico transitório da Lei 13.979/2020 produz efeitos autonomamente ou ele apenas veicula normas gerais que, durante sua vigência, se incorporam, material e não formalmente, a outras leis nacionais em vigor?

Diferentemente do que ocorre com a Lei 8.666/1993, a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão), a Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), a Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) e a Lei 12.232/2010 (versa sobre serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda), **a Lei 13.979/2020 não é uma norma que estabelece regime jurídico de contratações públicas autônomo em relação aos demais.**

Chega-se a essa conclusão pela simples leitura do § 3º do art. 4º-G da Lei 13.979/2020, segundo o qual fica *“dispensada a realização de audiência pública a que se refere o art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as licitações de que trata o caput”*. Caso se tratasse de regime jurídico autônomo, isto é, com eficácia própria, não haveria razão para a aludida ressalva, pois a desnecessidade da audiência pública seria consequência lógica do silêncio do legislador.

Nesse sentido, considerando que a Lei 13.979/2020 veicula normas com eficácia temporária obrigatória junto a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), alcançando tanto a Administração direta quanto a indireta, é forçoso reconhecer que, em matéria de contratações públicas, os seus dispositivos, enquanto vigentes, não estão dissociados das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, nem da Lei 13.303/2016, no caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Ao contrário, incorporam-se materialmente às referidas leis nacionais.

A reforçar o acima exposto, não se pode concluir pela desnecessidade de o assessor (parecerista) jurídico examinar a minuta de um contrato a ser firmado por dispensa de licitação, conforme exige o art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, simplesmente em razão da ausência de tal exigência na Lei 13.979/2020. De igual forma, essa mesma dispensa de licitação teria que ser ratificada pela autoridade superior, em cumprimento ao disposto no art. 26, *caput*, da Lei 8.666/1993. Idêntico raciocínio deve ser feito em relação à formalização das contratações (e eventuais aditativas), especificamente quanto ao instrumento a ser utilizado, uma vez que sobre isso nada dispôs a Lei 13.979/2020. Nosso entendimento é que deve ser observado o regramento estabelecido no art. 62 da Lei 8.666/1993, aplicado subsidiariamente ao pregão por força do art. 9º da Lei 10.520/2002.

3ª) Como então o conteúdo da Lei 13.979/2020 se incorpora materialmente, durante sua vigência, ao contexto normativo das Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 13.303/2016?

Considerando que o art. 4º da Lei 13.979/2020 configura hipótese de dispensa de licitação fundada na ESPIN, e que o art. 4º-G trata de licitação na modalidade pregão para aquisição de objetos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata a

nova lei, chega-se à conclusão de que o conteúdo da Lei 13.979/2020, no que tange às contratações públicas, deve ser compreendido da seguinte forma:

I) em relação à contratação direta: como **nova hipótese de dispensa de licitação**, adicionada temporariamente às previstas nas Leis 8.666/1993 e 13.303/2016, assemelhando-se à hipótese da ‘contratação emergencial’ que elas já contemplam (arts. 24, inciso IV, e 29, inciso XV, respectivamente), mas com requisitos e objetos próprios, razão por que deve ser tratada como hipótese independente; e

II) quanto à licitação na modalidade pregão (eletrônico ou presencial): como um **pregão simplificado** para determinado tipo de ‘objeto comum’ (indispensável ao enfrentamento da ESPIN), em que serão adotados procedimentos mais céleres (nas fases interna e externa) se comparados ao rito ordinário previsto na Lei 10.520/2002 e nos decretos regulamentares.

4ª) Acerca dos requisitos para a dispensa de licitação, quais as diferenças entre a contratação emergencial de saúde pública prevista no art. 4º da Lei 13.979/2020 e a contratação emergencial disciplinada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 e no art. 29, inciso XV, da Lei 13.303/2016?

No caso das Leis 8.666/1993 e 13.303/2016, cujos dispositivos apresentam praticamente a mesma redação, são três os pressupostos para a contratação emergencial: I) *“situações de emergência”*; II) *“urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares”*; III) *“somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contado da ocorrência da emergência, vedada a prorrogação dos respectivos contratos”*. Exige-se dos agentes públicos, no processo de contratação, a demonstração da presença desses três pressupostos, sob pena de ilegalidade do contrato emergencial e responsabilização perante os órgãos de controle.

Para a contratação emergencial de saúde pública decorrente do coronavírus, os pressupostos definidos nos incisos do art. 4º-B da Lei 13.979/2020 são bastante semelhantes: I) *“ocorrência de situação de emergência”*; II) *“necessidade de pronto atendimento da situação de emergência”*; III) *“existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares”*; e IV) *“limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência”* (juízo de proporcionalidade, necessidade e adequação). Aparentemente, a única diferença é a possibilidade da prorrogação desses contratos emergenciais, os quais, nos termos do art. 4º-H da Lei 13.979/2020, *“terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública”*.

Mas a diferença mais significativa é a que se extrai do *caput* do art. 4º-B da Lei 13.979/2020, segundo o qual as condições de dispensa de licitação fundada na situação de ESPIN *“presumem-se atendidas”*. Significa dizer, em termos práticos, que, no

processo administrativo, a fim de propiciar máxima celeridade à contratação emergencial, a presença dos seus pressupostos não carece de demonstração (não há, pois, necessidade de prova circunstancial). Trata-se, no entanto, de presunção relativa e não absoluta, admitindo-se prova em contrário, que poderá ser produzida pelos tribunais de contas quando da apreciação da matéria, ou por algum outro órgão no exercício de sua missão institucional.

Isso porque, diferentemente do comando do art. 113 da Lei 8.666/1993, segundo o qual compete aos “*órgãos interessados da Administração*” a responsabilidade pela “*demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução*”, há a presunção legal de que a contratação direta calcada na ESPIN atende a todos os pressupostos do art. 4º-B da Lei 13.979/2020, presunção que só poderá ser afastada mediante prova em contrário. Tem-se aqui a chamada inversão do ônus da prova.

5ª) É cabível contratar a execução de obra para enfrentamento da situação de ESPIN, a exemplo da construção de um posto de saúde, com fundamento no art. 4º, caput, da Lei 13.979/2020?

A dúvida surge em função da literalidade do *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020, que alude a “*bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos*” destinados ao enfrentamento da emergência”. Portanto, sob a ótica da legalidade estrita, a realização de obras não estaria respaldada no aludido dispositivo. Não se pode olvidar ainda ser postulado da Hermenêutica Jurídica que as hipóteses de exceção (a exemplo da dispensa de licitação, espécie do gênero ‘contratação direta’) devem ser interpretadas restritivamente.

Por outro lado, há argumentos consistentes na defesa da contratação de obras com fundamento na Lei 13.979/2020 – corrente à qual nos filiamos –, dois dos quais merecem destaque. O primeiro consiste no uso da técnica da interpretação sistêmica (teleológica) e não literal (gramatical), harmonizando-se o conteúdo do *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020 com a finalidade da própria norma que cria o regime especial transitório, explicitada em seu art. 1º, qual seja, estabelecer “*medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*”. Como não concluir ser uma dessas medidas a construção de um posto de saúde para atender, temporariamente, a pacientes infectados com a Covid-19?

O segundo argumento é de ordem lógico-pragmática. Ora, caso não fosse possível, juridicamente, a contratação emergencial da construção de um posto de saúde para enfrentamento da situação de ESPIN com amparo no *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020, a base legal utilizada pela Administração, em tempos de pandemia, seria necessariamente o inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, ou seja, promover-se-ia, de qualquer forma, a dispensa de licitação. Mesmo que não fosse cabível, utilizando-se a Lei 8.666/1993, a presunção de atendimento às condições do art. 4º-B da Lei 13.979/2020, nem a elaboração de um projeto básico simplificado (art. 4º-E), ainda sim teríamos uma contratação direta, isto é, sem prévia licitação.

6ª) Se a Lei 13.979/2020 disciplina a “aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”, quais objetos não devem ser contratados emergencialmente, por dispensa de licitação amparada no art. 4º da Lei 13.979/2020, mas sim mediante prévia licitação na modalidade pregão, conforme previsto no art. 4º-G?

Sob pena de tornar letra morta o conteúdo do art. 4º-G da Lei 13.979/2020, a possibilidade da realização de pregão em detrimento da dispensa de licitação terá que ser avaliada à luz do **caso concreto**, em que, a despeito da situação de emergência de saúde pública evidenciada, não estarão presentes dois pressupostos exigidos pelo art. 4º-B da Lei 13.979/2020 para a contratação direta, quais sejam: “necessidade de pronto atendimento da situação de emergência” e “existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares”.

Em termos práticos, embora se trate de ‘objeto comum’ indispensável ao enfrentamento da ESPIN, é possível aguardar, sem prejuízo a esse enfrentamento, lapso de tempo necessário à realização do processo licitatório. É o caso, por exemplo, de o quantitativo em estoque de determinado item (de natureza comum) tido como essencial ao enfrentamento da ESPIN já ser suficiente para o pronto atendimento das necessidades do momento, podendo então sua aquisição ser postergada pelo período necessário à conclusão do pregão simplificado, sem risco iminente à segurança de pessoas ou ao próprio patrimônio público.

7ª) Quais as três principais diferenças entre o rito do pregão simplificado, a que alude o art. 4º-G da Lei 13.979/2020, e o rito do pregão tradicional, definido na Lei 10.520/2002 e decretos regulamentares?

Em primeiro lugar, os prazos do pregão tradicional são reduzidos pela metade no pregão simplificado (art. 4º-G, *caput*) e, quando aquele prazo for número ímpar, deve-se arredondá-lo para o número inteiro antecedente (art. 4º-G, § 1º). Por exemplo, o prazo para apresentação das propostas e dos documentos de habilitação no pregão eletrônico, definido no art. 25 do Decreto Federal 10.024/2019 como não “*inferior a oito dias úteis, contado da data de publicação do aviso do edital*”, deverá ser de, pelo menos, quatro dias úteis no pregão simplificado. Da mesma forma, o prazo para apresentação das razões recursais, originalmente de três dias, conforme o art. 4º, inciso XVIII, da Lei 10.520/2002, será de apenas um dia no pregão simplificado, tudo de forma a agilizar o processo de contratação.

A segunda diferença é que, no âmbito dos pregões simplificados, os recursos somente terão efeito devolutivo (art. 4º-G, § 2º), o que nos parece destituído de sentido lógico quando a peça recursal for apresentada contra a habilitação ou inabilitação de licitante, bem como contra o julgamento das propostas. Nestes casos, a não atribuição de eficácia suspensiva ao recurso poderá colocar em risco a celeridade almejada no processo licitatório, numa situação, por exemplo, de ser dado provimento ao recurso interposto pelo licitante cuja proposta mais vantajosa tenha sido indevidamente

desclassificada pelo pregoeiro. Não por outra razão a Lei 8.666/1993, em seu art. 109, § 2º, confere efeito suspensivo ao recurso interposto nessas duas situações específicas.

A terceira diferença consiste no fato de que, mesmo sendo o valor estimado do pregão simplificado superior a R\$ 330.000.000,00 (trezentos e trinta milhões de reais), o que, de acordo com o art. 39 da Lei 8.666/1993 (aplicado subsidiariamente ao pregão por força do art. 9º da Lei 10.520/2002), exigiria prévia audiência pública, a realização desta ficará dispensada (art. 4º-G, § 3º).

8ª) Caso a opção da Administração seja o uso do pregão simplificado, é obrigatória a utilização da forma eletrônica?

Como já frisamos, o art. 4º-G da Lei 13.979/2020 admite a realização de pregão – para a aquisição de objetos comuns necessários ao enfrentamento da ESPIN – em detrimento da dispensa de licitação. O aludido dispositivo deixa assente que nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, “os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade”.

Não se extrai da Lei 13.979/2020 a obrigatoriedade de utilização da forma eletrônica. A norma tratou apenas da simplificação de procedimentos – hoje previstos na Lei 10.520/2002 e regulamentos do pregão tradicional – quando do uso do pregão simplificado. Portanto, dúvidas acerca da forma a ser empregada serão dirimidas a partir das disposições normativas que regem o pregão tradicional.

Em termos práticos, no âmbito da Administração federal, devem ser observadas as disposições previstas no Decreto 10.024/2019 (“Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica”), o qual estabelece, em seu art. 1º, § 1º, que “A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória”. Segundo o § 4º desse mesmo art. 1º, a utilização da forma presencial será admitida “*excepcionalmente, mediante prévia justificativa da autoridade competente*”, desde que fique comprovada “*a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica*”.

9ª) O que a Lei 13.979/2020 exige em termos de publicidade dos atos praticados nas contratações públicas?

As dispensas de licitação e os pregões realizados com base na Lei 13.979/2020 deverão ter o extrato da dispensa ou do instrumento de contrato imediatamente disponibilizados em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição, bem como, no que couber, as informações previstas no art. 8º, § 3º, da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso a Informações). É o que disciplina o art. 4º, § 2º, da Lei 13.979/2020.

Isso não afasta a exigência de ‘publicação na imprensa oficial’ a que alude o *caput* do art. 26 da Lei 8.666/1993 para hipóteses de dispensa de licitação. Idêntico

raciocínio deve ser feito em relação à publicidade exigida na legislação do pregão. Por oportuno, cabe mencionar aqui o Decreto 10.031/2019, que, alterando o Decreto 9.215/2017, dispôs sobre a isenção de cobrança para as publicações no Diário Oficial da União realizadas por órgãos e entidades que integram o Orçamento Geral da União.

