

REFLEXOS DA COVID-19 NAS CONTRATAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA: PRECISAMOS TODOS REJUVENESCER

Hamilton Bonatto*

Você não sente nem vê
Mas eu não posso deixar de dizer, meu amigo
Que uma nova mudança em breve vai acontecer
E o que há algum tempo era jovem e novo, hoje é antigo
E precisamos todos rejuvenescer.

BELCHIOR. Velha Roupa Colorida. Álbum Alucinação, 1976

1. INTRODUÇÃO

De acordo com a Pesquisa Anual da Indústria da Construção Civil – PAIC do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE¹, já em 2017 as obras de infraestrutura no setor público perderam participação na indústria da construção, de modo que houve queda da participação das obras de infraestrutura no valor da atividade entre 2008 e 2017 (de 47,4% para 32,2%). Enquanto isso, aumentou a representatividade da construção de edifícios (de 37,2% para 45,8%) e dos serviços especializados (de 15,4% para 22,0%).

Segundo o IBGE, o setor público perdeu representatividade como cliente no total da indústria da construção passando de 42,7% para 31,7% na geração do valor de obras. A maior perda de participação do setor público foi no valor das obras de infraestrutura, que passou de 60,3% em 2008 para 52,4% em 2017.

Portanto, primeiramente é preciso esclarecer que a construção de obras públicas vem sofrendo há muito tempo antes de qualquer notícia sobre o coronavírus.

Existem outros “vírus” que têm contribuído pela diminuição da representatividade da construção no setor público, especialmente quando se trata de obras de infraestrutura. Este segmento foi o que mais perdeu participação entre 2008 e 2017, que tinha o maior porte médio (de 93 para 42) e a maior média salarial (de 3,5 para 2,9 salários mínimos).

Para compreender o fenômeno é fundamental observar a diminuição da participação do setor público na indústria como um todo, mormente no setor de infraestrutura, o qual sobrevive, essencialmente, de investimentos públicos.

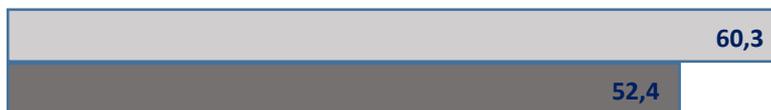
* **Hamilton Bonatto** é Procurador do Estado do Paraná, onde é Procurador-Chefe do Coordenadoria do Consultivo. Formado em Direito (PUCPR), em Engenharia Civil (UFPR), em Licenciatura Curta em Ciências e Licenciatura Plena em Matemática (FAFIPAR), Especialista em Direito Constitucional (UNIBRASIL), em Construção de Obras Públicas (UFPR), em Advocacia Pública (IDDE) e em Ética e Educação (FACSUL).

¹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Obras de Infraestrutura e Setor Públicos perdem participação na indústria da construção*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24626-paic-2017-obras-de-infraestrutura-e-setor-publico-perdem-participacao-na-industria-da-construcao>. Acesso em: 28/03/2020.

Construção de edifícios



Obras de Infraestrutura



Serviços especializados



Total



■ 2008 ■ 2017

Fonte: IBGE – Diretoria de Pesquisas, DPE.

Essa queda, é evidente, atinge diretamente o emprego no setor. Denota-se do PAIC/IBGE que a indústria da construção perdeu cerca de 93,6 mil pessoas ocupadas e fechou 564 empresas entre 2016 e 2017. De acordo com o IBGE, a indústria da construção empregava, em 2017, cerca de 1,9 milhão de pessoas, mostrando uma queda de 4,7% em relação a 2016. Este é o menor contingente de ocupados desde 2008, quando havia cerca de 1,8 milhão de pessoas ocupadas no setor da construção.

A emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, não há dúvidas, tende a impactar na já combalida economia brasileira, provocando efeitos a curto, médio e longo prazo.

Este artigo não discute a construção civil como um todo, mas se propõe a provocar a repercussão nos contratos de obras públicas e serviços de engenharia em função da crise do COVID-19, também as alternativas que o ordenamento jurídico oferece, inclusive com a aplicação de um novo Direito Administrativo nas contratações públicas. Este que deve ser rejuvenescido, não ficar imobilizado diante do medo, cego perante possíveis soluções, um Direito Administrativo que quando aplicado a obras e serviços de engenharia, além das leis, terá os pés no canteiro de obras e os olhos nas repercussões desse direito na sociedade, com vistas às suas necessidades e às suas angústias, e de costas àqueles que, normalmente, despertam uma reação visceral de medo.

2. OS CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Os contratos de obras e serviços de engenharia são, via de regra, de escopo, com raras exceções, como os de manutenção predial que podem ser de prestação de serviços

contínuos², variando sua forma de execução em *com* ou *sem* dedicação exclusiva de mão de obra.

