

A GESTÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O ENFRENTAMENTO À COVID-19

Madeline Rocha Furtado **@madelinerochafurtado**

Escritora e co-autora da Obra "Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública – Teoria e Prática", 2019 .7ª edição. Belo Horizonte - MG, Editora Fórum. Especialista em Gestão em Logística na Administração Pública e Direito Público. Professora e Palestrante na área de Licitações e Contratos administrativos. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa.

Monique Rocha Furtado **@moniquerochafurtado**

Advogada e Consultora especializada em Direito Administrativo. pós-graduada em Direito Administrativo pelo IDP – Instituto de Direito Público. Possui MBA em Compliance e Governança pela FACE/UnB – Universidade de Brasília. Especializada em Direito, Economia e Compliance pela Universidade de Coimbra – Portugal pelo IDPEE – Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019. Certificada em Compliance CPC-A emitida pela Legal Ethics Compliance/FGV. Coautora da obra: “Gestão de Contratos de Terceirização da Administração Pública”. Editora Fórum. 7ª edição, 2018. Professora de Compliance nas Contratações Públicas.

1. INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que o momento enfrentado no Brasil e no mundo é ímpar. Nenhuma crise na saúde se compara o que está sendo vivido, nem as repercussões decorrentes da pandemia (COVID-19)¹ nos mais variados tipos de contratos firmados.

O momento é difícil, os problemas derivados da pandemia nas relações contratuais, sejam econômicas, patrimoniais, financeiras, sociais, são

¹ COVID-19. [em linha]. [consultado em 07-05-2020]. COVID significa: Corona Virus Disease (Doença do Coronavírus), enquanto “19” se refere a 2019, quando os primeiros casos em Wuhan, na China, foram divulgados publicamente pelo governo chinês no final de dezembro. A denominação é importante para evitar casos de xenofobia e preconceito, além de confusões com outras doenças. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/por-que-doenca-causada-pelo-novo-virus-recebeu-o-nome-de-covid-19>.

diversos e complexos. Marçal Justen Filho se refere a este momento² afirmando que “O cenário jurídico resultante é muito problemático. Não se trata apenas de redução da segurança jurídica, mas também do afastamento da legitimidade democrática”. Como se constata, a segurança jurídica tão invocada nos contratos firmados anteriormente, neste momento emblemático torna-se dissipada, ou seja, muitas decisões estão sendo tomadas de forma célere, mediante avaliações circunstanciais, caso a caso, sendo então muitas vezes normatizadas internamente pelos entes federativos, criando um “arranjo” de soluções.

No momento, há plena atividade do direito de emergência, do direito provisório, efêmero, fugaz. Porém, ao mesmo tempo, se consolida no meio de tantas incógnitas as mais variadas consequências imprevistas. Isso porque, tudo que se decide em tempo de crise muitas vezes é uma solução momentânea ou paliativa para se remediar uma situação, que no caso concreto, apresenta-se de forma imprevisível e de consequências incalculáveis.

Algumas das palavras mais utilizadas nos últimos quatro meses foram: quarentena, isolamento, suspensão de atividades, declínio econômico; desemprego, ausência de renda do trabalhador, medo e morte. O Governo Federal disponibilizou alguns pacotes emergenciais para auxiliar as empresas privadas e os seus trabalhadores, mas a economia ainda se encontra paralisada.

A percepção da crise atual não é assimilada por todos os brasileiros da mesma forma, pois sendo o Brasil um país continental, com culturas e peculiaridades diversas e grande concentração de renda, a maioria da população acaba vivenciado o óbvio. Assim, situações de desemprego, dificuldades financeiras, falta de acesso aos direitos fundamentais, como moradia, saúde, alimentação já faziam parte do cotidiano de muitos brasileiros muito antes da pandemia, sendo agora fortemente agravadas. O auxílio alimentação propiciado pelo Estado à população já era mecanismo utilizado há muito tempo. O que vem sendo inserido no momento à população, é o auxílio emergencial mensal. Desta forma, para muitos e muitos brasileiros, as palavras

² Marçal Justen Filho. Direito Administrativo da Emergência: um modelo jurídico. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 2020. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=258423>>. Acesso em: 2 ago. 2020.

desemprego, crise, falta de acesso à saúde e trabalho, não são novidades, porém, agora acentuadas por outras situações, como “quarentena” e “isolamento”. Tais palavras trazem significados diferentes para a população; para alguns significa a “morte”, não só a física decorrente da doença, mas no sentido de falta de perspectiva e esperança. Para outras pessoas pode significar apenas “tédio”, falta de “ter” o que fazer, ou até mesmo “férias”. Mas vale ressaltar que esses são poucos. As consequências desastrosas da doença alcançarão ricos e pobres. Enquanto isso, a vida vai seguindo, e aparentemente, o país abraça as “diretrizes” estabelecidas pela **OMS** – Organização Mundial de Saúde, especialmente no que diz respeito a prevenção do contágio, pelo isolamento social em busca da “normalidade” próxima. Já se passaram quatro meses em que a população mundial vive esperando o **dia de amanhã**, a “boa nova” que virá e trará a todos a paz desejada, trará a vida, e como dizem por aí, o “novo normal”.

Neste contexto, estão as relações jurídicas e os negócios jurídicos firmados antes e durante a pandemia. Assim, a realidade atual de muitos desses negócios se deterioram a cada instante. As relações contratuais decorrentes de bens e prestação de serviços, exemplo da locação imobiliária, transportes, locação de equipamentos, eventos, restaurantes, entre outros, tem suas bases contratuais a todo momento testadas e abaladas pela impossibilidade de cumprimento do objeto.

Mas diante de tantas situações concretas de interrupção, suspensão, rescisão contratual, e ainda a imprevisibilidade da retomada de tais contratações, a pergunta que fica é: Como será a **Gestão Contratual do Amanhã**? E para compreender a gestão do futuro, preliminarmente, se faz necessário entender a gestão do presente.

2. O “ANTIGO” E O “PRESENTE” JUNTOS NO FORMATO DA GESTÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE TERCEIRIZAÇÃO

A Lei de Licitações vigente, vem perdurando as regras de Gestão e Fiscalização dos Contratos desde 1993, no artigo 67, como se o mundo não tivesse evoluído. Tudo o que se tem sobre o tema está na regra lá estabelecida. Não há na Administração Pública quem não conheça ou tenha ouvido falar do

tema “GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS”, mas, ao debruçar-se sobre a Lei poucas palavras irão consolidar o tema. O que se tem é a correlação de vários artigos, enquadrados em um quebra-cabeças, sem fim e esses vão aos poucos se correlacionando com outros, somados a jurisprudência, doutrina e outras normas, delineando as atribuições da gestão e da fiscalização dos contratos.