É importante ressaltar, especificamente em relação aos pregões, que a Lei 13.979/2020 apenas alude à necessidade de disponibilização, em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), de informações acerca da efetiva contratação (“*nome do contratado*”), nada discorrendo quanto aos demais atos do processo licitatório, que deverão, pois, continuar atendendo às exigências previstas na legislação do pregão (presencial ou eletrônico, conforme o caso). A propósito, o Decreto Federal 10.024/2019 prevê, em seu art. 20, que a fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio da “*publicação do aviso do edital no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico oficial do órgão ou da entidade promotora da licitação*”. Isso em nada foi alterado.

A interpretação deve ser, portanto, no sentido de dar ampla publicidade/transparência aos atos da Administração Pública, e não no sentido de reduzi-la, até mesmo como forma de propiciar, em sua máxima amplitude, o inafastável controle social. É cediço que a transparência é um dos instrumentos mais eficazes de prevenção à corrupção, de inibição à prática de atos oportunistas, como os que infelizmente poderão vir a ser praticados em tempos de pandemia.

10ª) A Lei 13.979/2020 autoriza a contratação, por dispensa de licitação, de empresa que tenha sido declarada inidônea?

O art. 4º, § 3º, da Lei 13.979/2020 autoriza, em caráter excepcional, a contratação de empresa declarada inidônea, bem como de empresa que esteja com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso (aqui se incluem, por óbvio, outras penalidades com efeitos similares, a exemplo da sanção de “*impedimento de licitar e contratar*”, aplicada com base no art. 7º da Lei do Pregão), somente no caso de haver, comprovadamente, uma única fornecedora do bem, serviço ou insumo a ser adquirido (necessário ao enfrentamento da ESPIN).

Preliminarmente, cabe aqui fazer uma crítica à técnica legislativa adotada. Topologicamente, o conteúdo do referido § 3º não deveria estar vinculado ao art. 4º, na medida em que a excepcionalidade prevista no parágrafo não se coaduna com a hipótese tratada no *caput* do artigo. Em termos práticos, a situação a que alude o § 3º do art. 4º da Lei 13.979/2020 não evidencia hipótese de dispensa de licitação e sim de inexigibilidade. A contratação teria então como fundamento o art. 25, inciso I, da Lei 8.666/1993 ou o art. 30, inciso I, da Lei 13.303/2016, conforme o caso, e não o art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020.

Portanto, o que faz o art. 4º, § 3º, da Lei 13.979/2020 é flexibilizar, nas contratações por inexigibilidade de licitação (e não por dispensa) envolvendo fornecedor ou prestador de serviços exclusivo, a vedação a que alude, por exemplo, o art. 38, inciso III, da Lei 13.303/2016, segundo o qual estaria “*impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia*

mista” a empresa “declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção”.

Vislumbram-se, *a priori*, somente duas possibilidades de aplicação da excepcionalidade prevista no art. 4º, § 3º, da Lei 13.979/2020 a um cenário de viabilidade de competição (não seria, portanto, inexigibilidade de licitação), quais sejam: 1ª) quando aqueles que se apresentarem como interessados em contratar com a Administração – com plenas condições técnicas e de logística para atendimento à demanda emergencial – estiverem todos eles cumprindo uma das sanções referenciadas no aludido dispositivo; 2ª) quando a quantidade demandada do item necessário ao enfrentamento da ESPIN não puder ser atendida, em sua totalidade, por empresa que não esteja impossibilitada temporariamente – em razão de penalidade aplicada – de contratar com o Poder Público.

Raciocinar aqui de forma ampliativa, sob o argumento de que o *caput* do art. 4º abarca hipótese de dispensa e não de inexigibilidade de licitação, tendo sido, portanto, mera desatenção do legislador a ausência de conexão entre o conteúdo do parágrafo e o conteúdo do *caput* do artigo, representaria, a nosso ver, flagrante violação ao princípio da isonomia – na medida em que os desiguais devem ser tratados com desigualdade – e, o que é pior, incentivo àquelas empresas que praticaram condutas dotadas de alto grau de reprovabilidade, muitas delas dolosas, em contratações anteriores com o Poder Público, por isso foram severamente apenadas.

11ª) Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da ESPIN, será exigida a elaboração de estudos técnicos preliminares?

Conforme previsto no art. 4º-C da Lei 13.979/2020, não será exigida a elaboração de estudos preliminares para as contratações de bens, serviços e insumos (necessários ao enfrentamento da ESPIN) que se caracterizem como objetos comuns. E a definição de ‘objetos comuns’ deve ser extraída do art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002, qual seja, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado.

Considerando que o art. 20, § 2º, alínea “b”, da Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017 já dispensa a realização de estudos preliminares em contratações emergenciais, é forçoso concluir que a orientação contida no art. 4º-C da Lei 13.979/2020, para os órgãos e entidades que se submetem ao regimento da IN 5/2017, alcançou agora os pregões envolvendo objetos comuns necessários ao enfrentamento da ESPIN (pregões simplificados). Para os órgãos e entidades que não se vinculam à IN 5/2017, mas contêm normativo determinando a realização de estudos preliminares no planejamento de toda e qualquer contratação, a orientação contida no art. 4º-C da Lei 13.979/2020 alcançou, de fato, ambas as situações.

Portanto, **em nenhuma contratação** realizada com base na Lei 13.979/2020, será exigida a elaboração de estudos técnicos preliminares.

12ª) Para as contratações de serviços necessários ao enfrentamento da ESPIN, em que circunstâncias será exigido o gerenciamento de riscos?

De acordo com o art. 4º-D da Lei 13.979/2020, o gerenciamento de riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato. Considerando que o art. 20, § 2º, alínea “b”, da Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017 já exige, para as contratações emergenciais, gerenciamento de riscos apenas relacionado à fase de gestão do contrato, é forçoso concluir que a previsão contida no art. 4º-C da Lei 13.979/2020, para os órgãos e entidades que se submetem ao regramento da IN 5/2017, alcançou agora os contratos que tenham por objeto serviços comuns necessários ao enfrentamento da ESPIN, celebrados mediante prévia licitação na modalidade pregão (pregão simplificado). Para os órgãos e entidades que não se vinculam à IN 5/2017, mas contêm normativo determinando a realização de gerenciamento de riscos em toda e qualquer fase da contratação, a orientação contida no art. 4º-C da Lei 13.979/2020 alcançou, de fato, ambas as situações.

A propósito, não se deve confundir ‘gerenciamento de riscos’ com ‘matriz de riscos’. O primeiro abarca os *“riscos que possam comprometer a efetividade do Planejamento da Contratação, da Seleção do Fornecedor e da Gestão Contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação”* (art. 25, inciso I, da Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017), ao passo que a segunda compreende os *“riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação”* (art. 42, inciso X, da Lei 13.303/2016). Em relação a esta última, em essência, elabora-se uma listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, com a previsão de eventual necessidade da prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência.

Em termos práticos, a ‘matriz de riscos’ integra o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, devendo o risco (evento indesejado) ser alocado a quem tem melhores condições de gerenciá-lo (ex: desvalorização cambial que implique desequilíbrio econômico-financeiro da avença). Já o risco da inexecução contratual, que nada tem a ver com ‘matriz de riscos’, deveria sim ser objeto do ‘gerenciamento de riscos’ relacionado à fase de gestão do contrato, com suas respectivas ações de tratamento (preventivas) e de contingência (caso de concretização do evento correspondente ao risco), conforme previsto no art. 25, incisos III e IV, da Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017.

13ª) Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da ESPIN, deve ser elaborado termo de referência ou projeto básico?

Sim, mas de forma simplificada, o que significa dizer que a Lei 13.979/2020 não autoriza a realização de contratação aleatoriamente, isto é, sem prévio planejamento. De acordo com o art. 4º-E, *caput*, da Lei 13.979/2020, nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da ESPIN, tanto nas dispensas de licitação quanto nos pregões, será admitida a apresentação de termo de referência

simplificado ou de projeto básico simplificado, cujo conteúdo está disciplinado no § 1º do próprio art. 4º-E, conteúdo esse que guarda semelhança com o do art. 30 da Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017.

Exige-se: I) descrição do objeto; II) fundamentação simplificada da contratação; III) descrição resumida da solução apresentada; IV) requisitos da contratação; V) critérios de medição e pagamento; VI) estimativas dos preços; e VII) adequação orçamentária.

14ª) De acordo com o art. 4º-E, § 1º, inciso VI, da Lei 13.979/2020, devem constar do termo de referência simplificado ou do projeto básico simplificado as “estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos” parâmetros estabelecidos nas alíneas “a” a “e” do referido inciso. Esses parâmetros são os mesmos estabelecidos no art. 2º da Instrução Normativa Seges-MPOG 5/2014? No que concerne aos parâmetros definidos no sobredito inciso VI, devem ser priorizadas as fontes públicas?

Os parâmetros estabelecidos no art. 4º-E, § 1º, inciso VI, alíneas “a” a “e”, da Lei 13.979/2020 são, em essência, os mesmos previstos no art. 2º da Instrução Normativa Seges-MPOG 5/2014. Todavia, diferentemente da previsão contida no art. 2º, § 1º, da referida instrução normativa, não há, em relação aos parâmetros estabelecidos nas alíneas “a” a “e” do inciso VI do § 1º do art. 4º-E, a obrigatoriedade da priorização das fontes públicas (Portal de Compras do Governo Federal e contratações similares de outros entes públicos).

Nada impede, portanto, que a pesquisa de preços nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da ESPIN seja realizada tão somente com os potenciais fornecedores, não se aplicando assim, no contexto da Lei 13.979/2020, a orientação – de prevalência das fontes públicas – consignada no art. 15, inciso V, da Lei 8.666/1993, segundo o qual as compras, “*sempre que possível*”, deverão “*balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública*”.

15ª) Pode o projeto básico simplificado não conter a estimativa dos preços?

Conforme o § 2º do art. 4º-E da Lei 13.979/2020, a estimativa dos preços por meio de, no mínimo, um dos parâmetros estabelecidos no inciso VI do § 1º do próprio art. 4º-E poderá ser dispensada em caráter excepcional, mediante justificativa da autoridade competente.

Sob pena de transformar em regra o que o legislador fez questão de tratar como excepcionalidade, é preciso que reste perfeitamente evidenciado, no processo de contratação por dispensa de licitação, que a Administração não dispunha de tempo hábil para a realização da estimativa de preços em razão da excepcional “*necessidade de pronto atendimento da situação de emergência*” e da excepcional “*existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares*” (incisos II e III do art. 4º-B). Entendemos que essa

excepcionalidade, por razões óbvias, não se coaduna com a realização de um pregão simplificado.

É importante ressaltar que o § 2º do art. 4º-E da Lei 13.979/2020 trata da necessidade de justificativa para a não realização da estimativa de preços, e não da possibilidade de contratação com preços acima dos praticados no mercado à época da demanda da Administração (sobrepresos). Trata-se aqui da presunção relativa de que os preços pactuados guardam conformidade com, pelo menos, um daqueles parâmetros mencionados no inciso VI do § 1º do art. 4º-E, presunção que, obviamente, admitirá prova em contrário.

A propósito, nos termos do § 2º do art. 25 da Lei 8.666/1993, comprovado superfaturamento nas hipóteses de dispensa de licitação (e também de inexigibilidade), *“respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”*.

16ª) A Lei 13.979/2020, em seu art. 4º-E, § 3º, autoriza a contratação direta, mediante dispensa de licitação, por preços superiores aos parâmetros estabelecidos nas alíneas “a” a “e” do inciso VI do § 1º do próprio art. 4º-E?

Não. Em primeiro lugar, deve-se aqui fazer a distinção entre *“valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços”* (expressão usada no art. 4º-E, § 3º, da Lei 13.979/2020) e os chamados ‘preços abusivos’ (sobrepresos), podendo inclusive o Poder Público, neste último caso, até como forma de desestimular a prática de condutas oportunistas e lesivas, adotar a medida excepcional prevista no art. 3º, inciso VII, da Lei 13.979/2020, qual seja, a *“requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa”*.

Especificamente na hipótese de dispensa de licitação, o que o art. 4º-E, § 3º, da Lei 13.979/2020 está a admitir é que a Administração contrate por valores superiores aos preços praticados em condições normais, obtidos ordinariamente a partir de parâmetros (fontes de consulta) de que trata o inciso VI do § 1º do art. 4º-E da Lei 13.979/2020. Parece não haver dúvida de que o parâmetro mais fidedigno e que já reflete as tais *“oscilações ocasionadas pela variação de preços”* do item demandado é a *“pesquisa realizada com os potenciais fornecedores”*. Seria o caso do aumento significativo do preço de determinado produto (álcool em gel, por exemplo) em função do consumo desenfreado pela população e da conseqüente escassez do item no mercado, cenário provocado pela pandemia do coronavírus.

Esse mesmo entendimento seria aplicado ao pregão simplificado em que o orçamento da Administração tivesse sido estimado com base no parâmetro *“pesquisa realizada com os potenciais fornecedores”*. Todavia, se esse mesmo orçamento fosse elaborado a partir de uma fonte pública (Portal de Compras do Governo Federal, por exemplo) e, entre a realização da estimativa de preços e o julgamento das propostas/lances pelo pregoeiro, os valores de mercado sofressem oscilações aceitáveis em tempos de pandemia, a situação enquadrar-se-ia no § 3º do art. 4º-E da Lei

13.979/2020, servindo, portanto, de justificativa para a contratação por valores superiores aos consignados no orçamento estimado.

17ª) Para as aquisições de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da ESPIN, considera-se regular a contratação, por dispensa de licitação, de empresa que esteja em situação de irregularidade com a Seguridade Social?