Os serviços prestados de forma contínua são aqueles que, pela sua essencialidade, visam atender à necessidade pública de forma permanente e contínua, por mais de um exercício financeiro, assegurando a integridade do patrimônio público ou o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.

Os contratos administrativos de obras públicas e serviços de engenharia são, portanto, majoritariamente, de escopo, do tipo em que se dá por encerrada a sua execução, quando seu objeto é concluído e sua vigência ou todas as demais obrigações restam satisfeitas. Entretanto, o termo do prazo de execução não implica o fim da relação jurídica entre a Administração e a contratada³.

Esses contratos estão sendo impactados pela pandemia, surgindo a necessidade de buscar soluções para essa problemática. O enfrentamento deste problema torna-se de difícil solução, pois é necessário resolver com um arcabouço legislativo criado em um momento que nem se cogitaria a existência futura da questão a ser enfrentada. Não poderia se exigir que o legislador pudesse prever todas as situações.

3. A LEGISLAÇÃO TEMPORÁRIA

3.1. A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2.020.

A Lei nº 13.979, de 2020, que “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019” e, estabelece o objetivo das medidas a proteção da coletividade, e ainda, autoriza as autoridades, dentro de suas competências, adotar medidas de isolamento e quarentena que, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais (art. 3º, incisos I e II e §8º).

Trata no art. 4º que “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”.

Como se vê, previu a contratação direta para serviços de engenharia e não para as obras. O inciso I do art. 6º da Lei nº 8.666, de 1993, considera obra como “toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”. Para

² Para o tema recomendo o excelente artigo do Auditor Federal de Finanças e Controle da CGU, João Luiz Domingues: DOMINGUES, João Luiz. *COVID-19 E os impactos nos Contratos Administrativos de Serviços Terceirizados com Dedicção Exclusiva de Mão de Obra*. Disponível em: http://www.licitacaoecontrato.com.br/artigo_detalhe.html.

³ BONATTO, Hamilton. *Governança e Gestão de Obras Públicas: do planejamento á pós-ocupação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

esses objetos não há permissivo para contratação com dispensa de licitação com base na Lei nº 13.979, de 2020.

Serviço, por seu lado, é considerado, segundo o inciso II do art. 6º da Lei, como toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais. Se, para sua execução, os serviços necessitarem da participação de profissional da engenharia ou arquitetura, estes serão de engenharia. Tal elenco de atividades é passível, portanto, de contratação pela dispensa de licitação da Lei nº 13.979, de 2020.

Pretende a Lei agilizar e facilitar as contratações, enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, autorizando, inclusive, a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas, que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso. Estas hipóteses servirão quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido (art. 4º). Ainda, nos artigos 4º-A ao 4-I, há previsão de outras formas de se obter uma contratação por dispensa de licitação ágil, que se aplicam, como mencionado anteriormente, aos serviços de engenharia, no que couber.

No art. 4º-G, a lei estabeleceu que “nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade”. Portanto, os serviços de engenharia comuns, caso sejam licitados pela modalidade pregão, terão seus prazos reduzidos pela metade, de forma, por exemplo, que o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 4 (quatro) dias úteis; declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 1 (um) dia para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões também em 1 (um) dia, que começará a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos; e o prazo de validade das propostas será de 30 (trinta) dias, se outro não estiver fixado no edital.

Como se verifica, a Lei tratou, fundamentalmente, de aquisições, serviços e insumos pela Administração Pública para o enfrentamento da crise. Porém, não estabeleceu parâmetros para a continuidade dos contratos que foram firmados anteriormente, o que seria também de extrema relevância.

3.2. A Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020

A Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020 que “Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto

Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências”. Esta repercute diretamente nos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia, uma vez que a mão de obra nas planilhas orçamentárias, incluindo os encargos sociais, é um dos insumos a compor cada um dos seus serviços, além dos custos com recursos humanos presentes na composição dos Bônus e Despesas Indiretas – BDI⁴.

O destaque dessa Medida Provisória está no enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e na preservação do emprego e da renda, que poderão, ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, como as previstas no 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;
- 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.

Todas essas medidas são importantes para avaliar a continuidade dos contratos de obras e serviços de engenharia, mesmo a possibilidade do teletrabalho, uma vez que entre os itens que compõem a administração indireta está a administração central, a qual não existe em função apenas de determinada obra, mas em função da empresa como um todo, então deve fazer parte da composição do BDI. A administração central diz respeito a despesas para manter a estrutura empresarial, sem a qual não seria possível a empresa atuar no mercado. Os custos relativos à administração central não podem ser atribuídos especificamente a determinada obra, e sim devem ser rateados entre as diversas obras (BONATTO, 2018).