O regime de contratação indireta ou contratação de terceiros previsto no artigo 6º da Lei de Licitações³ foi regulamentado inicialmente pelo Decreto nº 2.271/97, revogado pelo Decreto 9.507/2018⁴ que trouxe parâmetros já estabelecidos na Instrução normativa MPDG/nº05/2017 a qual como é de conhecimento, disciplina toda a formatação da gestão e fiscalização contratual, sendo estas guiadas pelos entendimentos e recomendações do TCU- Tribunal de Contas da União.

A Lei de Licitações⁵ atual e vigente delimita as características dos contratos administrativos, porém, alerta que esse são subsidiados no que couber pelo direito privado (art.54) e na sequência (art.55), é possível, se verificar item a item da composição das conhecidas cláusulas essenciais do contrato. Nesta análise já se tem por delimitado o escopo do contrato e já se pode verificar em sua decorrência a obrigatoriedade de gerenciar e fiscalizar tais cláusulas na execução.

Marçal Justen⁶ chama a atenção para o fato de que o § 1º do artigo 54 da Lei de Licitações⁷ “confunde o termo ‘contrato’ e ‘instrumento contratual’, pois “o

³ Brasil. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. [em linha]. [consultado em 03.08.2020]. Vide (...) “Art. VIII – Execução indireta – a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: a) empreitada por preço global – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas.

Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

⁴ BRASIL. Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018. [em linha]. [consultado em 03.08.2020].

Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/42013574/do1-2018-09-24-decreto-n-9-507-de-21-de-setembro-de-2018-42013422.

⁵ Brasil. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. [em linha]. [consultado em 03.08.2020].

⁶ Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2009. P.681.

⁷ Brasil. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. [em linha]. [consultado em 03.08.2020]. Vide (...) “ Art 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. § 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e

contrato é ato jurídico e não se confunde com o ‘instrumento contratual’, sendo este o documento onde serão dispostas as obrigações e direitos das partes.

Ocorre que em algumas situações práticas, há especificidades nos contratos que, só com o desdobramento da aplicação dos princípios se torna possível a tomada de decisão correta. Os demais artigos subsequentes ao art. 55⁸ são específicos e limitados, e não trazem procedimentos de gestão ou fiscalização. Porém, no artigo 58⁹ dessa Lei, destacam-se as conhecidas “cláusulas exorbitantes”, as quais, ressalvadas as variadas interpretações doutrinárias, trazem de forma expressa as “prerrogativas” da Administração realizar diferentes ações que se sobrepõem aos direitos do particular contratado nas relações jurídicas firmadas.

Esta rápida exposição é necessária para demonstrar de forma sucinta como está arquitetada a Gestão dos contratos administrativos, e já respondendo a seguir, a pergunta, como será a **Gestão dos contratos amanhã?**

precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.”

⁸ Idem. Vide (...) Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: I – o objeto e seus elementos característicos; II – o regime de execução ou a forma de fornecimento; III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; IV – os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso; V – o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica; VI – as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas; VII – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII – os casos de rescisão; IX – o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei; X – as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; XII – a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

⁹ Idem. Vide (...). “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III – fiscalizar-lhes a execução; IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

A resposta pode ser construída iniciando-se pela análise do artigo 58, e desmistificando as famosas cláusulas “exorbitantes”. Assim, é preciso que se reveja a própria concepção do termo “exorbitante”, empregado.

No direito civil existem vários princípios que podem ser correlacionados ao direito administrativo, dentre eles, o princípio da boa-fé, o qual declara a ideia de que os contratos “nascem para serem cumpridos”, traz também o princípio da função social do contrato, este com grande repercussão nas relações jurídicas, visto que envolve “limites” a serem observados na sua finalidade. Tais limites bem lembrados na frase histórica de Rousseau¹⁰, o qual afirma que (...) “o homem nasce livre, mas por toda a parte encontra-se acorrentado”, ou seja, ainda que sob a autonomia da vontade privada haverá de ter limites em seus contratos. No direito administrativo, os limites contratuais são impostos pelo Poder do Estado. Entretanto, a cada dia as relações contratuais da Administração pública se aproxima mais da teoria da contratação privada. De acordo com Guimarães¹¹, as “interferências estatais são cada vez menos desejadas e cada vez menos compatíveis com um modelo de contrato administrativo eficiente”. Deste modo, alterações supervenientes nos contratos podem impactar de forma significativa na relação jurídica inicial formada na sua composição técnica, jurídica e econômico-financeira, desencadeando uma nova realidade a ser vivenciada, em especial, durante e após a pandemia.

Neste conjunto o artigo 65 da Lei nº 8.666/93, traz as possíveis formas de alterações contratuais de forma sucinta, sendo essas inicialmente delimitadas pelos modos “quantitativo e qualitativo” incidentes sobre o valor inicial do contrato. Em contraponto, o Prof. Marçal¹², alerta que a base de incidência das alterações escolhida pela Lei não reflete a realidade do contrato quando este é

¹⁰ ROSSEAU, Jean Jacques. DO CONTRATO SOCIAL. [Em linha]. [Consult. 24 jan. 2020]. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>

¹¹ Moreira, Egon Bockmann. Coord. Tratado do Equilíbrio-Econômico-Financeiro: Contratos administrativos, Concessões, Parcerias-Públicas-Privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação. 2.ed. Belo Horizonte. Fórum, 2019,658p. Vide. “O Equilíbrio-Econômico-Financeiro nas Concessões e PPPs: Formação e Metodologias para Recomposição”. Fernando Vernalha Guimarães. p. 100.

¹² Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2009. p.744.

por preço global, em que não há a divisibilidade do objeto, sendo “inviável se estimar a dimensão econômica do acréscimo ou da supressão”.

Observa-se que essa matéria (acréscimo e supressão contratual) tem interpretação diferente do disposto na redação expressa na Lei, pois, o TCU deu interpretação especial na metodologia dos acréscimos e supressões, não entendendo como mera interpretação matemática, o que possibilitaria suprimir e crescer além do valor inicial, porém dentro do limite, mas, ao contrário, a interpretação do TCU tem sido no sentido de afirmar que tais acréscimos e supressões “não podem ser compensados entre si”¹³. Fato é que as interpretações jurisprudenciais, sejam essas convergentes ou divergentes na doutrina, são seguidas pela Administração Pública, por vários motivos: seja por não sentirem segurança em pensar diferente, seja por não ter respaldo jurídico e político para enfrentar tais questões. Deste modo, consolidam-se há muitos anos procedimentos decorrentes das mais variadas interpretações, e muitas vezes modificadas pelos próprios criadores.