Não. De acordo com o art. 4º-F da Lei 13.979/2020, na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço (restrição no número de interessados aptos à contratação com o Poder Público), a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação (exige-se cuidado maior com a qualificação técnica), ressalvada a exigência de prova de regularidade (certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa) relativa à Seguridade Social (art. 195, § 3º, da Lei Maior) e do cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição Federal (relacionado ao trabalho de menores), por serem exigências de índole constitucional.

A propósito, quanto ao prazo de validade da certidão expedida conjuntamente pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional do Ministério da Economia, referente aos tributos federais (inclusive contribuições previdenciárias) e à dívida ativa da União, a Medida Provisória 927/2020 alterou o § 5º do art. 47 da Lei 8.212/1991, estabelecendo que esse prazo será de *“até cento e oitenta dias, contado data de emissão da certidão, prorrogável, excepcionalmente, em caso de calamidade pública, pelo prazo determinado em ato conjunto dos referidos órgãos”*.

18ª) No âmbito do pregão simplificado (art. 4º-G da Lei 13.979/2020), é cabível a adjudicação do objeto a licitante que esteja em situação de irregularidade trabalhista, ou mesmo que não atenda às exigências de qualificação econômico-financeira, isso com fundamento no art. 4º-F da referida lei?

Cabe enfatizar, preliminarmente, a hipótese sobre a qual versa o art. 4º-F da Lei 13.979/2020, qual seja, a de *“haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço”*. Deve-se concluir, de imediato, que essa hipótese não se confunde com a do art. 4º, § 3º, da mencionada lei, isto é, *“quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido”*. Em termos práticos, esta última pressupõe inviabilidade de competição, ao passo que aquela envolve situação de viabilidade competitiva.

O problema reside, no entanto, em definir o significado (alcance) dessa “restrição” do mercado fornecedor, o que, justamente em razão da ausência de parâmetros legais objetivos, só poderá ser feito à luz do caso concreto, em função do objeto de demanda e do próprio mercado em que ele estiver inserido. Uma vez configurada a restrição quanto ao número de fornecedores ou, conforme o caso, de prestadores de serviço, poderá sim ser dispensada, *“excepcionalmente e mediante*

justificativa”, a apresentação de “*documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação*” (art. 4º-F da Lei 13.979/2020).

Da leitura do aludido dispositivo legal, depreende-se que ele abarca duas situações distintas no âmbito do pregão simplificado: 1ª) possibilidade da não exigência, no edital, da apresentação de determinados documentos de habilitação, a exemplo da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT – regularidade trabalhista) numa licitação para fornecimento (aquisição) de bem; e 2ª) possibilidade de dispensar o cumprimento de determinada exigência de habilitação inserida no edital. Neste último caso, a justificativa poderia ser o fato de a proposta de preço classificada em primeiro lugar (cujo licitante não atendeu, por exemplo, a uma exigência de qualificação econômico-financeira, ou que estava em situação de irregularidade relativa ao FGTS) ter sido significativamente inferior à do segundo colocado (caracterização da excepcionalidade exigida no art. 4º-F da Lei 13.979/2020).

Entende-se que, na hipótese de dispensa de licitação a que alude o art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020, havendo “*restrição de fornecedores ou prestadores de serviço*”, alguns desses documentos poderão também, excepcionalmente, não ser exigidos para fim de contratação, mediante a devida motivação.

19ª) Contrato de prestação de serviços contínuos celebrado com base na Lei 13.979/2020, a exemplo dos serviços de vigilância numa unidade hospitalar, poderá ter vigência de 12 meses?

Não. De acordo com o art. 4º-H da Lei 13.979/2020, os contratos regidos por esta lei terão prazo de duração de até seis meses, podendo ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de ESPIN, não se lhes aplicando o disposto no art. 57, inciso II, da Lei 8.666/1993. Se a aludida necessidade se exaurir na vigência do contrato, este deverá ser executado até o seu término, obedecendo assim ao prazo de vigência nele estabelecido (art. 8º da Lei 13.979/2020) – afastada obviamente a possibilidade de nova prorrogação –, devendo a Administração providenciar, tempestivamente, a realização do devido processo licitatório, agora não mais sob a égide da Lei 13.979/2020.

20ª) O conteúdo do art. 4º-H da Lei 13.979/2020 só se aplica a contratos de duração continuada ou também pode ser aplicado a contratações por escopo?

De acordo com o art. 4º-H da Lei 13.979/2020, “*os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos*”. A interpretação isolada da expressão “*contratos regidos por esta Lei*” certamente levaria à conclusão de que o aludido dispositivo aplicar-se-ia tanto a contratos de duração continuada (exaurem-se pelo decurso do seu prazo de vigência) quanto a contratos por escopo (encerram-se com a efetiva conclusão do seu objeto). Fazendo-se, no entanto, a interpretação sistêmica do aludido dispositivo, o uso da expressão “*poderão ser prorrogados por períodos sucessivos*” permite conclusão no

sentido de que os contratos que se subsomem ao art. 4º-H da Lei 13.979/2020 contêm objetos cuja necessidade da Administração em relação a eles poderá perdurar por todo o período de enfrentamento dos efeitos da situação de ESPIN.

Não há dúvida quanto à possibilidade de contratação de serviço de natureza continuada (prolongada) com base na Lei 13.979/2020. Seria o caso hipotético de já existir um contrato de serviço de limpeza hospitalar que não pudesse mais sofrer acréscimos, porquanto atingido o limite legal, e surgir a necessidade de reforço e ampliação da limpeza ante a aquisição de mais leitos de UTI. Por conta dessa impossibilidade de alteração quantitativa do contrato em curso, a Administração celebraria novo contrato, desta feita com amparo no art. 4º-H da Lei 13.979/2020.

A novidade trazida pelo art. 4º-H da Lei 13.979/2020 é que ele cria, na prática, a figura do ‘fornecimento contínuo’ (prolongado), a par da já existente ‘prestação de serviço contínuo’. Não se trata, portanto, de aplicar o aludido dispositivo às contratações por escopo, e sim de admitir, tacitamente, a possibilidade temporária da existência de um ‘fornecimento continuado’ – como a compra de máscaras para proteção dos profissionais da saúde ou de álcool em gel para utilização nos hospitais de pronto atendimento –, à semelhança da inovação trazida pelo art. 6º, inciso XV, do Projeto de Lei 1292/1995 (definição para “*serviços e fornecimentos contínuos*”). Por seu turno, as regras de duração e prorrogação dos contratos por escopo continuarão sendo extraídas da Lei 8.666/1993 e, conforme o caso, da Lei 13.303/2016.

21ª) A vigência do “estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus”, a que alude o art. 8º da Lei 13.979/2020, coincide com a vigência do “estado de calamidade pública” reconhecido pelo Decreto Legislativo 2/2020, o qual produzirá efeitos até 31 de dezembro de 2020?

Não necessariamente, uma vez que, de acordo com o art. 1º do Decreto Legislativo 2/2020, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, foi reconhecida exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar 101/2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei 13.898/2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar 101/2000. Portanto, a cessação dos efeitos do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 2/2020 não implicará, necessariamente, o término da vigência da Lei 13.979/2020, já que poderá persistir a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de ESPIN.

22ª) Nos contratos que tenham por objeto bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da ESPIN, quais os limites para as alterações contratuais unilaterais quantitativas?

De acordo com o art. 4º-I da Lei 13.979/2020, os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta lei poderão prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto pactuado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato. Em termos

práticos, no que diz respeito a tais contratos, o limite percentual de 25%, previsto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 para as alterações contratuais unilaterais quantitativas, poderá ser majorado para 50%.

Por simetria, esse novo percentual também poderá ser aplicado às alterações unilaterais qualitativas. Em ambas as situações, subsiste a necessidade do restabelecimento, por aditamento, do equilíbrio econômico-financeiro inicial, conforme prevê o art. 65, § 6º, da Lei 8.666/1993.

É importante frisar que se trata de uma faculdade da Administração, nada impedindo que, nos contratos decorrentes dos procedimentos previstos na Lei 13.979/2020, seja adotado o limite percentual constante do art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 (25%). Não se pode olvidar que esse aumento percentual poderá implicar maior insegurança – gerar risco maior – ao contratado, levando provavelmente a uma majoração dos preços por ele ofertados (precificação do risco), ou poderá mesmo restringir o número de competidores interessados em contratar com o Poder Público.

23ª) É legal a utilização do suprimento de fundos para o pagamento relativo ao fornecimento de bem necessário ao enfrentamento da ESPIN, no valor de R\$ 175.000,00, cuja contratação se deu mediante prévio pregão?

Não. De acordo com o art. 6º-A, *caput*, da Lei 13.979/2020, os limites constantes dos seus incisos I (R\$ 330.000,00 para serviços de engenharia) e II (R\$ 176.000,00 para compras em geral e outros serviços) foram estabelecidos para o uso do suprimento de fundos (por item de despesa), “quando a movimentação for realizada por meio de Cartão de Pagamento do Governo”, nas aquisições e contratações a que se refere o *caput* do art. 4º, isto é, somente nas hipóteses de dispensa de licitação, e não no caso de contratações precedidas de licitação na modalidade pregão.

A reforçar tal assertiva, extrai-se da leitura do art. 4º-H da Lei 13.979/2020, ante o uso da expressão “*Os contratos regidos por esta Lei*”, conclusão no sentido de que quando o legislador quis se reportar tanto aos contratos celebrados por dispensa de licitação (art. 4º, *caput*) quanto àqueles celebrados mediante prévio pregão (art. 4º-G, *caput*), ele o fez expressamente. Portanto, nas contratações precedidas de pregão simplificado, bem como naquelas decorrentes de dispensas de licitação envolvendo objeto com valor acima dos referenciados nos incisos I e II do art. 6º-A da Lei 13.979/2020, o suprimento de fundos não deverá ser utilizado – sob a ótica do princípio da legalidade – como forma de pagamento.

Todavia, a depender da situação concreta e mediante a devida motivação, não seria desarrazoada a aplicação, em caráter absolutamente excepcional, de regras da Lei 13.979/2020 a situações por ela não formalmente contempladas, como as relativas à utilização do suprimento de fundos em contratações derivadas de pregão simplificado – aplicando-se-lhes, então, o conteúdo do art. 6º-A, *caput*, da Lei 13.979/2020 –, até como forma de, em tempos de pandemia, ante os acentuados impactos na atividade econômica do nosso país, atrair número maior de licitantes.

Esse entendimento encontra amparo nos arts. 20 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942, alterado pela Lei 13.655/2018), segundo os quais, na esfera administrativa, *“não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”*, bem como, *“na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”*.

Tem-se a absoluta convicção de que os órgãos de controle, em especial os tribunais de contas, ao examinarem a conduta dos agentes públicos, obrigados a tomar decisões céleres num cenário absolutamente inusitado, diferente de tudo para o qual foram preparados a enfrentar, saberão sopesar as decisões administrativas adotadas no âmbito das contratações públicas tendo como parâmetros, sobretudo, a boa-fé objetiva, a razoabilidade e a proporcionalidade.

A corroborar tal assertiva, impende destacar que, por intermédio da Resolução Conjunta ATRICON/ABRACOM/AUDICON/CNPTC/IRB nº 1, de 27 de março de 2020, a qual dispõe sobre *“diretrizes e recomendações quanto às medidas que possam ser adotadas pelos tribunais de contas, de modo uniforme e colaborativo com os demais poderes, para minimizar os efeitos internos e externos decorrentes do coronavírus”*, restou deliberado, em seu art. 2º, que *“o desempenho dos papéis de fiscalização e controle deve ser continuado, adotando-se a cautela, a coerência e a adequação ao contexto da crise, preferencialmente de forma pedagógica”*.

24ª) Pode ser instaurado, enquanto durar a vigência da Lei 13.979/2020, processo administrativo para fim de aplicação de penalidade a empresa que descumpriu cláusula de contrato celebrado antes da vigência da referida lei? E se o contrato foi celebrado já na vigência da Lei 13.979/2020, envolvendo, por óbvio, objeto que se enquadra no seu escopo?

Em ambas as situações, na vigência do estado de calamidade de que trata o Decreto Legislativo 6/2020, não é recomendável – por se tratar de medida sem efeito prático – a instauração do processo administrativo de apuração de responsabilidade, uma vez que, de acordo com o art. 6º-C da Lei 13.979/2020, enquanto perdurar o estado de calamidade, não correrão os prazos processuais em desfavor dos acusados e entes privados processados em processos administrativos. Caso então o processo já tenha sido autuado, os prazos processuais ficarão suspensos.

PARTE 2

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: IMPACTO DA LEI 13.979/2020 (E OUTRAS NORMAS EDITADAS EM VIRTUDE DA PANDEMIA DA COVID-19) NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM EXECUÇÃO, COM ÊNFASE NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

ERIVAN PEREIRA DE FRANCA
(erivan.adv.bsb@gmail.com)

Advogado, pós-graduado em Direito Público. Servidor do Tribunal de Contas da União, onde exerceu as funções de Diretor de Apoio à Fiscalização de Contratos do TCU e Chefe do Serviço de Instrução de Repactuações e Sanções Contratuais. É instrutor, em cursos presenciais e à distância, na área de gestão de contratos, em âmbito nacional.



Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde emitiu Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional em decorrência de infecção humana pelo novo coronavírus (COVID-19).

Posteriormente, no dia 3 de fevereiro de 2020, o Ministro de Estado da Saúde editou a Portaria 188, por meio da qual declarou situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (**ESPIN**).

Dias depois, em 7 de fevereiro de 2020, foi publicada e entrou em vigor a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispondo sobre as medidas para enfrentamento da já declarada situação de emergência - ESPIN, e que foi objeto, até o momento, de duas regulamentações: Decreto 10.282, de 20 de março de 2020, e Decreto 10.288, de 22 de março de 2020.