Uma vez compreendido que tais medidas, se implementadas, impactam nos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia, faz-se necessário analisar as relações possíveis durante o período da crise provocada pelo COVID-19.

⁴ Conforme BONATTO (2018), “BDI (Bônus – Benefício, Bonificação) e Despesas Indiretas ou LDI (Lucro e Despesas Indiretas), dizem respeito a um percentual aplicado sobre os custos diretos com o escopo de fazer frente a despesas não identificadas com a produção direta do objeto, e mais o lucro estimado”. .. O Decreto 7.983/2013 dispõe que o preço global de referência será o resultante do custo global de referência acrescido do valor correspondente ao BDI, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo: (i) a taxa de rateio da administração central; (ii) percentuais de tributos incidentes sobre o preço do serviço, excluídos aqueles de natureza direta e pessoalística que oneram o contratado; (iii) taxa de risco, seguro e garantia do empreendimento; e (iv) taxa de remuneração do construtor.

4. ALTERNATIVAS PARA OS CONTRATOS DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA DURANTE A CRISE DO COVID-19

A Lei nº 8.666, de 1993 oferece várias alternativas para resolver as questões referentes aos contratos administrativos, tais como a suspensão, a rescisão, a readequação do cronograma físico-financeiro e a revisão dos contratos.

Cada uma dessas alternativas traz consigo consequências que devem ser sopesadas, podendo em muitas das situações, resultar em impossibilidade de continuidade da atividade empresarial e desemprego dos trabalhadores das contratadas para execução de obras e serviços de engenharia. Isto faria contrariar o objetivo das medidas previstas na Lei 13.979, de 2020 de proteção da coletividade, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, fundamentos da República Federativa do Brasil, previstos no art. 1º da Carta Magna.

O problema reside no fato, como se verá a seguir, de que a Lei Geral de Licitações não foi forjada para resolver questões da amplitude pelas quais o Brasil está passando, não ampara possibilidades de fazer um enfrentamento como da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. “Não podemos resolver um problema, com o mesmo estado mental que o criou”. Mesmo esta já tão citada frase atribuída à Albert Einstein, vale para quaisquer leis. O estado mental que as criou não tinha em seu espectro a crise do COVID-19 ou algo ao menos parecido.

4.1. Suspensão dos contratos

A Lei nº 8.666, de 1993 prevê a possibilidade da suspensão dos contratos⁵. Neste caso, as obras ou serviços de engenharia ficariam paralisadas durante o período da emergência de saúde pública e, após este período, a execução do objeto poderia ser retomada, com a devolução do prazo à contratada para a continuidade da execução contratual.

Não nasce o direito à contratada de optar pela suspensão do contrato, tendo em vista que lei não faculta a ela, no caso de calamidade pública⁶, cabendo à Administração o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação.

⁵ Art. 79. § 5º Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.

⁶ Lei 8666, art. 78. 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;

A suspensão do contrato, em que pese haver aparentes razões para tanto, em muitos dos casos, pode ser a melhor alternativa a se apresentar, traz consigo a quase certa demissão de muitos empregados da contratada, além de tender a provocar patologias na obra em execução pela exposição ao tempo de seus sistemas e materiais utilizados, ficando mais dispendiosa a execução do restante da obra e, com isso, gerar a necessidade de aditivos contratuais com acréscimo do valor contratado.

É possível, a princípio, com base no art. 3º da MP 927, e 2020, antecipar as férias individuais ou coletivas desses empregados ou o aproveitamento destas, utilizar banco de horas, direcionar o trabalhador para a qualificação e diferir o recolhimento do FGTS. Se o período não for longo, essas medidas podem minorar as consequências. Porém, a depender do tempo em que a empresa tiver que ficar sem produzir e receber os pagamentos relativos às medições a faturar, deixará de ser uma medida eficiente. Portanto, apenas para uma suspensão de curto prazo se mostra uma solução razoável.

4.2. Rescisão contratual

A rescisão contratual é uma medida drástica que só deve ser tomada por motivos paralelos ao da crise do COVID-19, uma vez que não está se tratando de serviços contínuos. Uma obra que já iniciou e tenha que ficar paralisada até nova licitação e contratação gera prejuízos enormes, os quais discutidos no item 4.1 deste artigo, especialmente, em termos materiais, a respeito do surgimento de patologias.

O que é pior: ficará muito mais difícil contornar as questões trabalhistas referentes ao desemprego que a crise irá provocar, bem como as de manutenção da empresa em atividade em uma época em que o mercado da construção não tende a criar oportunidades de novos contratos para se manter e preservar os empregos de seus empregados.