Nesse contexto, observa-se que as regras são mudadas e muitas vezes sem que sejam assimiladas pelos seus usuários, como é o caso do Decreto revogado (Decreto nº 2.271/97) que se encontrava em vigor até 2018, e dispunha sobre a “contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional” porém, não tratava em nenhum dispositivo sobre procedimentos específicos da Terceirização, como faz o atual Decreto nº 9.507/2018, o qual traz vários procedimentos específicos, como, a obrigatoriedade de abertura de conta vinculada específica para retenção de alguns valores trabalhistas dos terceirizados ou da realização dos pagamentos dos serviços prestados com base no pagamento pelo fato gerador, além da possibilidade de realizar os

¹³ TCU- Tribunal de Contas da União. [Em linha]. [Consult. 24 jul. 2020]. Acórdão: [1799/2015 – Plenário](#). Ementa: “É permitida, apenas para contratos de obras de infraestrutura, **celebrados antes de 25/11/11** (data do trânsito em julgado do [Acórdão 749/2010-TCU-Plenário](#)) por órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes, a compensação entre o conjunto de supressões e acréscimos realizados por aditivos contratuais, para fins de observância dos limites impostos no art. 65 da Lei 8.666/93. Nas contratações ocorridas a partir dessa data, as reduções ou supressões devem ser consideradas de forma isolada, calculadas sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um destes conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites estabelecidos na legislação. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1408033/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse

pagamento diretamente aos terceirizados. Entretanto, chama-se a atenção para uma alteração bastante significativa na redação do novo Decreto que de certa forma passou despercebida. O antigo decreto (Dec. nº 2.271/97) versava sobre a possibilidade de Repactuação para os serviços contínuos¹⁴, sem especificá-los, enquanto o novo (Dec. nº 9.507/2018) traz de forma expressa a Repactuação para serviços com mão de obra exclusiva¹⁵.

Portanto, as regras operacionais mais conhecidas e disseminadas em toda a Administração, inseridas no Decreto nº 9.507/2018 foram anteriormente estabelecidas em instruções normativas emanadas pelo Ministério da Economia, que passaram a ser cumpridas pelos órgãos da Administração Pública Federal, especialmente pelo Poder Executivo e órgãos pertencentes ao SISG.

Assim, é forçoso concluir que regras tão detalhadas e específicas de gestão e fiscalização contratual são oriundas do atual ME- Ministério da Economia, com grande repercussão em seus órgãos setoriais, mas, a parcela dos órgãos não pertencentes ao SISG- Sistema de Serviços Gerais do Poder Executivo, não dispõem de uma norma geral que oriente nesse sentido. Assim, são construídas as mais diversas interpretações.

Como exemplo, cita-se as Resoluções do CNJ- Conselho Nacional de Justiça que insere nova dinâmica na operacionalização da conta vinculada para os órgãos do Poder Judiciário, diferente da regra regida pela IN/MPDG nº 05/2017¹⁶ do Poder Executivo.

¹⁴ BRASIL. Decreto n 2.271, de 7 de julho de 1997. [Em linha]. [Consult. 24 jul. 2020]. Vide. (...) “Art. 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstrarão analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm

¹⁵ BRASIL. Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018. [Em linha]. [Consult. 24 jul. 2020]. Vide. (...) “Art. 12. Será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado, desde que: (...)”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm#art17

¹⁶ BRASIL. Instrução Normativa/MPDG/nº 05/2017. [Em linha]. [Consult. 24 jul. 2020]. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/>

3. A COVID-19 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS VIGENTES

Ainda paira no ar as consequências advindas desse cenário de guerra vivenciado pelo Brasil e pelo mundo, eis que algumas relações contratuais ainda se encontram em fase de ajustes e não se sabe o fim de tudo isso, mas enquanto não se tem o amanhã de forma clara e límpida, têm-se as mudanças na legislação a todo o momento, o chamado direito “provisório”. Conforme afirma o Professor Jacoby Fernandes... [et al].¹⁷, são três as regras para interpretar o direito provisório, em síntese afirma que: “uma sociedade livre e democrática pode editar normas”; “as normas desse sistema devem ser interpretadas com coerência com esse próprio sistema” e; “cabe utilizar normas de direito anterior, quando essas normas foram elaboradas para reger o tempo de anormalidade.

Este direito provisório foi significativamente inserido nos contratos administrativos e em especial, nas relações de trabalho existentes nos contratos vigentes na Administração Pública que são a todo momento alterados para adequar-se à nova realidade. Portanto, os agentes públicos se encontram em um momento bem peculiar, pois inseridos nesse cenário de dor e incertezas, precisam decidir urgentemente sobre negócios jurídicos firmados frente as mudanças das regras.

3.1. A GESTÃO SOB O MEDO

Parafraseando Drummond: “No meio do caminho tinha uma pedra”, e que pedra! O medo que paralisa a ação do gestor em situações normais acentua-se na pandemia. A situação atual, como visto, precisa de ações urgentes e de pronto atendimento, e os gestores estão atordoados com a quantidade de denúncias e desvios de finalidade no meio do caos. A máquina administrativa que já é burocrática e emperra em atos administrativos simples, agora se torna mais pesada pelo “medo” de errar.

¹⁷ Jorge Ulisses Jacoby Fernandes... [et al]. Direito provisório e a emergência do Coronavírus: ESPIN – Covid-19; critérios e fundamentos. Direito Administrativo, financeiro. (Responsabilidade Fiscal), Trabalhista e Tributário: um mundo diferente após a COVID-19. 1.Reimpressão- Belo Horizonte: Fórum, 2020.p.21 e 22.

Joel de Menezes Niebuhr¹⁸ acertadamente assinala que o “Congresso Nacional instituiu um regime emergencial de contratação pública para o enfrentamento à pandemia de COVID-19 porque os instrumentos que a Administração Pública até então dispunha não servem para prover soluções rápidas”. As decisões da Administração Pública são extremamente burocráticas, mas não necessariamente em razão da legislação. Em parte, o medo se apresenta pela ausência de segurança dos gestores, seja por falta total de conhecimento, por descaso com a missão institucional ou de outra forma, permeado pelas situações corriqueiras de interesses diversos na assunção do cargo público.