Tais atos normativos - além de vários outros posteriormente expedidos e que serão mencionados ao longo do texto - repercutem na execução de contratos administrativos.

O objeto deste singelo trabalho é apresentar, na forma de questionamentos, o impacto das normas que têm sido editadas para disciplinar o combate à pandemia do chamado coronavírus nos contratos administrativos em execução, especialmente aqueles que envolvem a execução de serviços contínuos mediante cessão de mão de obra pelas empresas contratadas (contratos de terceirização).

Nosso objetivo, a par de convidar à reflexão os atores envolvidos na gestão dos contratos, é contribuir com subsídios para a eficaz e segura tomada de decisões por

esses agentes, de modo que elas tenham não apenas efetividade, mas também sejam harmônicas com o ordenamento jurídico vigente.

Esclarecemos que nossa análise se circunscreve, estritamente, às repercussões das normas editadas em decorrência da ESPIN no âmbito da execução dos contratos administrativos.

Estamos cientes, importa frisar, de que os gestores responsáveis por contratos administrativos se encontram em situação extraordinária, imprevisível e que tem levado o Poder Público a editar quase que diariamente normas que podem ter repercussão nos contratos administrativos, tornando complexa a atuação dos gestores, que são obrigados, no mais das vezes, a tomar decisões rapidamente.

É esperado que os órgãos de controle, ao apreciarem os atos praticados pelos gestores públicos durante o período da ESPIN, apliquem com sensibilidade o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("*O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.*"), porquanto certamente serão tomadas decisões com a celeridade que as circunstâncias exigirão, num ambiente de multiplicidade de comandos normativos, por vezes ambíguos e conflitantes, justificando assim, a nosso sentir, a mitigação da responsabilização dos gestores.

1ª) A Lei 13.979/2020 estabelece regime jurídico próprio, a afastar a incidência da Lei 8.666/93 e da Lei 13.303/2016, no que diz respeito aos contratos em execução?

Não. O art. 1º da Lei 13.979/2020 deixa evidente que as medidas previstas na lei poderão ser adotadas com o único objetivo de enfrentar as consequências da ESPIN. A norma estabelece, evidentemente, regras específicas quanto às contratações para atender à emergência em causa, bem como define várias medidas a serem adotadas pelo Poder Público que podem ter reflexos nos contratos em execução.

Porém, não se pode extrair qualquer conclusão no sentido de haver a Lei 13.979/2020 afastado a aplicação da Lei 8.666/93 (lei geral de licitações e contratos) ou da Lei 13.303/2016 (estatuto jurídico da empresa pública), normas cuja incidência não foi afastada de nenhuma forma. Significa dizer que as providências que eventualmente seja necessário adotar na gestão dos contratos administrativos em execução devem observar tais leis.

Por exemplo: pode ser necessário, em virtude da ESPIN, promover-se alteração qualitativa ou quantitativa do objeto originalmente pactuado; ao adotar essa providência, a Administração deverá observar estritamente as disposições do art. 65 da Lei 8.666/93, que estabelecem limites a tais alterações e, no caso das estatais, a vedação (implícita) às alterações unilaterais (*caput* do art. 81 da Lei 13.303/2016), para citar apenas alguns dispositivos legais a serem observados.

Não se pode olvidar que o contrato administrativo deve ser, como regra geral, cumprido pelas partes, nos termos em que pactuado. O conteúdo econômico do contrato, não obstante, pode sofrer modificações no curso de sua execução em face da ocorrência de eventos classificados como "de força maior" (é o caso da circunstância ora definida como ESPIN), mediante aplicação da alínea "d" do inciso II do art. 65 ou do § 5º desse mesmo artigo, da Lei 8.666/93 (em sentido idêntico, vide art. 81, inciso VI e § 5º do mesmo artigo, da Lei 13.303/2016).

O conteúdo do contrato, como ato jurídico perfeito, deve ser resguardado mesmo em face de inovações legislativas, nos termos do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal.

As regras do negócio, estabelecidas unilateralmente pela Administração contratante (edital e contrato), no mais das vezes vinculam as partes e devem ser estritamente observadas (art. 41, *caput*, § 1º do art. 54, inc. XI do art. 55, todos da Lei 8.666/93; art. 31 e inc. VIII do art. 69, ambos da Lei 13.303/2016).

Assim, em face do ordenamento jurídico contratual vigente, pode-se afirmar que a Lei 13.979/2020 não afasta a aplicação das regras que disciplinaram a contratação e estabeleceram os termos do negócio, que devem ser honrados pelas partes. Eventuais repercussões da situação extraordinária - a caracterizar força maior - devem ser solucionadas mediante aplicação das normas gerais e das regras contratuais.

Lembre-se que, sempre que a Administração pretenda promover (unilateralmente ou mediante acordo) alterações no negócio originalmente pactuado, é garantida ao particular a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, estabelecido originalmente quando do recebimento da proposta de preços (vide, quanto a essa garantia, o inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal; o § 1º do art. 57, os §§ 1º e 2º do art. 58, o § 6º do art. 65, todos da Lei 8.666/93; e o § 6º do art. 81 da Lei 13.303/2016).

2ª) A Administração contratante, por intermédio de seus agentes (fiscal, gestor, autoridade), pode determinar que a contratada tome providências para que terceirizado seja colocado em isolamento ou quarentena (art. 2º e art. 3º, I e II, ambos da Lei 13.979/2020) e, como consequência, exigir a substituição do trabalhador?

Não. As medidas de enfrentamento da ESPIN descritas no art. 2º e no art. 3º, incisos I e II (isolamento ou quarentena de pessoa infectada ou integrante do chamado "grupo de risco") somente podem ser determinadas pelas autoridades da área de saúde, incluindo a vigilância sanitária, ou autoridade administrativa governante, como Governador de Estado, por exemplo (vide Portaria 356, de 11 de março de 2020, do Ministro de Estado da Saúde), com o auxílio, se necessário, das autoridades policiais

(art. 8º da Portaria Interministerial 5, de 17 de março de 2020, dos Ministros de Estado da Saúde e da Justiça e Segurança Pública).

Assim, não é juridicamente possível que o fiscal ou gestor do contrato - ou qualquer outra autoridade da Administração contratante - expeça ordem determinando que o contratado providencie o isolamento ou quarentena de seus empregados.

Contudo, entendemos que é conduta adequada dos agentes públicos envolvidos na gestão contratual solicitar, formalmente, à empresa que notifique imediatamente o tomador (órgão ou entidade contratante) quando um dos terceirizados for infectado ou houver suspeita de infecção, devendo retirá-lo imediatamente do local de execução, para evitar a propagação do vírus e em auxílio à Administração no cumprimento aos arts. 5º e 6º da Lei 13.979/2020 (destacamos):

Art. 5º Toda pessoa colaborará com as autoridades sanitárias na comunicação imediata de:

I - possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus;

II - circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo coronavírus.

Art. 6º É obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação.

3ª) Quais são as consequências, no âmbito da execução do contrato de terceirização, da falta justificada do terceirizado, com amparo no § 3º do art. 3º da Lei 13.979/2020?

Estabelece o § 3º do art. 3º da Lei 13.979/2020 que "*será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo*" (sic).

Segundo o dispositivo acima transcrito, trabalhador terceirizado (cedido para executar os serviços para o tomador contratante) que, por exemplo, deva permanecer em isolamento por 14 dias, terá direito à remuneração integral. Em consequência, a empresa prestadora de serviços não disporá do trabalhador, mas terá custo com a manutenção de sua remuneração integral.

Essa situação repercute na execução do contrato de terceirização, porquanto essa espécie de negócio tem por objeto um serviço de natureza continuada executado mediante cessão da mão de obra pelo contratado. A cessão da mão de obra caracteriza a terceirização.

Segundo as normas de direito previdenciário, a cessão da mão de obra consiste na "*colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores que realizem serviços contínuos [...] em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato*" (vide § 3º do art. 31 da Lei 8.212/91; § 1º do art. 219 do Regulamento da Previdência Social; e art. 115, *caput* e § 3º, da Instrução Normativa 971/2009 da Receita Federal do Brasil).

Podemos citar como exemplos de contratos de terceirização aqueles que tenham por objeto: vigilância armada ostensiva; recepção; secretariado; apoio administrativo presencial; suporte presencial ao usuário de informática etc.

Convém frisar que a terceirização está autorizada pelo § 7º do art. 10 do Decreto-lei 200/67 ("*Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.*").

O dispositivo é expresso em autorizar, tão somente, a contratação de serviços especializados; não há autorização legislativa para promover-se a intermediação de mão de obra mediante contrato administrativo; nem poderia a lei fazê-lo, porquanto resvalaria na regra constitucional do concurso público, condição necessária à contratação de pessoal pela Administração Pública (art. 37, inc. II, da Constituição Federal).

O contrato de terceirização não pode ser fraudado para, por meio dele, promover-se ilegal intermediação ou "fornecimento" de mão de obra (vide inc. II do art. 7º do Decreto 9.507/2018; e art. 3º da Instrução Normativa 5/2017 do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão).

Como decorrência do ordenamento jurídico que disciplina a terceirização de serviços, pode-se concluir que não há autorização para que a Administração contratante pratique atos de ingerência na gestão de mão de obra da empresa prestadora de serviços (vide art. 7º do Decreto 9.507/2018; e arts. 4º e 5º da Instrução Normativa 5/2018 do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão).

É fundamental que a Administração compreenda os propósitos e limites do contrato de terceirização. Não se pode, de maneira nenhuma, concluir que o contrato administrativo autoriza a prática de atos de ingerência, como, por exemplo, determinar que um terceirizado seja afastado da execução dos serviços e se coloque em isolamento.

A Administração mantém relação jurídica com a empresa contratada. Toda e qualquer alteração no modo de execução dos serviços pactuados, ou nas rotinas estabelecidas, deve ser direcionada à empresa - observadas as regras e limites

legalmente estabelecidos - por intermédio do seu representante, denominado preposto (art. 68 da Lei 8.666/93).

Não há relação jurídica entre a Administração e os terceirizados, de nenhuma natureza, a impedir que o órgão ou entidade contratante exerça qualquer tipo de disciplina ou comando sobre empregados de empresas prestadoras de serviços.

Há relação jurídico-trabalhista entre o terceirizado (empregado) e a empresa prestadora de serviços (empregadora), relação essa regida pela legislação trabalhista, que tem sido afetada por normas diuturnamente editadas no enfrentamento da ESPIN. Não pode a Administração contratante interpretar que está autorizada a aplicar ou determinar a aplicação de normas trabalhistas mediante comandos diretamente ao terceirizado; tampouco pode impor a prática de um determinado ato à empresa contratada, se tal ato não lhe é imposto pela lei ou pelo contrato administrativo.

Feitas essas considerações e compreendidos os contornos do contrato de terceirização, passemos à análise das **possíveis consequências da ausência do terceirizado**.

Caso o contrato de terceirização preveja **critério de execução, medição e pagamento associado à disponibilização de mão de obra** (por exemplo, postos de serviços - vide Anexo VI-A da IN 5/2017) e tenha exigido a substituição do trabalhador, a empresa será obrigada a dispor de trabalhador para substituir aquele colocado em isolamento ou quarentena. Em tais casos, os custos com substituição estarão devidamente alocados na linha B do submódulo 4.1 da planilha de custos e formação de preços do contrato, conforme modelo estabelecido pela IN 5/2017.

Nessa formatação, se a empresa contratada não providenciar a substituição do trabalhador afastado (exemplo: a recepcionista num contrato de recepção), a Administração contratante deverá, em regra, promover a glosa do valor correspondente aos serviços não prestados, a partir dos valores que compuserem o preço do posto de serviços.

A glosa é a medida que se impõe, ordinariamente, em caso de inexecução parcial de serviço terceirizado, na hipótese de previsão contratual de medição e pagamento condicionados à disponibilização da mão de obra, como se dá nas contratações de postos de serviços. A inexecução impede o reconhecimento do direito do credor (empresa prestadora dos serviços) ao pagamento pactuado (vide arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, c/c o § 3º do art. 40 da Lei 8.666/93)

Por outro lado, caso o contrato de terceirização condicione o pagamento à entrega de resultados objetivamente mensuráveis, por indicadores previstos no contrato (vide Anexo V, item 2.6, letra "d", da IN 5/2017), a ausência do trabalhador pode ou não ter repercussão econômica:

- se os resultados forem entregues com qualidade e perfeição técnica, dentro dos prazos pactuados (exemplo: limpeza da metragem total da área pactuada), a despeito da ausência temporária de um dos terceirizados da equipe técnica, não há falar em glosa ou dedução do pagamento devido à empresa;

- se os resultados não forem entregues tal como pactuados, a glosa ou dedução é devida, porquanto ter-se-á inexecução parcial da avença.

Nos demais contratos (que não envolvam cessão de mão de obra), como, por exemplo, na contratação de serviços por escopo a falta de empregados da empresa contratada é um dado neutro, sem relevância para a medição e pagamento.

Não se confunda glosa por inexecução parcial com a adequação dos pagamentos decorrente da aplicação do Instrumento de Medição de Resultado - IMR (vide inc. IX do Anexo I e item 1 do Anexo VII-A, c/c o art. 50, inc. II, "c", todos da IN 5/2017), por meio do qual é aferido, mensalmente, o alcance das metas pactuadas relativas a níveis de qualidade, quantidade e prazos esperados na execução dos serviços. O não alcance das metas, nos níveis pactuados, enseja a adequação dos pagamentos.