A rescisão contratual é compreensível só mesmo por motivos outros. Esta somente se justificaria quando a empresa não estiver cumprindo as cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos ou o faz de modo irregular; cumpre com lentidão o contrato, de modo que leve a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; quando sequer iniciou a obra, o que não geraria demissões e nem patologias construtivas; ou, ainda, no caso de a obra já estar paralisada, entre outras causas previstas no art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993.

A rescisão, pelo motivo da crise do COVID-19, deve ser evitada para se agravar o crescimento de uma crise social que perdura no Brasil por algum tempo.

4.3. Readequação do cronograma físico-financeiro

A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 8º, estabelece que a execução das obras e dos serviços deve ser programada em sua totalidade, prevendo todos os custos (atual e final), e

considerar os prazos de sua execução divididos em etapas, para proporcionar a medição das mesmas e o respectivo pagamento.

Importa destacar que, após o início das obras, sempre que o prazo e as respectivas etapas de execução forem alterados, há a necessidade de se adequar o cronograma físico-financeiro, de modo que esse sempre reflita as condições reais do empreendimento.

Toda alteração que for feita no cronograma físico-financeiro deverá ser justificada e autorizada por quem detenha competência e, em seguida deve ser realizado aditivo ao contrato para tal alteração.

No caso de prorrogação de prazo de execução, deverá ser elaborado novo cronograma físico-financeiro com as alterações necessárias, incluindo-se as parcelas faturadas e a faturar. O objetivo do cronograma físico-financeiro é apresentar a previsão de desembolsos no decorrer do tempo de execução proposto pelo projeto.

Assim, toda vez que se faz uma alteração contratual que modifique o valor do contrato e/ou o seu prazo de execução, o cronograma físico-financeiro necessita ser readequado para exprimir a nova realidade, isto é, realinhar o prazo estabelecido e os desembolsos a serem feitos, com as novas datas para se efetuar as medições.⁷

A readequação do cronograma físico-financeiro relativo ao contrato da obra ou serviço de engenharia aparece como uma alternativa que possibilita a prorrogação do prazo da execução com a diminuição do número de empregados e minorando as consequências sociais, possibilitando a manutenção da atividade empresarial e os empregos dos trabalhadores da construção, bem como a permanência de um número menor de trabalhadores, incentivando a não aglomeração de pessoas no mesmo local, fundamental para diminuir o contágio comunitário relativo ao COVID-19.

Essa alternativa beneficia a possibilidade de não substituir os empregados pertencentes aos grupos de riscos, os quais não poderão estar trabalhando no período de emergência e não precisarão ser substituídos por outros, o que elevaria o valor do contrato.

Nessa via, também se adequa a providência de antecipar as férias de alguns trabalhadores previstas no art. 3º da MP 927, de 2020. Os empregados de férias não precisam ser substituídos por outros, pois a obra tem seu desenvolvimento mais lento em função do cronograma readequado, neste período. Com isso, não é necessário aditar o contrato para aumentar o número de pessoas trabalhando em função de substituições, pois o contrato não será onerado.

Ainda, a readequação do cronograma físico-financeiro pode trazer a alternativa de redução da jornada de trabalho com a criação de banco de horas, compensando-se as horas extras que eventualmente os empregados tenham acumulado. É possível instituir o banco de horas, caso não haja disposição e contrário em Convenção Coletiva de Trabalho, dentro do prazo de um semestre.

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas* / Tribunal de Contas da União. 3. ed. Brasília: TCU, SecobEdif, 2013. p 27.

Portanto, esta alternativa se mostra como uma solução a ser colocada para negociação entre a Administração e suas contratadas, dentro das possibilidades que a Lei Geral de Licitações oportuniza.

4.4. Revisão dos contratos

A revisão contratual, também chamada de reequilíbrio econômico-financeiro em sentido estrito, diz respeito a situações anormais, onde um fato extraordinário, posterior à assinatura do contrato, influenciou diretamente no desequilíbrio da equação econômico-financeira.

À revisão se aplica, conforme o previsto na Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

II - por acordo das partes: (...)

a) 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 consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.

Adota-se nos casos em que a alteração do valor do contrato é decorrente de uma alteração de preços que é extraordinária, desvinculada da inflação. A revisão é decorrência da Teoria da Imprevisão, tendo lugar quando a interferência causadora do desequilíbrio econômico-financeiro, consistir em um fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, anormal e extraordinário, isto é, que não esteja previsto no contrato, e nem poderia estar. Portanto, somente podem ser revisados os preços que foram realmente alterados pelos motivos aqui citados (BONATTO, 2018).

O fato gerador da revisão contratual deverá ser superveniente, de consequências imprevisíveis e inevitáveis, que onere sobremaneira a contratada, de forma que sua previsão inicial não poderia ser aferida. A superveniência deve ser em relação a um evento ocorrido após a formulação da proposta, sendo imprescindível analisar os efeitos relativos à causa de pedir.