Niebuhr faz referência ao medo dos agentes públicos, medo esse muitas vezes mantido por algumas autoridades competentes que desejam manter o controle ou “poder”. Várias nomeações em cargos importantes, como é de praxe, são feitas para atender interesses pessoais e nem sempre atendem a requisitos técnicos, e dessas nomeações podem advir todo o tipo de gestão. Sobra muito pouco para que a Administração Pública se torne eficiente, menos burocrática, menos medrosa, menos imediatista, menos conflituosa e ineficiente.

Alguns servidores estão exercendo suas atividades permeadas pelo medo e, tendo como norteador as cartilhas dos órgãos de controle, ou por outro lado, não se consegue fazer nada, salvo àquelas contratações que já estão determinadas e definidas pelos “donos do contrato”. Em que pese a Administração Pública deter muitos servidores competentes, observa-se a presença de vários tipos de atuação, e muito comum o sentimento de medo.

Niebuhr ainda entende¹⁹ que esta situação de medo, é proveniente da atuação “abusiva” dos órgãos de controle na responsabilização dos agentes públicos, o que os torna acuados e assim tornam-se defensivos. De modo que numa situação a ser enfrentada como as medidas a serem tomadas na **COVID-19**, sobram poucas alternativas: ou se enfrenta e contrata com todas as

¹⁸ Niebuhr, Joel de Menezes. Regime Emergencial de Contratação Pública para o enfrentamento à Pandemia de COVID-19. Aspectos Gerais do Regime Emergencial de Contratação Pública para o enfrentamento à Pandemia de COVID-1. – Belo Horizonte: Fórum, 2020.p.13.

¹⁹ Niebuhr, Joel de Menezes. Regime Emergencial de Contratação Pública para o enfrentamento à Pandemia de COVID-19. Aspectos Gerais do Regime Emergencial de Contratação Pública para o enfrentamento à Pandemia de COVID-1. – Belo Horizonte: Fórum, 2020.p.15.

dificuldades apresentadas (restrição de fornecedores e consequente preço elevado) ou se contrata empresas inidôneas ou suspensas.

Alguns agentes públicos ao se depararem com novas demandas ficam dias “olhando” para a requisição e perguntam: Esse objeto está correlacionado à COVID-19? É uma urgência ou emergência? Será um Pregão Simplificado ou um Pregão Convencional? Será uma Dispensa? Desta forma vê-se que toda a legislação está a seu dispor, mas, a compreensão do objeto e sua aplicabilidade, nem sempre está clara, e é decisão do gestor, que muitas vezes não tem esse conhecimento.

3.2. A SEGURANÇA JURÍDICA

Parece que o medo do servidor no desempenho das suas atividades tem razão de existir. São várias situações que trazem insegurança aos agentes públicos, desde insegurança técnica, jurídica, bem como, a gestão temerária em razão das “trocas de cadeiras”. Na mudança da gestão, não é incomum a chegada de novos atores para o comando, sem conhecimento técnico. Muitas vezes, os servidores sentem grandes dificuldades de estabelecer limites com as pessoas que detêm o poder (autoridades competentes) ao enfrentar situações como: demandas equivocadas, contratação desmotivada, aquisição muito especificada (direcionada), uma prorrogação de contrato ineficiente ou até mesmo uma suspensão de aplicação de penalidades. Ainda há os casos de possíveis antecipações de pagamento de contratos, que mesmo sendo fundamentada na Lei e reforçado pelo artigo 1º, inciso II da Medida Provisória 961/2020²⁰, necessita de requisitos procedimentais criteriosos para sua implementação.

As decisões são momentâneas em tempos de crise, e dependendo por quem são tomadas, podem ter reflexos comprometedores na gestão. Vários princípios devem ser observados na gestão administrativa, porém, o princípio da segurança jurídica nem sempre é conhecido por todos. Este princípio se

²⁰ BRASIL. Medida provisória 961, de 6 de maio de 2020. [em linha]. [consultado em 03.08.2020]. Disponível em: Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-961-de-6-de-maio-de-2020-255615815>

encontra expressamente previsto no art. 2º da Lei n.º 9.784/99²¹, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro²² aduz que “o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova aplicação de lei no âmbito da Administração Pública”, essa indicação está prevista²³ no inciso XIII do art.2º.

Isto porque no dia a dia surgem interpretações diferentes da mesma legislação, e implicando na elaboração de normativos internos insubsistentes ou equivocados. A irretroatividade mencionada vem ao encontro da necessidade que a Administração tem de rever suas normas, o que é plenamente possível, mas vedada a sua retroatividade. O princípio da segurança jurídica, segundo assevera Irene Nohara²⁴ “seria aterradora a imprevisibilidade de um ordenamento jurídico que adotasse indiscriminadamente a retroatividade legal, pois, as pessoas não poderiam antever com os dados do presente as consequências futuras dos seus comportamentos”. Essa preocupação com a segurança jurídica e a correta aplicabilidade do Direito traz nesse tempo de enfrentamento à COVID-19, muita reflexão, em especial aos direitos já adquiridos, pois refletem o que já foi “incorporado ao patrimônio de alguém²⁵”.

A Administração Pública frente às sistemáticas alterações atentar-se aos princípios administrativos que a rege, pois as regras não podem ser alteradas ao bel-prazer a cada nova gestão. As decisões devem ser fundamentadas nas regras existentes, e estas não devem ser flexíveis ao ponto de trazer múltiplas interpretações. A sua alteração deve seguir o rito próprio, respeitando assim qualquer situação que possa causar desequilíbrio na arquitetura do sistema jurídico vigente, em que não permita onerá-la, evitando-se assim, o “venire

²¹ BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. [em linha]. [consultado em 03.08.2020]. Vide Art. 2º. (...) “Art 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm.

²² Di Pietro. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23 ed. atual. até a EC nº 62/09-. p.84. São Paulo: Atlas, 2010.

²³ BRASIL. Lei 9.784, de 29, de janeiro de 1999. [em linha]. [consultado em 03.08.2020]. Vide (...) art. 2º, inciso “XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm.

²⁴ Nohara, Irene Patrícia. Direito Administrativo. -4ª ed.- São Paulo:atlas,2014.p.108.

²⁵ Nohara, Irene Patrícia. Direito Administrativo. -4ª ed.- São Paulo:atlas,2014.p.108.

contra factum proprium”, ou seja, permitir que a Administração aja contra seus próprios atos.