Num cenário de enormes dificuldades operacionais que podem ser enfrentadas pelas empresas prestadoras de serviços, consideramos adequada a avaliação, em cada caso concreto, quanto à possibilidade de suspensão das metas objeto de monitoramento pelo IMR, mediante compromisso firmado com o contratado, por aplicação do art. 26 do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

4ª) Uma das medidas que podem ser adotadas pelas autoridades de saúde é a restrição excepcional ou temporária de locomoção interestadual ou intermunicipal (inciso VI do art. 3º da Lei 13.979/2020). Que consequências a restrição à locomoção de terceirizados pode ter na execução contratual? Qual o reflexo de tais medidas nos pagamentos devidos ao contratado e no equilíbrio econômico-financeiro do contrato?

A impossibilidade de deslocamento dos terceirizados até o local de execução dos serviços, mediante utilização do transporte público coletivo, municipal ou intermunicipal, pode ter consequências graves na execução contratual e pode, até mesmo, levar à paralisação parcial dos serviços.

O Decreto 10.282, de 20 de março de 2020, determina que "*É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, e de cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.*" (§ 3º do art. 3º do Decreto).

Por exemplo: os terceirizados que trabalham na limpeza e higienização de hospitais públicos não podem ser impedidos de utilizar o transporte público coletivo

para se dirigirem ao local de execução dos serviços, a despeito de decreto municipal restringindo a circulação de pessoas na cidade; isso porque o serviço que executam é imprescindível ao funcionamento de serviços públicos e/ou atividades essenciais, conforme o Decreto 10.282/2020.

Não obstante, pode ocorrer (e há relatos da ocorrência), ainda que transitoriamente, a paralisação dos transportes públicos numa determinada localidade. Em tal situação, haveria efetiva impossibilidade de deslocamento dos terceirizados, obrigando a empresa a prover outro meio eficaz de transporte (aluguel de vans ou ônibus, por exemplo), ensejando pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Isso porque a empresa incorreria em custos não previstos originalmente na avença. A efetividade de tais custos, devidamente demonstrada, é causa evidente do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ainda que transitório, por aplicação da já mencionada alínea "d" do inciso II do art. 65 da Lei 8.666/93 (ou, no caso das estatais, o inciso VI do art. 81 da Lei 13.303/2016).

A demonstração da chamada onerosidade excessiva é, na hipótese em análise, dispensável, por aplicação do § 5º do art. 65 da Lei 8.666/93 (ou do § 5º do art. 81 da Lei 13.303/2016, no caso das estatais), porquanto um ato do Poder Público (fato do príncipe), de efeito geral (Decreto do Prefeito, por exemplo), geraria ao particular contratado o direito à revisão, incumbindo a este o ônus de demonstrar tão somente a repercussão nos preços contratados.

Eventuais atrasos e, até mesmo, inexecução parcial dos serviços contratados legitimam a instauração de processo administrativo sancionador; porém, ao decidir pela instauração, a autoridade competente deverá sopesar as circunstâncias do caso concreto, agora com os possíveis reflexos da pandemia do coronavírus, tendo em mente que só poderá aplicar a sanção prevista em contrato caso não afastada a culpabilidade do contratado, pois não se admite a aplicação de penalidade no âmbito dos contratos administrativos sem a presença do elemento subjetivo da culpabilidade, orientação que se extrai do art. 86, *caput*, da Lei 8666/93.

5ª) Quais são as consequências, de ordem prática, da suspensão de prazos processuais determinada pelo art. 6º-C da Lei 13.979/2020?

Determina o art. 6º-C da Lei 13.979/2020: "*Não correrão os prazos processuais em desfavor dos acusados e entes privados processados em processos administrativos enquanto perdurar o estado de calamidade de que trata o Decreto Legislativo nº 6, de 2020.*"

O citado Decreto Legislativo reconheceu, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, *"a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020"*.

Pois bem, enquanto presente a situação de ESPIN, os prazos processuais em desfavor de fornecedores acusados, em processos administrativos nos quais se discute a possibilidade de aplicar penalidades, permanecerão suspensos, só voltando a correr a partir de 1º de janeiro de 2021.

Durante esse período, não estará a Administração impedida de proceder a instrução processual (art. 29 e seguintes da Lei 9.784/99), desde que não haja necessidade de atuação do particular (como, por exemplo, a produção de prova documental a seu favor; a realização de diligências ou perícias). Entretanto, não será possível a tomada de decisão pela autoridade competente, pois é garantido ao particular, finda a instrução, o direito de apresentar alegações finais (art. 44 da Lei 9.784/99).

As notificações e intimações expedidas pela Administração no período da ESPIN devem consignar expressamente a suspensão do prazo, em favor do particular, em conformidade com o art. 6º-C da Lei 13.979/2020.

A suspensão de prazos opera em favor exclusivamente do particular; não é extensiva à Administração.

A suspensão dos prazos processuais, no caso em exame, não autoriza os fiscais e gestores de contrato a serem omissos e deixarem de registrar ocorrências relacionadas ao descumprimento de obrigações contratuais (§ 1º do art. 67 da Lei 8.666/93), bem como de adotar providências no sentido de apurar tais ocorrências: notificando o contratado para prestar esclarecimentos; exigindo a apresentação de documentos hábeis ao esclarecimento da situação; determinando a correção de falhas etc.

Enfim, os agentes responsáveis pela fiscalização deverão continuar a realizar normalmente o acompanhamento da execução e a eficiente fiscalização, adotando todas as providências a seu cargo para apurar a ocorrência de eventuais ilícitos contratuais, levando os fatos ao conhecimento de seus superiores (§ 2º do art. 67 da Lei 8.666/93).

6ª) As medidas determinadas pela Instrução Normativa 19, de 12 de março de 2020, do Secretário de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, se aplicam aos empregados de empresas prestadoras de serviços terceirizados?

Não. A Instrução Normativa em epígrafe determina a adoção, pelos órgãos e entidades da Administração federal, de medidas de proteção para o enfrentamento da ESPIN, como, por exemplo, a execução de atividades remotamente por servidores e empregados públicos: com 60 anos ou mais; portadores de doenças preexistentes

crônicas ou graves; que coabitem com pessoa diagnosticada com COVID-19; gestantes ou lactantes (vide art. 4º-B).

Tal norma se aplica aos terceirizados? Não. O art. 7º-B da mencionada Instrução Normativa estende a aplicação da norma somente aos contratados temporários e aos estagiários. Não faz, e nem poderia fazê-lo, menção a terceirizados, porquanto estes não têm qualquer vínculo com a Administração Pública. Não poderia, portanto, um ato que disciplina as relações entre a Administração e seus servidores ou empregados públicos ser aplicado aos empregados de empresas prestadoras de serviços.

Portanto, os gestores de contratos administrativos não têm autorização normativa para "permitir" ou "determinar" aos terceirizados que estes executem os serviços a seu cargo remotamente; não podem, também, proibir a execução dos serviços por terceirizado que tenha idade igual ou superior a 60 anos; não podem, outro exemplo, dispensar a terceirizada lactante da execução dos serviços.

Tais medidas constituiriam ingerência na gestão de pessoas da empresa contratada. Não se pode, reiterar-se, aplicar aos empregados de empresas prestadoras de serviços as normas que disciplinam relações entre a Administração e seus servidores ou empregados públicos. Não há amparo jurídico para a adoção de medidas como essas pela Administração contratante. Nada impede, no entanto, que elas venham a ser sugeridas, recomendadas à empresa contratada.

7ª) Que consequências a interrupção temporária das atividades do órgão ou entidade contratante pode ter na execução do contrato de prestação de serviços?

Como parte do enfrentamento à ESPIN, é possível que o órgão ou entidade pública contratante decida pela interrupção parcial de suas atividades, ou até mesmo pela interrupção total. Por exemplo, um estabelecimento de ensino superior pode reduzir drasticamente as atividades educacionais nas suas dependências, autorizando-se a substituição de aulas presenciais por aulas a distância (Portaria 343, de 17 de março de 2020 do Ministro de Estado da Educação).

Agora, imaginemos que um dado serviço terceirizado seja prestado no estabelecimento de ensino que agora está com suas atividades total ou parcialmente interrompidas. Que medidas podem ser adotadas pelos gestores desse contrato de serviço terceirizado?

Como dissemos anteriormente, não há um regime jurídico novo, excepcional, "pandêmico", a disciplinar os contratos administrativos. Continuam sendo aplicadas as regras previstas na Lei 8.666/93 e na Lei 13.303/2016.

O problema hipotético ora examinado pode ser resolvido aplicando-se alguns institutos previstos na legislação vigente. Qual o instituto adequado? As circunstâncias e

particularidades do caso concreto enfrentado é que ditarão a providência mais adequada a ser adotada pela autoridade competente. Apresentaremos, a seguir, as possibilidades previstas na legislação vigente.

A primeira possibilidade é a Administração promover, observados os limites legais, uma **alteração qualitativa do objeto**. Alteração unilateral, com amparo no inc. I, alínea "a", do art. 65 da Lei 8.666/93; ou consensual, no âmbito das estatais, com fundamento no inc. I do art. 81 da Lei 13.303/2016.

A alteração qualitativa envolve modificações no modo de execução, nas rotinas pactuadas, nas técnicas empregadas, na especificação dos materiais utilizados na execução. Exemplos de modificações que implicam em alteração qualitativa: a execução de um dado serviço remotamente (suporte na área de TI, por exemplo), em vez de presencialmente; a modificação da frequência com que é higienizado um determinado ambiente; a utilização de um equipamento novo, inexistente quando da licitação, que implique em aumento de produtividade.

Assim, podem ser impostas alterações no modo de execução e/ou nas rotinas pactuadas, adequando-os às limitações impostas pelas circunstâncias, sem prejuízo na execução das obrigações pactuadas - mantido, na medida do possível, o padrão de qualidade e os prazos ajustados - que têm reflexo na remuneração do contratado.

A segunda possibilidade é a Administração promover, observados os limites legais, uma **alteração quantitativa do objeto (acréscimos ou supressões)**. Alteração unilateral, com amparo no inc. I, alínea "b", do art. 65 da Lei 8.666/93; ou consensual, no âmbito das estatais, com fundamento no inc. II do art. 81 da Lei 13.303/2016.

São exemplos de alteração quantitativa do objeto: supressão de postos de serviços de recepção, em função da interrupção parcial das atividades do órgão ou entidade; redução da metragem de área a ser limpa; redução do número de equipamentos que serão mantidos (manutenção preventiva e corretiva).

Impende frisar que, ao promover tanto alterações qualitativas quanto alterações quantitativas, a Administração deverá observar os **limites** legais previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93 (no caso das estatais, as alterações consensuais devem observar o limite previsto no § 1º do art. 81 da Lei 13.303/2016). A única ressalva dá-se nas supressões superiores aos limites previstos nos dispositivos acima citados, que podem ser implementadas desde que o contratado com elas concorde expressamente (§ 2º do art. 65 da Lei 8.666/93; § 2º do art. 81 da Lei 13.303/2016)

A terceira e última possibilidade que gostaríamos de mencionar é a decisão da Administração pela **suspensão da execução do contrato**, total ou parcial, com fundamento no inc. XIV do art. 78 da Lei 8.666/93 (não há dispositivo semelhante na Lei 13.303/2016), ora transcrito (destacamos):

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

Embora o dispositivo esteja topologicamente situado no elenco de situações que autorizam rescisão contratual (há hipótese, em ação judicial proposta pelo contratado), dele é possível extrair que a Administração está autorizada a suspender a execução do contrato, parcial ou totalmente.

A ordem de suspensão deve ser dada por ato escrito e fundamentado da autoridade competente (a mesma que assinou o contrato que, em geral, é a autoridade máxima do órgão ou entidade; ou a quem haja delegado competência), no qual delimita o alcance da suspensão (total ou parcial) e o prazo de duração da medida, que, em regra, não poderá ser superior a 120 dias, ressalvada a situação em que a suspensão decorra de calamidade pública, como é o caso da ESPIN. O dispositivo assegura ao contratado o direito de ser indenizado "pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas" no contrato.

O comando legal não autoriza a continuidade do pagamento da remuneração integral pactuada. Frise-se: em caso de suspensão parcial, os pagamentos serão limitados ao valor correspondente aos serviços não suspensos; em caso de suspensão total, nenhuma remuneração é devida ao contratado. Apesar de estarmos atravessando momento inusitado de pandemia, com consequências sociais e econômicas de grande magnitude, a continuidade dos pagamentos à empresa sem a correspondente prestação dos serviços contratados, isto é, a realização de despesas pela Administração contratante sem qualquer amparo contratual, apenas sob o argumento de preservação da relação empregatícia havida entre a empresa e o terceirizado, não está formalmente autorizada na ordem jurídica vigente.

Reitere-se: não se pode concluir, à luz da normatividade vigente, que a Administração esteja autorizada a suspender totalmente a execução do contrato, porém continuar a efetuar os pagamentos nos exatos valores nele previstos. Tal medida implicaria dano erário, por pagamentos sem efetiva contraprestação.

Como frisado, não tem amparo jurídico eventual alegação de que a continuidade dos pagamentos mensais à empresa contratada, mesmo suspensos os serviços, prestar-se-ia a garantir o emprego e a renda dos terceirizados. Ora, esse não é o objetivo do contrato administrativo. O contrato administrativo não é mecanismo de transferência de renda ou de realização de políticas sociais do Estado. Até porque medidas nesse sentido

têm sido editadas - objetivando a manutenção dos empregos ou a complementação de renda do trabalhador afetado por redução de jornada ou suspensão do contrato de trabalho -, a exemplo da Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020.

De fato, o preço pactuado objetiva remunerar o contratado pela efetiva execução dos serviços. Não havendo execução (em virtude da suspensão), não são devidos pagamentos. Tanto é assim, que a lei utiliza expressamente, reiterando-se, o termo "indenização".