O fato superveniente que provoca a revisão contratual pode elevar ou diminuir o valor do contrato.

A diminuição de encargos resultante da redução e alteração de insumos de alguns serviços, por exemplo, gera a revisão contratual em relação ao preço, com o intuito de manter o equilíbrio econômico-financeiro da obra⁸.

Os requisitos a serem preenchidos para a concessão da revisão contratual, conforme já elencados em BONATTO (2018) podem ser resumidos nos seguintes:

⁸ Conf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 40/2012, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues.

- a) o evento deve ser futuro e incerto;
- b) o evento deve ocorrer após a apresentação da proposta;
- c) o evento não deve ter ocorrido por culpa da contratada;
- d) a possibilidade da revisão contratual pode ser aventada pela contratada ou pela contratante;
- e) deve haver modificação substancial nas condições contratadas, de forma que seja caracterizada alteração desproporcional entre os encargos da contratada e a retribuição da contratante;
- f) é imprescindível nexo causal entre a alteração dos custos e o evento ocorrido, bem como a necessidade de recomposição da remuneração correspondente em função da majoração ou minoração dos encargos da contratada;
- g) deve ser demonstrado nos autos a quebra de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por meio de apresentação de planilha de custos e documentação comprobatória correlata, demonstrando que a contratação se tornou inviável nas condições inicialmente pactuadas.

Assim, para que haja revisão contratual nos casos relativos a obras e serviços de engenharia já em execução durante o enfrentamento à emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019 faz-se necessário o atendimento desses requisitos.

Todas as alternativas que escolhidas pelos contratantes devem observar quais itens da planilha e do próprio BDI devem ser transferidos como pagamento à contratada. A exemplo, o pagamento do vale transporte, o qual só deve ser feito para os dias efetivamente trabalhados, uma vez que se trata de obrigação *propter laborem*.

Já em relação ao auxílio alimentação, na hipótese da suspensão do contrato ou readequação do cronograma físico-financeiro com a diminuição de empregados, a regra é o não pagamento para os empregados que não estão trabalhando, salvo se a Convenção Coletiva de Trabalho disponha em contrário.

Uma outra possibilidade a ser estudada é a adoção de turnos de trabalho, de forma que os trabalhadores possam intercalar suas atividades laborais. Será preciso fazer revisão do contrato se houver trabalhos noturnos, na forma da lei.

Essas são, portanto, as possibilidades legais da Lei nº 8.666, de 1993, porém, vê-se que tais alternativas não conseguem resolver questões de fundo do contrato, de ordem social. No entanto, são possíveis e admissíveis outras soluções, não inclusas na fronteira da Lei Geral de Licitações, mas que objetivam preservar os direitos sociais dos trabalhadores e a continuidade da atividade empresarial. É o que se verá a seguir.

4.5. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB - Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, foi amplamente alterada pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, incluindo disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Com esta se incorporam normas de direito público para privilegiar a responsabilidade do gestor público em tomar decisões diante de normas jurídicas indeterminadas que, como regra,

possuem diversas formas de interpretação e, como consequência, abrem a possibilidade para as mais variadas soluções quando diante do caso concreto.

O art. 20 do referido Decreto-Lei confia ao gestor público a responsabilidade de realizar análises dos casos concretos com suas possíveis consequências, prevendo efeitos práticos no mundo dos fatos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Os fatos e os impactos provindos do acontecimento da vida é que devem ser analisados, para a tomada de decisões concretas, não com fundamento em conceitos indeterminados, vazios, mas fulcradas no “pé pisando no barro”; diante de uma encruzilhada, escolher o melhor caminho a tomar, deve ser a medida mais adequada ao caso a partir dos dados de que se dispõe, com a sensibilidade de olhar ao longe, na tentativa de prever as consequências que advirão de cada alternativa. Isto, sem olvidar a motivação do ato decisório.

Já é tempo de virar a chave, superar o que a doutrina chama de “Direito Administrativo do Medo”. Diante do caso concreto, invariavelmente, o gestor público fica entre o medo de ser punido e a culpa por não ter tomado a melhor decisão para não prejudicar a coletividade, a administração e o administrado. “Se, por um lado, o medo traz a consequência de nos imobilizar diante do problema, nos cegando perante possíveis soluções, a culpa, por outro lado, nos coloca um peso que não nos permite chegar exatamente ao lugar onde deveríamos estar e ao lado de quem mais deveríamos estar próximos” (BONATTO, 2015).