3.3. OS CONTRATOS FIRMADOS ANTES DA COVID-19

Os princípios da Administração Pública aplicáveis ao desenvolvimento de suas atividades são conhecidos e estão presentes na Constituição Federal e na legislação vigente. Em tempos de pandemia, ainda que tais princípios sejam valores já absorvidos nos atos administrativos é possível que sejam adaptados diante de um estado de emergência e ou calamidade pública.

A situação de enfrentamento à pandemia da COVID-19 no mundo, requer ações de grande impacto e grandes soluções: as contratações emergenciais por dispensa de licitação, previstas na Lei 13.979/2020²⁶, são exemplos disso.

Mas, como ficam os contratos que foram firmados em situação de normalidade, durante as medidas de enfrentamento à COVID-19?

Muitas dúvidas e poucas respostas. Os contratos de serviços terceirizados com e sem mão de obra, serão ajustados conforme a realidade de cada órgão. Inicialmente, o gestor de contratos com auxílio dos fiscais técnicos e administrativos devem observar sua realidade e:

- Relacionar os contratos existentes por tipo;
- Relacionar os contratos de fornecimento;
- Identificar o objeto de cada um dos contratos e quantidade;
- Identificar se é fornecimento de material, quais e quantidade demandada;
- No caso de obras ou reformas, averiguar a necessidade essencial da continuidade ou suspensão;
- No caso dos serviços observar a vigência dos contratos e data de prorrogação;

²⁶ Brasil. Lei nº 13.979, 6 de fevereiro de 2020. [em linha]. [consultado em 03.08.2020]. vide. “Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020). § 1º A dispensa de licitação a que se refere o **caput** deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm

A GESTÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O ENFRENTAMENTO À COVID-19

Madeline Rocha Furtado e Monique Rocha Furtado

- Relacionar os contratos de prestação de serviços continuados e os contratos não continuados;
- Nos contratos continuados com e sem mão de obra exclusiva, avaliar se o objeto do contrato continuado sofre interferência direta dos reflexos da pandemia;
- Verificar a real necessidade da continuidade da prestação dos serviços;
- Uma vez identificados providenciar os ajustes necessários;

Nesse contexto, quais os ajustes possíveis?

Para que se possa ajustar nos termos da Lei de Licitações vigente, são várias as formas, podendo se alterar a execução dos contratos, conforme art. 65, inciso I e II, de forma unilateral e por acordo, também, é possível suspender a sua execução, nos termos do art. 78, inciso XIV, além claro, de rescindir a contratação.

A alteração mais complexa possível é no que se refere ao valor do contrato em razão de possível desequilíbrio da equação econômico-financeira previsto no artigo 65,II,"d", que nesses tempos de COVID-19, também denominado ESPIN- Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional, poderá ser invocado pelo contratado tanto durante o período da pandemia como após a pandemia. Durante o período da epidemia, muitos são os problemas que podem ocorrer nos contratos vigentes, desde alteração dos valores de insumos em razão do aumento da demanda, como o contrário, sua drástica diminuição.

Essas medidas são conhecidas e não há dúvidas sobre a sua aplicabilidade em tempos normais. Entretanto, na situação ora vivenciada (COVID-19) é mais do que necessário que se adaptem outras situações a fim de conciliar o direito reconhecido em vigor e o direito provisório avassalador.

A cada dia que passa, cada nova situação traz consigo mais e mais difíceis decisões a serem tomadas. A nova realidade da Administração que já vinha se transformando pelo avanço tecnológico e a necessidade de alterações inovadoras, agora se vê obrigada a construir caminhos que não só atendem ao princípio da eficiência, como possibilite harmonizar situações protecionistas no meio da crise, situações estas que vão de encontro aos princípios de impessoalidade, legalidade, eficiência além da segurança jurídica já comentada. Lembrando que a situação atual vivenciada não foi prevista contratualmente.

A Lei Geral de Licitações traz em três momentos de forma expressa, o termo “imprevisão” ou situações “imprevistas”:

- Na possibilidade de prorrogação de prazo, em razão da ocorrência de fato excepcional ou imprevisível, previsto no inciso II do § 1º do artigo 57;
- Mediante o desequilíbrio contratual (Teoria da Imprevisão), disposto no artigo 65, inciso II, alínea “d”;
- Indicado no artigo 78, inciso XIV e XV²⁷ no que diz respeito à suspensão/rescisão.

No caso específico dos contratos terceirizados com mão de obra exclusiva, estes são os mais complexos para adequação. Em um contrato de prestação de serviços de limpeza, por exemplo, a unidade de medida é “metro quadrado”, as possíveis alterações se dão normalmente em razão da demanda, porém, com a COVID-19, a demanda de alteração não é definitiva, é temporária, provisória, o que pode acarretar dificuldades na operacionalização.

A MP- Medida Provisória 927, que possibilitava várias alternativas para o empregador perdeu sua eficácia em 19.07.2020, assim, algumas providencias

²⁷ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. [em linha]. [consultado em 03.08.2020]. Vide art. 57 (...) “§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:” (...) “II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato”; mais adiante no art.65, inciso II, alínea “d”: (...) “ d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. [\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)](#)” e por último no art. 78 inciso XIV: (...) “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 imprevisas 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; e ainda a ressalva do inciso XV. (...) “ XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

anteriormente adotadas, como²⁸ a antecipação de férias e férias coletivas não podem ser adotadas no momento. Porém, outras medidas previstas na MP 936²⁹, são possíveis de serem adotadas, como: suspensão de jornada de trabalho e suspensão do contrato de trabalho.

De uma forma geral, os agentes públicos sabem os caminhos para enfrentar as situações imprevistas, mas não é simples na prática. Em meio a um turbilhão de problemas enfrentados surgem as necessidades de redimensionamento dos contratos sem que se tenha a ideia do futuro. A administração contratante precisa equilibrar e equacionar o contrato administrativo x situação social da COVID-19 e a responsabilidade do Estado.

Porém, nem todas as regras que subsidiarão cada tomada de decisão se encontram de forma expressa na Lei e são compreendidas e executadas em variadas decisões práticas consolidadas pelos entendimentos e jurisprudências. A Administração Pública contrata e gerencia vários tipos de

²⁸ BRASIL. MP 927, de 22, de março de 2020. [em linha]. [consultado em 10.08.2020]. Com vigência encerrada em 19.07.2020. Vide (...) art. 3º (...) “ I – o teletrabalho; II – a antecipação de férias individuais; III – a concessão de férias coletivas; IV – o aproveitamento e a antecipação de feriados; [\(Vide ADI nº 6380\)](#); 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.”