Os ajustes na execução contratual (como é o caso da suspensão ora em comento) poderão ter reflexos na relação jurídica entre a empresa prestadora de serviços e os seus empregados (terceirizados empregados na execução). Entretanto, a aplicação, por exemplo, das alternativas estabelecidas pela Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020 (entre outras: teletrabalho; antecipação de férias; férias coletivas), ou pela Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020 (redução da jornada, com correspondente diminuição do salário; ou suspensão do contrato de trabalho), ficará a cargo da empresa contratada, única responsável pela gestão dos seus próprios empregados.

Em outros termos, não compete à Administração determinar as medidas que podem ou devem ser adotadas pela empresa contratada na qualidade de empregadora. Trata-se de prerrogativa exclusiva da empresa a gestão dos seus empregados, observada a legislação trabalhista.

Não se está aqui a ignorar a figura do "pagamento antecipado", formalmente admitido na esfera federal pelo art. 38 do Decreto 93.872/86, mas dentro de contexto bastante específico, qual seja, "*mediante as indispensáveis cautelas ou garantias*" e segundo a "*forma de pagamento estabelecida no próprio contrato, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta*".

Também não se está aqui a olvidar corrente jurídica que sustenta, nesse contexto de suspensão da execução contratual, a continuidade dos pagamentos à empresa sem a correspondente prestação dos serviços de terceirização, invocando, para tanto, o conteúdo do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/42), segundo o qual, nas esferas administrativa, controladora e judicial, "*não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*".

Não obstante, parece-nos inconteste que os gestores necessitarão, com vistas a uma maior segurança jurídica na tomada da decisão, de um comando normativo mais específico, mais direto, autorizando-os expressamente a decidir pela suspensão da execução contratual sem prejuízo da manutenção de pagamentos mensais à empresa, a exemplo do comando contido no art. 3º do Decreto 17.335, de 27 de março de 2020, do Município de São Paulo, que assim dispõe (grifos acrescentados):

Como medida excepcional, a Administração Pública Municipal fica autorizada a manter o pagamento mensal do contrato naqueles ajustes para os quais for indicada a

suspensão total ou parcial dos serviços, deduzidas as despesas diretas e indiretas que efetivamente deixem de incorrer, garantindo o pagamento das despesas devidamente comprovadas com pessoal e encargos dos trabalhadores que deixem de prestar os serviços em razão da emergência e calamidade pública.

Mas o fato é que, para os gestores vinculados a outros entes federativos e que não estão amparados em lei específica com comando similar, ou, no caso das estatais, em regulamento próprio, o inciso XIV do art. 78 da Lei 8.666/93 é claro: não alude a pagamento de remuneração, pactuada como contraprestação da Administração pelo serviço efetivamente realizado; determina o pagamento tão somente de indenização pelos custos imprevistos nos quais o contratado incorrer em virtude da suspensão, relacionados às "desmobilizações e mobilizações". E qual é o alcance desta expressão nos contratos de prestação de serviços, mormente os de terceirização?

Despesas com "desmobilizações e mobilizações" podem ser interpretadas, no âmbito do contrato de terceirização, como aquelas indenizações relacionadas à disponibilização dos profissionais para executar os serviços pactuados com o tomador contratante (novos custos com admissão, custos com manutenção dos trabalhadores ou demissão destes).

Assim, se a empresa lograr êxito em comprovar que, por força da suspensão do contrato administrativo de terceirização, tiver suportado custos com a manutenção dos trabalhadores (suspensão temporária dos contratos de trabalho, por exemplo, com pagamento de "ajuda compensatória mensal", de caráter indenizatório - § 5º do art. 8º da Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020) ou com a demissão destes mediante aviso prévio indenizado (dada a extemporaneidade da suspensão), terá direito de pleitear indenização em valor correspondente aos custos efetivamente suportados.

Registre-se que a suspensão total da execução do contrato por conta do atual estado de ESPIN pode levar o contratado a pleitear, em juízo, a rescisão contratual, com fundamento no inciso XVII do art. 78 da Lei 8.666/93, pois a situação ora enfrentada configura, para fora de qualquer dúvida, ocorrência de força maior. A suspensão total caracterizaria fato impeditivo da execução do contrato.

Por fim, importa frisar que o fiscal ou gestor do contrato não tem competência para determinar a suspensão da execução do contrato, pois tal ato é privativo da autoridade que assinou o contrato, mediante decisão fundamentada. De igual modo, não pode o fiscal ou gestor do contrato expedir comando ao contratado que implique em alteração no modo de execução dos serviços ou redução quantitativa destes, pois tais medidas dependem de prévia alteração contratual, devidamente formalizada. Comandos direcionados ao contratado sem amparo no contrato infringe o art. 60, parágrafo único da Lei 8.666/93; havendo execução por parte da empresa a partir desses comandos ilegais, fará ela jus a indenização, nos termos do art. 59, parágrafo único da Lei 8.666/93.

Para garantir maior segurança jurídica aos gestores de contratos e autoridades com competência decisória, o ideal seria que, no âmbito do Sistema de Serviços Gerais - SISG (Decreto 1.094/94), o Ministério da Economia, como órgão central com função normativa, expedisse atos normativos orientadores, de modo a dar concretude ao art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conferindo maior segurança jurídica aos atos praticados neste momento em que muitos gestores se encontram perplexos.

8ª) A Administração contratante pode impor à empresa prestadora de serviços a adoção das medidas trabalhistas previstas na Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020?

Não. Impor ao contratado a adoção de qualquer medida de índole trabalhista é ato de ingerência, vedado à Administração contratante.

As medidas previstas na Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, objetivando o enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do ESPIN não obrigam nem mesmo os empregadores, pois são todas elas medidas opcionais (art. 1º). Confira-se, a propósito, a redação dada ao art. 3º da mencionada Medida Provisória (destacamos):

Art. 3º Para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, as seguintes medidas:

I - o teletrabalho;

II - a antecipação de férias individuais;

III - a concessão de férias coletivas;

IV - o aproveitamento e a antecipação de feriados;

V - o banco de horas;

VI - a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho;

VII - o direcionamento do trabalhador para qualificação; e

VIII - o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

Por exemplo: em virtude de alterações contratuais promovidas pela Administração Pública contratante quanto às rotinas de execução, poderá a empresa contratada determinar ao empregado a realização de suas atividades em regime de

teletrabalho (inc. I); em virtude de suspensão da execução do contrato por 30 dias, poderá a empresa antecipar as férias de seus empregados (inc. II).

9ª) Caso a empresa adote as medidas previstas no art. 3º da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, quais são as consequências no âmbito do contrato de prestação de serviços em execução? Há repercussão no preço do contrato administrativo?

Se, em virtude de alteração qualitativa ou quantitativa do objeto (por termo aditivo), ou em virtude de suspensão total ou parcial da execução do contrato (por ato formal da autoridade competente), a empresa considerar mais adequada a adoção de algumas das medidas prescritas no art. 3º da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, como, por exemplo, determinar a realização de teletrabalho pelos terceirizados, é possível que haja repercussão no preço pactuado no âmbito do contrato administrativo.

Os custos com a mão de obra não sofreriam qualquer redução. Mas, poderia haver incremento de despesa decorrente, por exemplo, da locação de equipamentos de informática para utilização pelos terceirizados, que, em situação de normalidade, utilizavam os equipamentos e instalações do tomador contratante.

A antecipação de férias ou a concessão de férias coletivas pode obrigar o contratado a captar recursos no mercado financeiro para fazer face aos custos com pagamento das remunerações correspondentes ao período de férias (antecipação do salário) e do adicional de férias (terço constitucional de férias - cujo pagamento poderá ser realizado, a exclusivo critério do empregador, após a concessão das férias, devendo ser quitado até a data de pagamento do 13º salário, conforme autoriza o art. 8º da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020).

Esse custo, "diluído" na planilha de custos e formação de preços do contrato para ser amortizado ao longo de 12 meses de execução contratual, é integralmente suportado, por força das circunstâncias, pelo contratado, no momento da concessão das férias (ressalvada a possibilidade de postergação do pagamento do terço constitucional de férias, como dissemos acima). Pode não haver recursos provisionados em conta vinculada (ou retidos pela Administração que impôs o pagamento pelo "fato gerador") suficientes para fazer face a essa despesa. Nesse caso, impõe-se uma negociação entre Administração e contratado, para pactuar-se o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato objetivando modificar o cronograma de desembolsos, ou, em outros termos, as condições e critérios de pagamento, de modo a permitir o pagamento pela Administração da despesa suportada pelo contratado em caráter excepcional.

A utilização do banco de horas na execução de contrato de terceirização é, no nosso entendimento, de difícil implementação pela empresa, isso porque a realização de serviços extraordinários para o tomador pode não demandar a "utilização" de todo o "crédito" a que tiver o terceirizado no banco de horas pactuado com seu

empregador, no caso a empresa prestadora de serviços. Além disso, não é possível a execução contratual com realização de horas extras habituais, porquanto implicaria desvirtuamento do instituto. Tampouco é solução menos onerosa para o contratado fazer-se "rodízio" de terceirizados a serviço do mesmo tomador.

O diferimento na realização dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, que é uma medida possível (inc. VII do art. 3º da MP 927/2020), será objeto de questão específica.

Seja qual for a medida prevista na legislação, não é possível que a Administração imponha a adoção de uma ou mais medidas específicas, isso porque é vedada a ingerência da Administração na gestão da empresa contratada (vide art. 7º do Decreto 9.507/2018 e art. 5º da IN 5/2017).

10ª) É possível a execução de serviço terceirizado mediante teletrabalho pelo terceirizado, durante o período de enfrentamento da ESPIN?

Sim. A empresa está autorizada pelos arts. 3º e 4º da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, a adotar, temporariamente, regime de teletrabalho. Não se trata de nenhuma novidade, pois o teletrabalho já era autorizado pelos arts. 75-A e seguintes da CLT (introduzidos pela reforma trabalhista - Lei 13.467/2017).

Vimos que a cessão da mão é um modo específico de execução dos serviços contínuos e que não depende, para sua caracterização, estritamente do local onde se encontra fisicamente o trabalhador (vide art. 115 da IN RFB 971/2009), muito embora a execução, mais comumente, se dê nas dependências do tomador. Exemplos de execução de serviços terceirizados em local distinto das dependências do tomador: serviços de suporte remoto a usuários de recursos de TI; serviços de *call center*; segurança pessoal de autoridades públicas.

O conceito de teletrabalho dado pelo § 1º do art. 4º da citada MP deve ser interpretado sistemicamente, para compatibilizar-se com a execução de serviços mediante cessão da mão de obra, sob pena de, a partir de uma interpretação restrita, inviabilizar-se completamente a execução dos serviços pactuados, não restando outra alternativa à Administração que não a suspensão do contrato, medida que pode vir a ser a mais danosa ao interesse público. Exemplo de serviços que podem, ante as circunstâncias, ser executados em regime de teletrabalho: atendimento de protocolos, para recepção e processamento de documentos, que passam a operar virtualmente; serviços de telefonia; serviços de secretariado.

Ressalte-se que a execução dos serviços fora das dependências do tomador contratante decorre, em tese, de alteração qualitativa promovida pela Administração (art. 65, inc. I, "a", da Lei 8.666/93). Carece, portanto, de prévia formalização por termo aditivo.

É altamente recomendável (imprescindível, poderíamos dizer) que Administração contratante e empresa contratada negociem antes de adotar o teletrabalho, pois há custos na sua implementação e manutenção (vide § 3º do art. 4º da MP); se a Administração não aceitar discutir o reequilíbrio do contrato, caberá à empresa fazer análise de custos e de riscos, para decidir se o teletrabalho será ou não a melhor medida a adotar.

A solução negociada é sempre a mais recomendável, porquanto evita a formação de passivos, especialmente para o contratado, o que pode gerar litígios entre as partes, no mais das vezes resolvido somente em ação judicial. A solução de compromisso é, inclusive, a diretriz do art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/42).

Ressalte-se que a decisão pelo teletrabalho é da empresa e não da Administração contratante. A medida não pode ser imposta unilateralmente pela Administração. Não se deve concluir que a alteração unilateral qualitativa do objeto - na hipótese ora analisada (de modificação no modo de execução, para passar a se dar fora das dependências do tomador) - implique necessariamente no teletrabalho, cuja adoção deve ser avaliada pela empresa. Muito embora, no cenário atual, possa ser medida mais adequada e menos onerosa para a empresa; seja como for, trata-se de decisão da exclusiva alçada da empresa, não podendo, por isso, ser imposta pela Administração.

Restando inviável a execução fora das dependências do tomador contratante, ou sendo impossível para a empresa a execução nas suas próprias instalações ou em regime de teletrabalho, o distrato é medida que, a nosso sentir, se impõe, ante o impasse.

11ª) Durante o período de enfrentamento da ESPIN, é possível a Administração determinar à empresa contratada que conceda férias antecipadas aos terceirizados, com amparo no art. 6º da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020?

Não. A antecipação de férias do empregado é medida que **pode** ser adotada pela empresa (art. 3º, inc. II, c/c o art. 6º, ambos da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020). A adoção da medida está no campo da gestão do empregador, não podendo a Administração contratante determinar que se adote a medida, pois tal determinação importaria em ingerência na gestão do fornecedor privado, o que é vedado.

Em outros termos, a adoção dessa ou de outras medidas de natureza trabalhista é da exclusiva alçada da empresa contratada. Nada impede, contudo, que a Administração **negocie** com a empresa e **sugira** a adoção da medida, caso seja suficiente para, por exemplo, minorar o impacto financeiro da suspensão temporária do contrato administrativo. A decisão, não obstante, é sempre privativa da empresa.