Empresta-se o magistério de OLIVEIRA (2018), para sintetizar o efeito negativo da paralisia que o gestor se obriga em defesa própria e em detrimento do “aperfeiçoamento do ambiente normativo”:

Ocorre que, motivados por um quadro agudo de má conduta, piorado por uma atuação preventiva do controle interno não muito eficiente e pela atual preponderância de uma Agenda Anticorrupção, Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, Advocacias Públicas e Controladorias acabaram por ampliar e desenvolver suas atividades focando em um controle abertamente mais repressivo, preferencialmente voltado à punição do mau gestor. Entretanto, este hiperativismo do controle, ainda que compreensível, gerou um efeito extremamente perverso na gestão pública: a drástica redução da discricionariedade do gestor a níveis alarmantes, provocando uma verdadeira paralisia administrativa e, o que é pior, em situações cada vez mais correntes, a substituição do gestor pelo controlador público. Eis um dos fatores – não é o único, obviamente – que vem gerando uma perniciosa estagnação da Administração pública, aparentemente sem espaços para promoção de inovação, comprometendo demasiadamente o desenvolvimentismo que deveria pautar toda e qualquer atuação pública em um contexto desigual e subdesenvolvido como o brasileiro.

O maior risco de permanecermos inertes e não desatarmos este nó é o de deixar o cidadão cada vez mais descoberto e refém de decisões públicas que não levam em consideração seus direitos e garantias, porque mais preocupadas em operacionalizar um regime jurídico repressivo – o qual por certo deve ser levado em conta, mas não somente. Ademais disso, tais decisões não costumam avaliar as consequências diretas e indiretas do comando por elas emanado, sob o ponto de vista transformativo da qualidade da gestão pública, em um processo de permanente aderência da conduta do gestor à ética e ao direito (compliance), o que muitas vezes têm gerado respostas supressoras da discricionariedade administrativa, quando na verdade deveriam apresentar propostas de aperfeiçoamento do ambiente normativo e procedimental que valorizassem a autonomia decisória do gestor público.⁹

A norma estampada no art. 22 da LINB esclarece que, ao interpretar a lei, devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Obstáculos que sua concretude e imprevisibilidade não permitem, na maioria das vezes, que o legislador enxergue. Não se pode esperar do legislador um exercício de futurologia, ou que seja exerça sua função como um missionário com conteúdo e dons proféticos.

Como se pode verificar, as alternativas previstas na Lei nº 8.666, de 1.993, de suspensão, rescisão, readequação do cronograma físico-financeiro e revisão contratual, não oferecem a possibilidade de análise particularizada de cada caso no sentido de permitir a previsão das consequências de cada alternativa que advirão para as relações contratuais da Administração Pública com as empresas contratadas, e dessas com seus trabalhadores. Nem poderia adivinhar, pois a crise que se apresenta é inédita, impercetível pelo legislador mais diligente.

Nessa circunstância em que a crise do COVID-19 colocou os contratos administrativos e as relações trabalhistas vinculadas a ele, a Lei nº 8.666, de 1993, como se viu anteriormente, oferece muitos caminhos, mas nenhum “leva a Roma”, nenhum consegue resolver os problemas sociais e econômicos mais críticos causados, mais especificamente, a manutenção da atividade empresarial e dos empregos dos trabalhadores da construção civil.

É hora da criatividade. Hora de soluções que não estão nos manuais, não estão nas leis específicas que tratam das contratações públicas, muito menos encontram qualquer guarida nas jurisprudências.

O operador do direito não está órfão de fundamento legal: a LINDB oferece soluções que, pelas suas próprias características, não estão elencadas nas alíneas com *numerus clausus* ou *abertus*. Está na vida, nos autos, nas mãos dos gestores públicos.

Se as alternativas apresentadas pela Lei nº 8.666, de 1993 não são suficientes, a LINDB permite que outra seja escolhida, principalmente aquelas que proporcionem a continuidade das atividades empresarias da contratada e o emprego dos trabalhadores.

MOREIRA (2018), ao comentar o art. 30 da LINDB, o traduz como “chave de abóbada desse novo sistema de aplicação das normas de Direito Público que consolida a racionalidade dos antecedentes e permite sua eficácia prospectiva”. O autor ainda é taxativo quanto ao poder/dever de aplicação desta norma:

Como se pode constatar, a LINDB constitui todo um sistema de aplicação de normas de Direito Público, por meio da positivação de condicionantes de validade das decisões, lado a lado com os respectivos parâmetros de aplicabilidade. Ignorar ou desobedecer a LINDB é, sem dúvida alguma, um “erro grosseiro” (para aqui nos valeremos do respectivo art. 28).