²⁹ BRASIL. MP 936, de 22, de março de 2020. [em linha]. [consultado em 10.08.2020]. Convertida na Lei 14.020, de 6 de julho de 2020. Vide (...) Art.5º “Fica criado o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, a ser pago nas seguintes hipóteses: I -redução proporcional de jornada de trabalho e de salário; e II – suspensão temporária do contrato de trabalho. § 1º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será custeado com recursos da União. § 2º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será de prestação mensal e devido a partir da data do início da redução da jornada de trabalho e do salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho, observadas as seguintes disposições: – o empregador informará ao Ministério da Economia a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da celebração do acordo; II – a primeira parcela será paga no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data da celebração do acordo, desde que a celebração do acordo seja informada no prazo a que se refere o inciso I deste parágrafo; e III – o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será pago exclusivamente enquanto durar a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho. § 3º Caso a informação de que trata o inciso I do § 2º deste artigo não seja prestada no prazo previsto no referido dispositivo: I – o empregador ficará responsável pelo pagamento da remuneração no valor anterior à redução da jornada de trabalho e do salário ou à suspensão temporária do contrato de trabalho do empregado, inclusive dos respectivos encargos sociais e trabalhistas, até que a informação seja prestada; II – a data de início do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será fixada na data em que a informação tenha sido efetivamente prestada, e o benefício será devido pelo restante do período pactuado; e III – a primeira parcela, observado o disposto no inciso II deste parágrafo, será paga no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que a informação tiver sido efetivamente prestada. (...)”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm

contratos, dentre eles cita-se uma situação bem comum, nos aeroportos do Brasil, os contratos de cessão de área pública.

No decorrer da pandemia, sabe-se que as companhias aéreas suspenderam vários voos e que tais paralisações tiveram como consequência a interrupção das atividades comerciais nos halls dos aeroportos. Neste contexto, uma empresa que detinha a cessão de uma dessas áreas solicitou a suspensão do pagamento das suas mensalidades junto ao Poder Concedente, referente a área do aeroporto.

Não atendida administrativamente, a cessionária judicializou³⁰ a questão, mediante a nítida dificuldade de cumprimento do pagamento, em razão da redução da operação dos aeroportos em todo o Brasil. A decisão judicial inicial então, suspendeu o pagamento do contrato administrativo enquanto perdurasse o estado de calamidade pública decretado pelo Legislativo, ou seja, até 31.12.2020.

A situação em tela é decorrente dos reflexos da pandemia em todo o mundo. No Brasil, o estado de calamidade pública foi reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6/2020³¹. No caso concreto, a autora-concessionária (empresa/quiosque de revenda de castanhas) requer do Poder Concedente do espaço público situado dentro de Aeroporto Internacional que se abstenha de cobrar a integralidade do valor da locação, tendo em vista o estado de calamidade pública. *A priori* verifica-se que as atividades desempenhadas pela autora, não fazem parte dos serviços terceirizados contratados pelo Concedente, se tratando de cessão de espaço físico para comércio de alimentos, sendo estabelecidas as regras em contrato específico.

Para se ter uma ideia, no caso citado, a autora nem precisaria se dirigir ao judiciário, pois, o próprio contrato já estabelecia as regras em caso de

³⁰ TRF. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. 4º REGIÃO- TRF-4. [em linha]. [consultado em 10.08.2020]. [AG 5016877-77.2020.4.04.0000 5016877-77.2020.4.04.0000](https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842338661/agravo-de-instrumento-ag-5016877720204040000-5016877-7720204040000?ref=feed)– Órgão Julgador QUARTA TURMA. Julgamento em 6 de maio de 2020. Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA. Disponível em: [https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842338661/agravo-de-instrumento-ag-5016877720204040000-5016877-7720204040000?ref=feed](https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842338661/agravo-de-instrumento-ag-5016877720204040000-5016877-7720204040000?ref=feed)

³¹ BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO Nº 6, DE 2020. [em linha]. [consultado em 10.08.2020]. Ementa: Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/31993957/publicacao/31994188>

calamidade pública, no qual estaria assegurado ao concessionário a suspensão de suas obrigações. Para qualquer pessoa sem conhecimento jurídico, ao ler tal cláusula já entende que é possível a suspensão das obrigações a partir da data da decretação da calamidade pública (20/03/2020), o que foi entendido em primeiro grau de jurisdição.

O Poder concedente é uma empresa pública, e ao que parece o contrato foi firmado sob a égide da Lei nº 8.666/93, o qual afirma que os contratos podem ser alterados conforme o artigo 65. Nesse contexto, vê-se também a possibilidade de a autora requerer a recomposição do equilíbrio do contrato administrativo, conforme foi reconhecido na ação.

Como já visto, é possível a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, de acordo com o art. 65, inc. II, d, tendo em vista que há nexos causal direto entre o fato gerador da paralisação das atividades, paralisação dos aeroportos em razão da pandemia e a venda de mercadorias no aeroporto (área cedida).

A jurisprudência já se manifestou sobre a possibilidade do reequilíbrio da equação econômico-financeira mediante a ocorrência de fato superveniente e causadora do desequilíbrio, de forma que não se caracterize claro, por culpa do particular. Alguns requisitos são exigidos para sua concessão, como uma avaliação inicial da equação econômico-financeira para avaliar a elevação dos encargos em evento posterior a elaboração das propostas; o nexos causal entre o fato gerador e a consequência.

Observe-se que as características da pandemia do COVID19, tornaram impossível a realização das tarefas da maior parte das empresas prestadoras de serviços, salvo aquelas de serviços essenciais, exigindo da sociedade e do Poder Público a paralisação das atividades em todos os níveis de produção e foi nessa conjuntura surgiram as medidas provisórias e com elas o direito provisório no cenário de calamidade pública.

Ora, no caso relatado, uma vez comprovada a queda no faturamento da autora-concessionária, mediante a redução significativa do movimento de embarques e desembarques, a partir de março/2020, não há dúvidas da necessidade de reequilíbrio.

Entretanto, a Lei traz as hipóteses de suspensão da execução do contrato em razão da calamidade pública, como também foi previsto contratualmente³².

No caso aludido, o que a autora desejava era a suspensão das obrigações contratuais de pagamento mensal da cessão da área. Na decisão final, o poder judiciário entendeu pela não desobrigação do pagamento da mensalidade, e a realização de um acordo com o Poder Concedente.

