

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE (UERN)
FACULDADE DE DIREITO (FAD)

MARIA DE FÁTIMA LOPES DA SILVA

REPERCUSSÕES DA COVID-19 NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PARECERES
JURÍDICOS DA PROCURADORIA FEDERAL NA
UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO (UFERSA)

MOSSORÓ
2021

MARIA DE FÁTIMA LOPES DA SILVA

REPERCUSSÕES DA COVID-19 NOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS:
UMA ANÁLISE À LUZ DOS PARECERES JURÍDICOS DA
PROCURADORIA FEDERAL NA UNIVERSIDADE FEDERAL
RURAL DO SEMIÁRIDO (UFERSA)

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.Dr.Raimundo Márcio Ribeiro Lima

MOSSORÓ
2021

© Todos os direitos estão reservados a Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do(a) autor(a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu(a) respectivo(a) autor(a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

S586r Silva, Maria de Fátima Lopes
REPERCUSSÕES DA COVID-19 NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PARECERES JURÍDICOS DA PROCURADORIA FEDERAL NA UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO (UFERSA). / Maria de Fátima Lopes Silva. - Mossoró, 2021.
83p.

Orientador(a): Prof. Dr. Raimundo Márcio Ribeiro Lima.
Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

1. Modificações Contratuais. 2. Imprevisibilidade. 3. Desequilíbrio econômico-financeiro. 4. Direito provisório. 5. Consensualidade administrativa. I. Lima, Raimundo Márcio Ribeiro. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

MARIA DE FÁTIMA LOPES DA SILVA

REPERCUSSÕES DA COVID-19 NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
UMA ANÁLISE À LUZ DOS PARECERES JURÍDICOS DA
PROCURADORIA FEDERAL NA UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO
SEMIÁRIDO (UFERSA)

Monografia apresentada à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN – como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof.Dr. Raimundo Márcio Ribeiro Lima
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
(Orientador)

Prof. Me. Edigleuson Costa Rodrigues
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof.Me. Giovanni Weine Paulino Chaves
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter saúde, energia e pessoas maravilhosas ao longo dessa jornada!!

Aos meus pais, por tudo que fizeram por mim.

Aos meus avós, João Moura e Luzia Filgueira, por todo carinho e apoio.

A Bruno Maximiliano, que sempre foi muito mais que um irmão, agradeço pela amizade, compreensão e por sempre acreditar em mim.

Às minhas queridas tias, Marileide e Socorro, pelo cuidado e carinho que sempre demonstraram.

Às minhas irmãs e meus primos, especialmente aos que estiveram mais próximos, Paula e Wênia, sou muito grata pela relação de confiança e pelos produtivos diálogos mantidos.

À Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, por possibilitar o conhecimento e pela oportunidade de participar de atividades fundamentais para o meu amadurecimento acadêmico, profissional e pessoal.

Ao meu Orientador, Professor Márcio Ribeiro, agradeço por ter aceito a orientação, pelos empréstimos dos seus livros, pela disponibilidade, pela confiança, pelas revisões da monografia, pelas indicações de leituras necessárias, e pela sua constante atenção com seus alunos. Minha gratidão!

Meus sinceros agradecimentos aos professores e mestres da nossa Universidade, Edigleuson Costa Rodrigues e Giovanni Weine Paulino Chaves, gentilmente, aceitaram participar da minha banca de monografia.

Aos professores da Faculdade de Direito da UERN, que tanto me instigaram, inspiraram e contribuíram na aquisição de conhecimentos.

Aos professores do Projeto de Extensão "Socializando o Direito", especialmente Denise Vasconcelos, Socorro Diógenes e Emanuel Melo.

À Professora Fernanda Abreu, pelas maravilhosas aulas, dedicação, bondade, paciência e carinho nas orientações das disciplinas de Prática Jurídica II e de Trabalho de Curso I.

À Professora Veruska Góis, pelo acolhimento proporcionado logo no início do curso e por nos fazer refletir e despertar para o Direito real do dia-dia, sou muito grata por isso e

jamais esquecerei suas valiosas lições transmitidas nos componentes curriculares de Introdução ao Direito, Bioética e Ciência Política.

À Professora Rosimeiry Florencio, pelo seu atencioso acompanhamento nas minhas atividades desenvolvidas como monitora da disciplina de Responsabilidade Civil.