DOMINGUES (2019) entende a manutenção do pagamento integral do contrato, mesmo sem que haja a respectiva prestação de serviços ou realizado de forma parcial, respaldado juridicamente no art. 20, e registra, na mesma linha que este trabalho defende, a posição dos Procuradores Federais da Advocacia-Geral da União, Rafael Sérgio de Oliveira e Daniel Barralsobre sobre esta possibilidade, frente ao cenário do COVID-19:

Pelo aspecto jurídico, em não havendo a contraprestação pelo contratado, a Administração Pública estaria impedida de realizar o pagamento;
A análise sob a perspectiva econômica deve considerar o papel do Estado como fomentador do desenvolvimento econômico do país. Assim, há que se ter um olhar para os impactos das medidas a serem adotadas e para o desemprego decorrente. Por outro lado, tais medidas podem esbarrar na longevidade da pandemia e na diminuição da arrecadação de receitas, que poderia impactar na continuidade da manutenção dos contratos de serviços terceirizados e os respectivos pagamentos às empresas contratadas; e
A respeito do argumento social, impacto decorrente das medidas econômicas e jurídicas adotadas, a proteção ao trabalhador com a manutenção do salário alcança a dignidade da pessoa humana, vez que ao perder o emprego a possibilidade de alocação em nova frente de trabalho pode estar seriamente comprometida.

A LINDB, assim traduz DINIZ (2018), reforça “a responsabilidade decisória da autoridade, diante da incidência de norma cujo conteúdo comporta mais de uma solução, visto que deverá motivar sua deliberação, demonstrando a necessidade da medida imposta ou da nulidade decidida, por não haver outra alternativa jurídica”. Nem sempre as soluções estão prontas e à disposição do gestor para que faça a subsunção.

Não se pode esperar um elenco de alternativas à manutenção dos contratos de obras e serviços de engenharia e as consequência das relações trabalhistas entre as contratadas e seus empregados, pois seria incoerente com o que dito anteriormente, uma vez que o caso concreto é que determinará o que melhor se adequa. Porém, pode-se pensar, além das alternativas já levantadas, em adiantamentos de pagamentos, manutenção dos valores relativos à remuneração dos empregados para uma futura compensação, entre outras. Toda medida que considere as consequências práticas da decisão e suas consequências jurídicas e

administrativas são bem vindas e têm guarida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Os intérpretes, via de regra, sejam eles dos órgãos de controle, da magistratura, do Legislativo ou mesmo da Advocacia Pública sonham com uma caixinha cheia de soluções prontas acabadas, um “lego” jurídico. Todavia, “viver é melhor que sonhar”.

Nada está na “caixinha”, não há um cardápio ou uma receita pronta. Para o conforto do operador jurídico, tudo estaria na lei. O ordenamento jurídico é um sistema e, como tal, vem se autorregulando, trazendo alternativas com novas normas e possibilidades de novo olhar sobre a lei, como é o caso da LINDB.

Não é ousadia apoiar-se nos fundamentos legais da LINDB, mas somente a demonstração de conhecimento e de capacidade de interpretar o que contém o ordenamento jurídico.

5. A ESPERANÇA DE UMA NOVA MUDANÇA: UM OUTRO REFLEXO DO COVID-19

Acredita-se, que após a crise que a COVID-19 instalou no Brasil, “uma nova mudança em breve vai acontecer”, que nada será como antes. “O que há algum tempo era jovem e novo”, inclusive as normas relativas a licitações e contratos e ao próprio Direito Administrativo, “hoje é antigo”.

Espera-se que esta crise traga novas consciências, novas posturas da Administração Pública, dos órgãos de controle, dos Legislativos, da Magistratura, do Ministério Público e da Advocacia Pública.

Nesses primeiros dias da crise, em relação às contratações públicas, pode-se perceber a necessidade de que haja mais confiança na decisão do gestor público, pois é sob os seus olhos que os problemas de revelam. Estes não ocorrem diante dos órgãos de controle, mas daquele que foi alçado à decidir, seja porque obteve o mérito por concurso, ou a população o escolheu, ou autorizou alguém a escolhê-lo. Mais confiança no gestor, não implica fechar os olhos aos malfeitos, mas saber separar o joio do trigo: não há só joio; não há só trigo.

Percebeu-se a necessidade de minorar os trâmites burocráticos, deixar de exigir aquilo que nunca influenciou uma boa contratação. Acredita-se que foi uma oportunidade de enxergar a necessidade da burocracia, porém apenas a suficiente.

Ao longo dos últimos anos, tem-se visto uma certa resistência a mudanças de leis que permitam novas tecnologias, ou novas formas de contratar. A exemplo da contratação integrada e semi-integrada, as quais sofreram e ainda sofrem resistência de todo tipo, incoerentes, com um discurso fácil e privados de embasamento científico.