A situação exemplificada traz importantes reflexões, uma vez que os agentes públicos precisam reconhecer que não é possível se exigir as mesmas obrigações contratuais firmadas antes da pandemia, em que se vivia uma perspectiva de lucro diferente da atual, e no caso concreto, o lucro da empresa tinha como base a estimativa de faturamento delimitada em uma outra realidade. Outra reflexão importante é a possibilidade da inserção de cláusula de arbitragem nesses contratos, o que torna a decisão mais célere, em especial no direito provisório.

3.3.1. A GESTÃO DOS CONTRATOS TERCEIRIZADOS

Situação diferente são as contratações de serviços terceirizados da Administração Pública, como: serviços de manutenção equipamentos, serviços de limpeza, vigilância, manutenção predial, etc, e mais complexos quando se trata de serviços com dedicação de mão de obra exclusiva, pois estes trazem de forma contundente o direito provisório sobre o direito do trabalho, este que já não é matéria de total domínio dos agentes que lidam com a Terceirização.

A gestão dos contratos terceirizados exigem dos responsáveis um vasto conhecimento da legislação (direito administrativo; tributário; previdenciário; trabalhista; etc). A necessidade de uma visão sistêmica que envolva não só conhecimentos técnicos, mas, uma maior abertura ao contratado para que possa se posicionar sobre futuras soluções, pois eles são parte do processo e da situação. O dia a dia dos agentes públicos são difíceis em tempos normais, além

³² TRF. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. 4º REGIÃO- TRF-4. [em linha]. [consultado em 10.08.2020]. [AG 5016877-77.2020.4.04.0000 5016877-77.2020.4.04.0000](https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842338661/agravo-de-instrumento-ag-50168777720204040000-5016877-7720204040000?ref=feed)– Órgão Julgador QUARTA TURMA. Julgamento em 6 de maio de 2020. Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA. Vide Contrato. item 30.17. Disponível em:<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842338661/agravo-de-instrumento-ag-50168777720204040000-5016877-7720204040000?ref=feed>.

de lidar com as regras sendo alteradas, também precisam ser cuidadosos com os que estão no comando, pois nem sempre serão comandados por pessoas capazes, como já é sabido.

3.3.2. POSSÍVEIS ALTERAÇÕES NOS CONTRATOS

Em relação as alterações instituídas pelo art. 65 da Lei 8.666/93 é importante chamar a atenção para o entendimento do TCU³³ sobre a impossibilidade de compensação, o que pode determinar a solução do contrato. Assim, além das possíveis alterações quantitativas com possível redução dos serviços, nos limites legais de forma unilateral; alteração quantitativa com possível redução dos serviços acima dos limites legais de forma consensual; alteração qualitativa (especificações dos projetos) com possível alteração de metodologias de trabalho em razão das novas demandas, tem-se a possibilidade de suspensão da execução dos contratos, parcial ou total.

A **suspensão** da execução do contrato por parte do contratado é possível apenas quando houver atraso nos pagamentos pela Administração dos serviços realizados pela contratada, previsto no artigo 78, inciso XV.

Mas a alteração pela Administração prevista no 78, XIV³⁴, tem como pano de fundo, outra realidade, diferente da que se apresenta no momento, pois,

³³ TCU- Tribunal de Contas da União. [Em linha]. [Consult. 24 jul. 2020]. Acórdão: [1799/2015 – Plenário](#). Ementa: “É permitida, apenas para contratos de obras de infraestrutura, **celebrados antes de 25/11/11** (data do trânsito em julgado do [Acórdão 749/2010-TCU-Plenário](#)) por órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes, a compensação entre o conjunto de supressões e acréscimos realizados por aditivos contratuais, para fins de observância dos limites impostos no art. 65 da Lei 8.666/93. Nas contratações ocorridas a partir dessa data, as reduções ou supressões devem ser consideradas de forma isolada, calculadas sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um destes conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites estabelecidos na legislação. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/?KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1408033/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse

³⁴ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. [em linha]. [consultado em 03.08.2020]. Vide (...) art. 78 inciso XIV: (...) “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; e ainda a ressalva do inciso XV. (...) “ XV – o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas

o mundo está diante de uma pandemia. É assertivo o entendimento do professor Jacoby Fernandes³⁵ em não achar adequada a aplicação do artigo 78, inciso XIV, neste momento de pandemia, isto porque é sabido que essa medida vai de encontro a premissa de proteção do trabalho e renda, visto que nessa situação, o contratado se vê obrigado a demitir os trabalhadores, pois não executará o contrato. Assim, é importante uma reunião de alinhamento entre contratante e contratado para que possa fazer uma avaliação mais aprofundada da necessidade futura do objeto e as implicações da suspensão do contrato administrativo.

Diante do exposto, não é interessante buscar a solução da aplicação do artigo 78, XIV, também não é interessante a solução da rescisão, ambas são decisões favoráveis a Administração e prejudiciais ao contratado que não contribuiu para a paralisação das atividades. Ao que parece o mais sensato é mesmo a redução da jornada do trabalho e/ou suspensão dos contratos de trabalho do empregador, mediante a possibilidade da aplicação da MP 936³⁶ (convertida em lei), citada.

A questão parece simples, mas, ao ser definida deverá ser arquitetada nova planilha para compor os novos custos, pois em razão da aplicação da nova Lei nº 14.020/2020 (conversão da MP 936), a depender do faturamento da empresa, ao optar pela suspensão dos contratos de trabalho ou redução de jornada fará jus a um auxílio emergencial do Estado para que essas empresas não demitam seus funcionários. Assim é importante que o gestor/fiscal visualize a seguinte situação:

Planilhar seus contratos de acordo com o objeto:

obrigações até que seja normalizada a situação”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm

³⁵ Jorge Ulisses Jacoby Fernandes... [et al]. Direito provisório e a emergência do Coronavírus: ESPIN – Covid-19; critérios e fundamentos. Direito Administrativo, financeiro. (Responsabilidade Fiscal), Trabalhista e Tributário: um mundo diferente após a COVID-19. 1.Reimpressão- Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 115.

³⁶ BRASIL. MP 936, de 22, de março de 2020. [em linha]. [consultado em 10.08.2020]. Convertida na Lei 14.020, de 6 de julho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm

A GESTÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O ENFRENTAMENTO À COVID-19
 Madeline Rocha Furtado e Monique Rocha Furtado

Objeto	Número do processo	Data da Vigência	Data do início da Execução	Data da redução da jornada ou suspensão do contrato de trabalho dos empregados Enquadramento do valor	Valor inicial da planilha	Valor final da planilha após a redução/suspensão do contrato de trabalho	Informações das Medidas anteriores tomadas. <i>Ex: rodízio; antecipação de férias; teletrabalho, etc.</i>
Contratos de serviços de limpeza							
Contratos de serviços de Vigilância							
Contratos de serviços de manutenção predial							
Contratos de serviços de manutenção sem mão de obra exclusiva							
Demais informações				O acordo firmado deverá ser registrado nos autos do processo e conter todas as bases da negociação realizada, assim como as planilhas de custos e formação de preços.			