À Professora Elissandra Barbosa, por ter me apresentado aos métodos consensuais de resolução de conflitos, e pela oportunidade que me foi concedida de participar do Curso de Capacitação em Mediação e Conciliação no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

A todos os servidores e funcionários da UERN, especialmente Verônica Carlos e Aline Farias, por sempre terem facilitado nossa vida acadêmica, ao longo desses cinco anos, meu agradecimento por todo o apoio que me foi dado no decorrer da faculdade. Sem dúvida, são servidoras incríveis e merecedoras de todo reconhecimento.

Minha gratidão aos servidores da Procuradoria Federal na UFERSA, Priscilla Even e Willione Pinheiro, pelo agradável convívio, pela atenção dada aos estagiários, pela amizade e o carinho de vocês. Toda minha admiração pelo trabalho de vocês!

Também registro meus agradecimentos aos colegas e companhias queridas que estiveram presentes em nossas manhãs e tardes na PF/UFERSA: Vera, Gardel, Rose, Mayra, Vanessa, Valéria.

Sou muito feliz por ter realizado estágio junto a uma equipe tão maravilhosa como a da Procuradoria Federal na UFERSA. Foram dois anos de vivência da aplicação do direito na Administração Pública Federal. Experiência bastante rica e apaixonante, em que tive contato direto com processos e questionamentos jurídicos desafiantes.

Agradeço, ainda, ao Procurador Federal Márcio Ribeiro, pelo incentivo ao conhecimento através das primeiras leituras indicadas assim que cheguei à PF, pela acessibilidade em sanar dúvidas e orientar, pelos seus *feedback* nas minhas tarefas de estágio, pela sua gentileza, e também sou grata por viabilizar a utilização de documentos da Procuradoria para a pesquisa.

Por fim, minha gratidão a todos os colegas que estudaram comigo na FAD, especialmente Luzianna Moraes, Dione Nascimento, Graciela Filgueira, Gilberliane Mayara, Hélio Filho, Nara Lívia, José Augusto, Ana Paloma e Pâmela Mirelle, com os quais compartilhei incontáveis alegrias e também aflições nessa jornada na UERN.

Meu muitíssimo obrigada!!!

RESUMO

A pesquisa traz as repercussões da COVID-19 nos contratos da Administração Pública Federal. Tendo em vista os desdobramentos da política nacional de enfrentamento e combate ao coronavírus. A pesquisa teve como objetivo central compreender os efeitos da COVID-19 nos contratos administrativos, além traçar um panorama das consequências legais e as principais categorias jurídicas utilizadas nos pareceres da Procuradoria Federal na UFERSA, ao longo de 2020, na redução dos prejuízos gerados nas contratações da Universidade. Também, são objetivos específicos deste trabalho a compreensão da legalidade extraordinária aplicada aos contratos da Administração Pública, bem como a análise dos processos administrativos e pareceres da PF/UFERSA. Note-se que a metodologia empregada pela pesquisa foi a do tipo exploratória, com uma abordagem qualitativa do tema; utilizou-se, ainda, o método hipotético-indutivo, acompanhado das técnicas de pesquisa bibliográfica, com a utilização de livros, artigos científicos, leis e documentos; além do estudo de caso, que é importante estratégia na abordagem desse tipo de pesquisa. Os resultados encontrados na pesquisa foram os desequilíbrios e inexecuções, bastante comuns aos contratos de concessões e de prestação de serviços de mão-de-obra terceirizada. Todavia, as peculiaridades de cada contrato definiram a utilização do tipo de norma adequada. No caso das concessões, a gestão obteve soluções ágeis e inteligentes com normas anteriores à pandemia. Constatou-se que o art. 37, XXI, da CRFB, foi uma importante norma para fundamentar as alterações nas contratações administrativas, e especialmente nas concessões. Já nos contratos de serviços de mão-de-obra terceirizada, as normas provisórias em comunhão com os institutos jurídicos tradicionais possibilitam decisões condizentes com a realidade dos envolvidos. Ainda, viu-se o empenho administrativo em solucionar conflitos através de uma perspectiva casuística destes, bem como por meio de estratégias negociais, as quais traduzem benefícios para todas as partes contratuais. E, ainda, a justa adequação de interesses foram materializados por meio de acordos consensuais entre as partes interessadas. Logo, a integração de normas viabilizaram e legitimaram uma atuação da Administração pública mais pautada na consensualidade administrativa.