Destaque-se que, caso a empresa opte pela antecipação das férias, deverá observar as seguintes diretrizes e procedimentos (art. 6º):

- dar aviso ao empregado por escrito (admitido o aviso por meio eletrônico; e-mail, por exemplo), com antecedência de, no mínimo, 48 horas;

- conceder período de férias igual ou superior a 5 dias corridos;

- as férias podem ser concedidas mesmo que o direito ainda não tenha sido adquirido pelo empregado;

- a remuneração do período de férias não será adiantada, como determina o art. 145 da CLT, podendo ser paga "*até o quinto dia útil do mês subsequente ao início do gozo das férias*" (art. 9º);

- o pagamento do adicional de férias poderá ser feito após a concessão, "*até a data em que é devida a gratificação natalina*" (art. 8º);

- o abono pecuniário só será pago se o empregador concordar (parágrafo único do art. 8º), podendo ser efetuado até a data do pagamento da gratificação natalina.

12ª) Em caso de suspensão do contrato administrativo de terceirização por 30 dias, é possível que a empresa prestadora dos serviços conceda férias coletivas aos seus empregados?

Na estrita hipótese de suspensão do contrato administrativo de terceirização pelo prazo, precisamente, de 30 dias, é não apenas possível como também mais vantajoso para a empresa conceder férias coletivas ao conjunto de empregados seus afetados pela suspensão dos serviços.

Tal medida é autorizada pelos arts. 11 e 12 da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020. Para tanto, deverá a empresa notificar os trabalhadores afetados - e serão postos em férias coletivas - com antecedência mínima de 48 horas.

Quanto aos pagamentos devidos aos trabalhadores, entendemos que devem observar as mesmas diretrizes e procedimentos adotados na hipótese de antecipação de férias (vide arts. 6º ao 10).

Reiteramos: a decisão pela concessão de férias coletivas é da exclusiva alçada da empresa; não tem a Administração contratante direito de praticar qualquer ato de ingerência na gestão de pessoal e na gestão financeira da empresa contratada.

13ª) Durante o período da ESPIN, a fiscalização administrativa do contrato poderá exigir a apresentação de exame médico admissional ou demissional?

O Anexo VIII-B da IN 5/2017 estabelece uma série de controles a serem exercidos pela fiscalização administrativa do contrato de terceirização. Um desses controles diz respeito à verificação da realização de exames médicos pelos terceirizados.

Prescreve o item a.3 do tópico 2.1, bem como o item g.3 do tópico 10.1, todos do Anexo VIII-B (fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas), que a fiscalização administrativa deverá, no primeiro mês da prestação dos serviços, exigir a apresentação, pela empresa contratada, dos "*exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços*". Trata-se de exame médico realizado quando da admissão do empregado.

Determina, ademais, o item d.4 do tópico 2.1 do mesmo Anexo VIII-B que a fiscalização administrativa deverá exigir, quando da extinção do contrato administrativo de terceirização, a apresentação, pela empresa contratada, dos "*exames médicos demissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços*". Trata-se de exame médico realizado quando da demissão do empregado.

Tanto o exame médico admissional quanto o demissional constituem obrigação a cargo do empregador (vide art. 168 da CLT e Norma Regulamentadora n.º 7, publicada pela Portaria 3.214/78 do extinto Ministério do Trabalho).

Ocorre que, enquanto durar o estado de calamidade pública decorrente da ESPIN (até 31 de dezembro de 2020), os empregadores estarão dispensados de realizar os exames médicos admissionais e periódicos, sendo obrigados, no entanto, a providenciar a realização de exames médicos quando da demissão dos trabalhadores. É o que prescreve o art. 15, *caput*, da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020 ("*Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, fica suspensa a obrigatoriedade de realização dos exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, exceto dos exames demissionais.*").

Ainda assim, será dispensada a apresentação do exame médico demissional caso "*o exame médico ocupacional mais recente tenha sido realizado há menos de cento e oitenta dias*" (§ 3º do art. 15).

Os fiscais administrativos de contratos de terceirização só poderão exigir a apresentação de exames médicos admissionais e periódicos após o "*prazo de sessenta dias, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública*" (§ 1º do art. 15).

14ª) Qual o reflexo, na fiscalização administrativa do contrato, do diferimento dos depósitos no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço autorizado pelo art. 19 da

Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020? Quais são as consequências da prorrogação do prazo para recolhimento da contribuição previdenciária a cargo da empresa, autorizada pela Portaria 139, de 3 de abril de 2020, do Ministro de Estado da Economia?

O Anexo VIII-B da IN 5/2017 e o art. 8º do Decreto 9.507/2018 estabelecem uma série de controles a serem exercidos pela fiscalização administrativa do contrato de terceirização. Um desses controles diz respeito à verificação do efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS dos trabalhadores cedidos para execução dos serviços contratados.

Estabelece o item c.1 do tópico 2.1 do Anexo VIII-B (fiscalização do cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias) que o fiscal administrativo do contrato poderá exigir da empresa contratada que apresente extratos previdenciários e extratos das contas individuais dos terceirizados junto ao FGTS. Poderá, também, solicitar a apresentação de tais extratos diretamente aos terceirizados (vide tópico 10.5 do Anexo VIII-B), técnica esta que consideramos em confronto direto com o Decreto 9.507/2018, como veremos adiante.

Contraditoriamente, o tópico 9 do Anexo VIII-B prevê que, mensalmente, o fiscal administrativo do contrato deverá verificar e atestar o efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS, entre outras verificações, referente à competência do mês anterior, o que demanda análise documental que vai além de meros extratos do FGTS:

9. Para efeito de recebimento provisório, ao final de cada período mensal, o fiscal administrativo deverá verificar a efetiva realização dos dispêndios concernentes aos salários e às obrigações trabalhistas, previdenciárias e com o FGTS do mês anterior, dentre outros, emitindo relatório que será encaminhado ao gestor do contrato.

Quando da extinção do contrato administrativo de terceirização, deverá ser exigida a apresentação das "*guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referentes às rescisões contratuais*", bem como os "*extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado*" (vide itens d.2 e d.3 do tópico 2.1 do Anexo VIII-B).

O Decreto 9.507/2018 (que é norma hierarquicamente superior à IN 5/2017 e, portanto, em caso de conflito, deve ser observada em detrimento da IN) por sua vez determina a **verificação mensal do efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS**, como condição de pagamento (art. 8º, incisos III, IV e VII, alíneas "d" e "e", bem como o § 1º).

Ocorre que o art. 19 da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020 suspendeu "*a exigibilidade do recolhimento do FGTS pelos empregadores, referente às competências de março, abril e maio de 2020, com vencimento em abril, maio e junho de 2020, respectivamente.*"

Ademais, o art. 1º da Portaria 139, de 3 de abril de 2020, do Ministro de Estado da Economia, autorizou que as empresas posterguem o pagamento das contribuições previdenciárias por elas devidas (art. 22 da Lei 8.212/91), relativas às competências de março e abril de 2020, podendo realizar - esse pagamento somente quando do *"vencimento dessas contribuições devidas nas competências julho e setembro de 2020, respectivamente."*

Embora os fatos geradores do depósito ocorram normalmente, a empresa só deverá efetuar os lançamentos e transmitir as informações das competências março, abril e maio até o dia 20.6.2020 (obrigação acessória: § 2º do art. 20 da MP 927/2020), o recolhimento do FGTS referente às *"competências de março, abril e maio de 2020 poderá ser realizado de forma parcelada, sem a incidência da atualização, da multa e dos encargos"* por atraso (art. 20, *caput*); os depósitos poderão ser quitados *"em até seis parcelas mensais, com vencimento no sétimo dia de cada mês, a partir de julho de 2020"* (§ 1º do art. 20).

Da mesma forma, embora os fatos geradores da contribuição previdenciária ocorram normalmente, bem como a obrigatoriedade de a empresa efetuar os lançamentos e transmitir as informações (obrigação tributária acessória: vide § 5º do art. 31 e inc. IV do art. 32, ambos da Lei 8.212/91), o recolhimento das contribuições previdenciárias, *"relativas às competências março e abril de 2020, deverão ser pagas no prazo de vencimento das contribuições devidas nas competências julho e setembro de 2020, respectivamente"* (art. 1º da Portaria 139/2020).

Entendemos que a fiscalização administrativa do contrato deverá continuar a exigir a apresentação (a nosso sentir, mensalmente, por força do tópico 9 do Anexo VIII-B da IN 5/2017 e por força do Decreto 9.507/2018), conforme determinado em cláusula contratual, da documentação comprobatória do lançamento da contribuição previdenciária e do FGTS (relatórios que compõem a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP e/ou DARF gerado pelo eSocial - este documento exclusivamente para recolhimento das contribuições previdenciárias pelas empresas que prestam informações por meio do eSocial).

Entretanto, não poderá exigir da empresa a comprovação do efetivo recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS (pagamento da GPS ou DAR e da GRF na rede bancária). Não poderá a fiscalização considerar a empresa inadimplente, por razões óbvias; assim, o recolhimento diferido, autorizado pelas normas acima mencionadas, não pode gerar nenhuma consequência negativa para a empresa no âmbito da relação contratual com a Administração (nem retenção de pagamento, nem glosa).

Em síntese: **o diferimento do recolhimento das contribuições previdenciárias e dos depósitos no FGTS não traz qualquer consequência negativa para a empresa.** Não gera situação que se possa classificar como inadimplemento contratual.

O Anexo XII da IN 5/2017 (vide também art. 8º, inc. V, "b", do Decreto 9.507/2018) disciplina os procedimentos operacionais relacionados ao gerenciamento da chamada **conta-depósito vinculada-bloqueada para movimentação (contra vinculada)**. Trata-se de conta bancária de titularidade da empresa contratada, porém cuja movimentação é condicionada a autorização prévia do órgão ou entidade contratante.

Mensalmente, tal conta é abastecida com valores resultantes do somatório de vários encargos trabalhistas, sociais e tributários discriminados na planilha de custos e formação de preços do contrato, como os "encargos sociais" (aqui inseridas as contribuições previdenciárias e o FGTS) incidentes sobre os valores provisionados a título de férias e 13º salário, bem como a multa de 40% sobre o saldo dos depósitos do FGTS em caso de demissão sem justa causa do trabalhador (art. 18 da Lei 8.036/90).

Os recursos são liberados somente quando da necessidade de pagamento, pela empresa contratada, do 13ª salário, das férias ou das verbas rescisórias aos trabalhadores.

A conta vinculada é também adotada, porém em caráter obrigatório, no âmbito do Poder Judiciário, conforme determina a Resolução 169 do Conselho Nacional de Justiça, e tem procedimentos de gerenciamento semelhantes aos prescritos pela IN 5/2017.

Como o diferimento ora examinado repercute no gerenciamento da conta vinculada?

Entendemos que a suspensão da exigibilidade do recolhimento das contribuições previdenciárias e nos depósitos junto ao FGTS em nada interfere na apuração do valor mensal a ser depositado na conta vinculada. Não se promoveu a extinção de tais encargos, mas tão somente foi autorizada a postergação do seu recolhimento pelos empregadores.

Não poderá a Administração se negar a autorizar levantamentos de valores da conta vinculada sob a alegação de ausência de comprovação, pela empresa, do recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS. Isso porque está suspensa a exigibilidade do recolhimento de tais encargos. Não há, assim, situação de inadimplemento por parte da empresa contratada, sendo ilegítima imposição de qualquer consequência negativa.

Como medida alternativa à adoção da conta vinculada, o art. 18, § 1º, da IN 5/2017 (vide também o Anexo VII-B da IN 5/2017 e o art. 8º, inc. V, "a", do Decreto 9.507/2018) prevê a possibilidade de o contrato administrativo prever o chamado "pagamento pelo fato gerador". Não se admite a adoção simultânea de conta vinculada e pagamento pelo fato gerador; só é admitida a adoção de uma das duas ferramentas.

Os procedimentos para pagamento mediante ocorrência do "fato gerador" estão disciplinados em Caderno de Logística (§ 3º do art. 18 da IN 5/2017) publicado pelo

extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (atual Ministério da Economia) em 2018.

Prescreve tal Caderno de Logística que, em conformidade com a alínea "b" do inciso V do art. 18 do Decreto 9.507/2018, *"os valores destinados ao pagamento de férias, décimo terceiro salário, ausências legais e verbas rescisórias dos empregados da contratada que participarem da execução dos serviços contratados serão efetuados pela contratante à contratada somente na ocorrência do fato gerador"*.

A adoção do pagamento pelo fato gerador consiste, em termos práticos, na retenção parcial dos valores mensais pactuados com o contratado prestador de serviços. No que toca especificamente às contribuições previdenciárias e ao FGTS, a retenção alcança os valores consignados na planilha de custos e formação de preços do contrato referentes a tais encargos, incidentes sobre as verbas de natureza remuneratória (13º salário e férias) e a multa de 40% sobre os depósitos no FGTS, a ser paga pela empresa em caso de demissão do trabalhador sem justa causa.

Como o diferimento em causa repercute na apuração dos valores retidos mensalmente, nos contratos em que tiver sido pactuado o pagamento pelo fato gerador?

Entendemos que a suspensão da exigibilidade do recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS em nada interfere na apuração do valor mensal a ser retido pela Administração, havendo no contrato cláusula de pagamento condicionado ao chamado "fato gerador". O encargo não foi extinto; o que a Medida Provisória 927/2020 autoriza é tão somente a postergação do seu recolhimento pela empresa contratada.