Com a crise e a necessidade de se construir hospitais de forma rápida para enfrentar a questão do COVID-19 no seu ápice, empresas privadas se uniram e em São Paulo vão construir um hospital em 40 (quarenta) dias. Duas construtoras, aproveitando-se da expertise de uma delas, da cidade de Araucária, na Região Metropolitana de Curitiba, de construir obras em *woodframe* em tempo recorde, conseguirão este intento. Conseguirão, porque a contratação não é pública, porque não há amarras a impedir, há vontade e determinação de ter um hospital construído em tão pouco tempo para atender a comunidade dependente dele.

Há muitos meios de evitar malfeitos. Infelizmente argumentos inócuos não permitem, inclusive, por vezes, dos Tribunais de Contas. Exemplo desta postura é o da exigência de desconto linear nas planilhas orçamentárias. Mesmo sabendo que a adoção do critério de aceitabilidade pelo maior desconto linear é uma sistemática que deixa matematicamente impossível a existência de sobrepreço na proposta e, principalmente, em eventuais aditivos contratuais de acréscimos ou supressões de serviços, o que implica a impossibilidade, também, de malsinados jogos de planilha e de cronograma. Há julgados, felizmente não unânimes, que não admitem tal critério. Precisam conhecer melhor o comportamento do mercado da construção civil. Reconhecem-se posições, mesmo no TCU, que foram dadas com base no conhecimento também da Engenharia, além do Direito, como é o caso do Acórdão 1708/2019¹⁰ do Plenário que teve como relator o Ministro Benjamin Zymler.

Acórdãos dos Tribunais de Contas não são leis, não são normas, mas têm sido orientações que, muitas das vezes impedem a criação do Direito, a criatividade para soluções que proporcionem melhores contribuições à sociedade, provenientes de órgãos que, como regra, imobilizam o gestor público.

Juntamente com essa crise do COVID-19, que venham bons ventos, ventos frescos a soprar a favor de licitações e contratações de obras e serviços de engenharia mais rápidas, mais céleres de melhor qualidade.

Para isso, é preciso revisitar o Direito Administrativo, em especial as leis específicas para licitações e contratos. A visita deve ser de todos os envolvidos.

A todos aqueles que não sentem nem veem, não se pode deixar de dizer, nestas últimas linhas, que “uma nova mudança em breve vai acontecer, e o que há algum tempo era jovem e novo, hoje é antigo”.

Apela-se para a reflexão ao serem analisados os reflexos da COVID-19 nas contratações de obras e serviços de engenharia e perceber-se que “no presente, a mente, o corpo é diferente. E o passado é uma roupa que não nos serve mais”

¹⁰ Segundo o e. Ministro Benjamin Zymler, “embora se exija ainda maior qualidade da estimativa orçamentária elaborada pela Administração, **a utilização de tal critério deveria ser incentivada, na medida em que representa ganho de eficiência às contratações públicas e mitiga o risco da ocorrência do jogo de planilha**”.

“Precisamos todos rejuvenescer” (BELCHIOR (1976): a Administração Pública, a Magistratura, o Ministério Público, os Tribunais de Contas e a Advocacia Pública. Todos!

REFERÊNCIAS

- BELCHIOR, A. C. G. *Alucinação*. Rio de Janeiro: Polygram/Philips, 1976. 1 LP.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Obras de Infraestrutura e Setor Públicos perdem participação na indústria da construção*. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24626-paic-2017-obras-de-infraestrutura-e-setor-publico-perdem-participacao-na-industria-da-construcao>. Acesso em: 28/03/2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 40/2012, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.708 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas* / Tribunal de Contas da União. – 3. ed. Brasília : TCU, SecobEdif, 2013.
- BONATTO, Hamilton. *Critérios éticos para Construção de Edifícios Públicos Sustentáveis*. Curitiba: Negócios Públicos, 2015.
- BONATTO, Hamilton. *Governança e Gestão de Obras Públicas: do planejamento à pós-ocupação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- DINIZ, Maria Helena. *Artigos 20 A 30 Da LINDB como Novos Paradigmas Hermenêuticos do Direito Público, Voltados à Segurança Jurídica e à Eficiência Administrativa*. Revista Argumentum – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 305-318, Mai.-Ago. 2018.
- DOMINGUES, João Luiz. *COVID-19 E os impactos nos Contratos Administrativos de Serviços Terceirizados com Dedicção Exclusiva de Mão de Obra*. Disponível em: http://www.licitacaoecontrato.com.br/artigo_detalhe.html.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Art. 30 da LINDB. O dever público de incrementar a segurança jurídica. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), Nov. 2018.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino. Hiperativismo do controle versus inércia administrativa. Governança pública e novos standards interpretativos como caminhos para a renovação do Direito Administrativo. blogdojustino.com.br, 1