Este quadro resume a situação dos contratos vigentes e as possíveis alterações propostas.

3.3.3. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

A Lei de licitações no artigo 57 § 1º afirma que está assegurada a manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos, caso exista alguma das seguintes situações:

- I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração;
- II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;
- III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;
- IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;
- V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;
- VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente,

impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

O artigo 65 já comentado, assevera as possibilidades e requisitos do reequilíbrio econômico financeiro. Assim, a Lei nº 8.666/93 traz várias prerrogativas à Administração dada a supremacia do poder público sobre o privado, como já disposto nas cláusulas exorbitantes do artigo 58, o qual permite a Administração Pública, realizar unilateralmente as modificações necessárias aos contratos, rescindi-los, conforme os casos previstos no inciso I do art. 79 da mesma Lei, além de ter o poder de fiscalizar a execução contratual podendo a aplicar as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato.

Feitas as considerações, entende-se de forma singela, um roteiro preliminar, para que possa ser realizada suspensão da execução do contrato, mediante a impossibilidade de execução em razão da pandemia. Uma vez, relacionados os contratos, e já tomadas as providências iniciais, como; rodízios; teletrabalho; antecipação de feriados, férias, e esgotadas as possibilidades no momento, restando apenas a suspensão da execução total ou parcial, pode ser realizado um acordo tendo como fundamento as diretrizes emanadas pela Medida Provisória 936/2020. Assim é possível que se siga o seguinte roteiro.

1. Reunião de alinhamento entre gestores/fiscais, autoridades competentes e área jurídica acerca da realidade dos contratos vigentes, visto que não se trata apenas de uma questão técnica ou jurídica, mas, também política.
2. Para os órgãos do Poder Executivo, atentar para as diretrizes da Advocacia Geral da União e Ministério da Economia.
3. Registro nos autos do processo, de ata e documentos pertinentes, conforme o caso, para tomada de decisão.
4. Nota técnica emitida pelo gestor/fiscal do contrato demonstrando a impossibilidade da execução do objeto, frente realização das atividades dos servidores em home-office.
5. Notificação da empresa aos trabalhadores para realização dos acordos de redução de jornada ou suspensão dos contratos de trabalho, conforme definido na reunião.
6. Uma vez acordado, providenciar a elaboração da minuta do termo aditivo pela área responsável.

7. Análise pela área jurídica do ajuste, caso não haja parecer jurídico referencial e após avaliação enviar ao contratado para assinatura.
8. Uma vez assinado o termo aditivo e a suspensão executada, cabe a Administração acompanhar a necessidade ou não de retorno da atividade ainda que de forma parcial.
9. Observar as alterações nos valores a serem inseridos na nova planilha acordada, conforme a situação da redução/suspensão de cada contrato.

4. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, é perceptível a dificuldade que a Administração Pública passa na gestão e fiscalização dos contratos atuais, em especial, àqueles firmados antes da pandemia. O tema “gestão de contratos administrativos” e “Terceirização” já é de difícil aplicação prática em dias “normais”. A responsabilidade dos servidores e empregados públicos só aumenta. E cresce paralelamente, o “medo”. **O medo de fazer errado ou de não fazer nada. Assim, nestes momentos, a experiência ajuda muito, mas, não resolve tudo. Isto porque, são situações imprevistas e nunca vividas.** A parte da Lei de Licitações que trata da suspensão dos contratos como visto, não é suficiente para dar as respostas que os agentes públicos precisam.

Assim, resta a compreensão dos órgãos de controle quando no futuro for avaliar as providências tomadas neste momento de tanta incerteza. Então, continua a pergunta: Como será a Gestão do Amanhã dos Contratos? Será que a Lei de Licitações em construção está sendo avaliada sob esse prisma? Sob tais aspectos enfrentados? Ou será necessário ainda mais 20 anos para rever tais situações e previsões legais? Fica aqui uma reflexão.

4. REFERÊNCIAS

Di Pietro. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23 ed. atual. até a EC nº 62/09-. p.84. São Paulo: Atlas, 2010.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes... [et al]. Direito provisório e a emergência do Coronavírus: ESPIN – Covid-19; critérios e fundamentos. Direito Administrativo, financeiro. (Responsabilidade Fiscal), Trabalhista e Tributário: um mundo diferente após a COVID-19. 1.Reimpressão- Belo Horizonte: Fórum, 2020.p.21 e 22.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes... [et al]. Direito provisório e a emergência do Coronavírus: ESPIN – Covid-19; critérios e fundamentos. Direito Administrativo, financeiro. (Responsabilidade Fiscal), Trabalhista e Tributário: um mundo diferente após a COVID-19. 1.Reimpressão- Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.115.

Marçal Justen Filho. Direito Administrativo da Emergência: um modelo jurídico. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 2020. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=258423>>. Acesso em: 2 ago. 2020.

Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2009. p.744.

Moreira, Egon Bockmann. Coord. Tratado do Equilíbrio-Econômico-Financeiro: Contratos administrativos, Concessões, Parcerias-Públicas-Privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação. 2.ed. Belo Horizonte. Fórum, 2019,658p. Vide. “O Equilíbrio Econômico - Financeiro nas Concessões e PPPS: Formação e Metodologias para Recomposição”. Fernando Vernalha Guimarães. p. 100.

Niebuhr, Joel de Menezes. Regime Emergencial de Contratação Pública para o enfrentamento à Pandemia de COVID-19. Aspectos Gerais do Regime Emergencial de Contratação Pública para o enfrentamento à Pandemia de COVID-1. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.13.

Niebuhr, Joel de Menezes. Regime Emergencial de Contratação Pública para o enfrentamento à Pandemia de COVID-19. Aspectos Gerais do Regime Emergencial de Contratação Pública para o enfrentamento à Pandemia de COVID-1. – Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.15.

Nohara, Irene Patrícia. Direito Administrativo. -4ª ed.- São Paulo:atlas,2014. p.108

ROSSEAUS, Jean Jacques. DO CONTRATO SOCIAL. [Em linha]. [Consult. 24 jan. 2020]. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

FURTADO, Madeline Rocha; FURTADO, Monique Rocha. *A gestão dos contratos administrativos e o enfrentamento à COVID-19*. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.