Não pode a Administração se negar a efetuar os pagamentos devidos ao contratado, sob a alegação de que não terá havido comprovação do recolhimento do FGTS e das contribuições previdenciárias. Suspensa a exigibilidade do recolhimento, não há situação de inadimplemento por parte da empresa contratada. Não se pode impor qualquer consequência negativa.

Registre-se que, em caso de **rescisão do contrato de trabalho** durante o período da suspensão da exigibilidade do recolhimento do FGTS, ficará a empresa obrigada a (art. 21 da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020):

- recolher os valores apurados no período, sem incidência de multa ou encargos caso o recolhimento seja efetuado dentro do prazo legal estabelecido para a sua realização;

- fazer o depósito da multa de 40% prevista no art. 18 da Lei 8.036/90, em caso de rescisão imotivada do contrato de trabalho, por iniciativa do empregador.

15ª) A empresa prestadora de serviço terceirizado estará obrigada a, durante o período de enfrentamento da ESPIN, observar os dispositivos de acordos ou convenções coletivas de trabalho que tenham sua vigência expirada nesse período?

O art. 30 da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, cuja redação é extramente problemática e malfez a boa técnica legislativa, permite que o empregador "prorroque" (isso mesmo !!!), a seu exclusivo critério, a vigência e a produção de efeitos de norma coletiva de trabalho que tenha expirado ou venha a expirar no período de 180 dias, a contar da publicação da Medida Provisória (22.3.2020). Diz o dispositivo:

Art. 30. Os acordos e as convenções coletivos vencidos ou vencidos, no prazo de cento e oitenta dias, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória, poderão ser prorrogados, a critério do empregador, pelo prazo de noventa dias, após o termo final deste prazo.

Esse dispositivo derroga, parcial e temporariamente, o § 3º do art. 614 da CLT (“Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”). A CLT proíbe que a norma coletiva produza efeitos que se protraiam no tempo, para além da sua extinção, ou da expiração de sua vigência.

Qual a consequência de ordem prática na execução dos contratos de terceirização? A empresa prestadora de serviços poderá, a seu exclusivo critério, continuar a pagar aos empregados benefícios previstos na norma expirada, a exemplo do auxílio alimentação.

Essa "prorrogação" da validade e eficácia da norma coletiva de trabalho não traz qualquer repercussão no preço do contrato administrativo. Por outro lado, se a empresa não "prorrogar" a vigência do instrumento coletivo, não se obrigará à sua observância, por óbvio; em tal hipótese, a fiscalização do contrato deverá atentar para a extinção da norma coletiva, de modo que não poderá exigir da empresa o seu cumprimento.

Decorre dessa opção da empresa (pela não "prorrogação" da norma coletiva) a redução de preços do contrato, isso porque, com a extinção da norma coletiva de trabalho, o empregador não mais se sujeita à sua observância. Benefícios nela previstos deixam de ser devidos ao trabalhador. Deixando a empresa prestadora de serviços de arcar com tais custos, impõe-se a repactuação do contrato para dele expungir os valores correspondentes, resultando em redução de preço.

Recomenda-se que os gestores dos contratos de terceirização notifiquem as empresas contratadas para que declarem se continuarão ou não a observar as disposições de norma coletiva vencida, e, a depender da resposta, proponham à Administração as medidas tendentes à repactuação do contrato.

16ª) Seria possível, por aplicação da Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020, suspender a execução do contrato administrativo, mantendo-se, porém, os pagamentos mensais à empresa prestadora de serviços, objetivando a preservação do emprego e da renda do trabalhador terceirizado?

A Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda como medida de enfrentamento da ESPIN, não afasta a aplicação da Lei 8.666/93 ou da Lei 13.303/2016, como vimos.

Destaquem-se duas medidas de preservação do emprego previstas na norma:

- a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário; e
- a suspensão temporária do contrato de trabalho.

Observação: o § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020, é objeto de questionamento quanto à sua constitucionalidade na ADI 6363/DF; o ministro relator concedeu medida cautelar para dar ao dispositivo interpretação conforme à Constituição Federal "*de maneira a assentar que os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes.*"

Ao adotar uma das duas medidas, a empresa tem redução de custos, pois o empregado fará jus ao Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, criado pela Medida Provisória.

Importa assentar que os objetivos do Programa instituído pela Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020, não coincidem com o objetivo do contrato administrativo, qual seja, a execução em concreto do objeto pactuado, com vistas ao atendimento de uma necessidade legítima da Administração contratante. Não são objetivos excludentes entre si, mas, não se deve pretender que o contrato administrativo sirva tão somente como instrumento de transferência de renda; isso implicaria total desvirtuamento do contrato.

Nessa linha de entendimento, temos que não é legítima a continuidade dos pagamentos à empresa contratada que deixa de prestar os serviços em virtude da suspensão do contrato administrativo, invocando-se, para tanto, os objetivos proclamados pela Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020. Tal ato normativo nada disciplina sobre a relação jurídica estabelecida entre a Administração Pública contratante e os prestadores de serviço privados.

Ademais, não está a Administração contratante legitimada a determinar que a empresa contratada reduza a jornada ou suspenda os contratos de trabalho dos empregados desta. Isso seria um ato de ingerência.

Como vimos, a Administração pode deliberar, por ato escrito devidamente fundamentado, pela suspensão da execução do contrato, total ou parcial, com fundamento no inc. XIV do art. 78 da Lei 8.666/93 (não há dispositivo semelhante na Lei 13.303/2016).

O mencionado dispositivo da Lei 8.666/93 assegura ao contratado o direito de ser indenizado "*pelos sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas*" no contrato.

O comando legal não autoriza a continuidade do pagamento da remuneração integral pactuada. Em caso de suspensão parcial, os pagamentos serão limitados ao valor correspondente aos serviços não suspensos; em caso de suspensão total, nenhuma remuneração é devida ao contratado.

A lei é clara: não alude a pagamento de remuneração pactuada; determina o pagamento de indenização pelos custos imprevistos nos quais o contratado incorrer, em virtude da suspensão, relacionados às "*desmobilizações e mobilizações*". Já discorremos anteriormente sobre a interpretação que se pode dar a essas expressões no âmbito de um contrato de terceirização.

Não se pode concluir, à luz da normatividade vigente, que a Administração esteja autorizada a suspender totalmente a execução do contrato, porém continuar a efetuar os pagamentos nos exatos valores nele previstos. Tal medida implicaria dano erário, decorrente de pagamentos sem efetiva contraprestação.

Nesse cenário, a continuidade dos pagamentos mensais à empresa contratada, uma vez suspensos os serviços (decisão de exclusiva competência da autoridade dirigente do órgão ou entidade contratante), prestar-se-ia tão somente a garantir receita para a empresa e, por consequência, o emprego e a renda dos terceirizados. Ora, esse não é o objetivo do contrato administrativo. O contrato administrativo não é ferramenta de transferência de renda ou de realização de políticas sociais do Estado, até porque, como dissemos anteriormente, atos normativos recentemente editados se destinam a esse propósito, a exemplo da própria Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020, aqui mencionada.

O preço pactuado objetiva remunerar o contratado pela efetiva execução dos serviços. Não havendo execução (em virtude da suspensão), não são devidos pagamentos. Tanto é assim, que a lei (inc. XIV do art. 78 da Lei 8.666/93) utiliza expressamente, reitere-se, o termo "*indenização*".

A adoção de uma ou outra medida prevista na Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020, é da exclusiva alçada da empresa contratada, única responsável pela gestão dos seus próprios empregados.

Em outros termos, não compete à Administração contratante determinar as medidas que podem ou devem ser adotadas pela empresa contratada na qualidade de empregadora. Trata-se de prerrogativa exclusiva da empresa a gestão dos seus empregados, observada a legislação trabalhista.

A redução de jornada ou a suspensão dos contratos de trabalho dos terceirizados podem vir a ser adotadas pela empresa prestadora de serviços, mas não por imposição ou mesmo pedido, da Administração contratante; tais medidas podem ser adotadas como consequência de alteração unilateral ou bilateral do contrato (com fundamento no art. 65 da Lei 8.666/93) ou de ordem de suspensão da execução do contrato (art. 78, inc. XIV, da Lei 8.666/93).

17ª) A redução excepcional e temporária das alíquotas das contribuições aos serviços sociais autônomos, promovida pela Medida Provisória 932, de 31 de março de 2020, implica a revisão imediata e de ofício dos contratos administrativos de terceirização?

A Medida Provisória 932, de 31 de março de 2020 promoveu redução temporária das alíquotas das contribuições para o chamado "Sistema S", devidas pelas empresas sujeitas aos regimes de tributação do lucro real ou do lucro presumido. Veja-se, por exemplo, o art. 1º daquela MP, que reduziu, até 30 de junho de 2020, a alíquota da contribuição para o Serviço Social da Indústria - Sesi, o Serviço Social do Comércio - Sesc e o Serviço Social do Transporte - Sest, para setenta e cinco centésimos por cento (0,75%); reduzida à metade, portanto.

Segundo o modelo de planilha de custos e formação de preços dos contratos de terceirização estabelecido pela IN 5/2017, a contribuição para os serviços sociais autônomos compõe os encargos descritos no submódulo 2.2.

A redução, ainda que temporária, da alíquota de encargos de natureza tributária dá ensejo à revisão de preços? Tecnicamente sim, por aplicação do § 5º do art. 65 da Lei 8.666/93 (*"Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso."*).

Não obstante ser tecnicamente cabível a revisão de preços, deve-se ponderar que processar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato tem custo (alto !!) para a Administração contratante. Como a diminuição das alíquotas das contribuições para o "Sistema S" terá impacto relativamente pequeno no preço total dos contratos de

terceirização, e por tempo limitado (somente até 30 de junho de 2020), o mais recomendável é, excepcionalmente, deixar para proceder os ajustes necessários (com as devidas compensações) por ocasião da repactuação ou da renovação do contrato, o que vier a ocorrer primeiro.

Entretanto, caso não seja possível repactuar o contrato antes do término de sua vigência (por impossibilidade de renovação), recomenda-se que a Administração adote providências para promover a revisão de preços somente no último mês de vigência do contrato, realizando as necessárias compensações decorrentes da redução de alíquota ora em comento antes da emissão, pela empresa contratada, da última nota fiscal.

Entendemos que a sugestão ora compartilhada homenageia os princípios da eficiência e da economicidade, que regem a atividade administrativa (art. 37, *caput*, e art. 70, *caput*, ambos da CF/88), pois a revisão, no caso, tem custo significativo e compromete os recursos humanos já sobrecarregados com as urgentes demandas geradas pela ESPIN.

18ª) Quais são as consequências, na gestão dos contratos de terceirização, da extinção do Fundo PIS-Pasep, promovida pela Medida Provisória 946, de 7 de abril de 2020?

Dispõe o art. 2º da Medida Provisória 946, de 7 de abril de 2020: "*Fica extinto, em 31 de maio de 2020, o Fundo PIS-Pasep, cujos ativos e passivos ficam transferidos, na mesma data, ao FGTS.*"

A Contribuição Para o Programa de Integração Social (PIS) foi instituída pela Lei Complementar 7/70, objetivando originalmente "*promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas*" (art. 1º).

Porém, a Constituição Federal de 1988 determinou que o produto da arrecadação da contribuição passaria a ter por finalidade financiar o abono anual para trabalhadores de baixa renda e o seguro desemprego (art. 239).

Tal contribuição tem por base de cálculo o total das receitas auferidas, ou, em outros termos, o faturamento mensal da empresa, incidindo, portanto, sobre o valor dos serviços objeto do nosso contrato, conforme Lei 9.718/98 e art. 1º da Lei 10.637/2002 (na redação dada pela Lei 12.973/2014), na alíquota de 0,65% para as empresas prestadoras de serviço (art. 8º, II), optantes pelo regime tributário do lucro presumido.

Por se tratar de contribuição incidente sobre o faturamento, compõe o preço final dos serviços objeto da contratação. Tal encargo está contemplado no Módulo 6 do modelo de planilha de custos e formação de preços para contratos de terceirização da IN 5/2017.

Com a extinção do Fundo PIS-Pasep, a ocorrer no dia 31 de maio de 2020, a partir da competência junho de 2020 as empresas deixarão de contribuir. Como consequência, a Administração deverá tomar a iniciativa de promover a revisão de preços dos contratos de terceirização, para o fim de excluir tal encargo, com repercussão direta no preço pactuado, que será reduzido. A revisão, no caso, tem amparo no § 5º do art. 65 da Lei 8.666/93 ("*Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.*").

A revisão implicará ajustes nas planilhas de custos e formação de preços dos contratos de terceirização e deverá ser formalizada por termo aditivo. Reitere-se, a Administração tem o dever de tomar a iniciativa da revisão de preços.

Não obstante ser tecnicamente cabível a revisão de preços, deve-se ponderar que processar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato tem custo elevado para a Administração contratante. Em face disso, o mais recomendável é, excepcionalmente, deixar para proceder os ajustes necessários (fazendo-se as devidas compensações) por ocasião da repactuação ou da renovação do contrato, o que vier a ocorrer primeiro.

Entretanto, caso não seja possível repactuar o contrato antes do término de sua vigência (por impossibilidade de renovação), recomenda-se que a Administração adote providências para promover a revisão de preços somente no último mês de vigência do contrato, realizando as necessárias compensações decorrentes da extinção da contribuição ora em comento antes da emissão, pela empresa contratada, da última nota fiscal.

Entendemos que a sugestão ora compartilhada homenageia os princípios da eficiência e da economicidade, que regem a atividade administrativa (art. 37, *caput*, e art. 70, *caput*, ambos da CF/88), pois a revisão, no caso, tem custo significativo e compromete os recursos humanos já sobrecarregados com as urgentes demandas geradas pela ESPIN.