Palavras-chave: Modificações Contratuais. Imprevisibilidade. Desequilíbrio econômico-financeiro. Direito provisório. Consensualidade administrativa.

ABSTRACT

The research brings the repercussions of COVID-19 in Federal Public Administration contracts. In view of the unfolding of the national policy to fight and combat the coronavirus. The main objective of the research was to understand the effects of COVID-19 on administrative contracts, in addition to providing an overview of the legal consequences and the main legal categories used in the opinions of the Federal Attorney at UFERSA, throughout 2020, in reducing the losses generated in contracts of the University. Also, the specific objectives of this work are the understanding of the extraordinary legality applied to Public Administration contracts, as well as the analysis of the administrative processes and opinions of the PF/UFERSA. Note that the methodology used in the research was the exploratory type, with a qualitative approach to the topic; the hypothetical-inductive method was also used, accompanied by bibliographic research techniques, with the use of books, scientific articles, laws and documents; in addition to the case study, which is an important strategy in approaching this type of research. The results found in the research were imbalances and non-execution, quite common to contracts for concessions and the provision of outsourced labor services. However, the peculiarities of each contract defined the use of the appropriate type of standard. In the case of concessions, the management obtained agile and intelligent solutions with pre-pandemic norms. It appears that art. 37, XXI, of the CRFB, was an important rule to support changes in administrative contracts, and especially in concessions. On the other hand, in outsourced labor service contracts, the provisional rules in communion with the traditional legal institutes allow decisions consistent with the reality of those involved. Furthermore, the administrative effort to resolve conflicts was seen through a case-by-case perspective, as well as through negotiating strategies, which translate into benefits for all contractual parties. Furthermore, the fair adequacy of interests was materialized through consensual agreements between the interested parties. Therefore, the integration of norms made viable and legitimized a performance of the Public Administration more based on administrative consensus.

Keywords: Contractual Modifications. Unpredictability. Economic and financial imbalance. Provisional duty. Administrative consensus.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia Geral da União
ANVISA	Agência Brasileira de Vigilância Sanitária
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
EC	Emenda Constitucional
ESPIN	Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional
FIOCRUZ	Fundação Oswaldo Cruz
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada
IFES	Instituições Federais de Ensino Superior
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MS	Ministério da Saúde
MP	Medida Provisória
OMS	Organização Mundial da Saúde
OPAS	Organização Pan-Americana da Saúde
PF	Procuradoria Federal
PGF	Procuradoria-Geral Federal
PROAD	Pró-Reitoria de Administração
RN	Rio Grande do Norte
SUS	Sistema Único de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UFERSA	Universidade Federal Rural do Semiárido
UERN	Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PANDEMIA DA COVID-19 E SEUS EFEITOS NO BRASIL	13
2.1	PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL	15
2.2	MEDIDAS INSTITUCIONAIS NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA.....	23
3	DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL E LEGALIDADE EXTRAORDINÁRIA....	27
3.1	DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	28
3.1.1	Contratos de concessões e prestações de serviços de mão-de-obra terceirizada....	31
3.2	DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO À LEGALIDADE EXTRAORDINÁRIA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	35
3.2.1	Novas regras para velhos contratos	40
4	EFEITOS DA PANDEMIA NAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS DA UFERSA	46
4.1	ENTENDENDO OS CONTRATOS SUBMETIDOS À DISCIPLINA DA EXTRAORDINARIDADE JURÍDICA NA UFERSA	48
4.2	CATEGORIAS JURÍDICAS UTILIZADAS NOS PARECERES DA PROCURADORIA FEDERAL	51
4.2.1	Dos pareceres jurídicos.....	52
4.2.2	Análise dos pareceres da PF/UFERSA.....	54
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
	REFERÊNCIAS	69
	ANEXOS.....	72

1 INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19 é, sem dúvida, um marco na história contemporânea, haja vista o impacto gerado na humanidade. Em nenhum outro período da história recente houve um evento tão ameaçador à vida e demandando tantos esforços das nações em um curto de espaço de tempo. No Brasil, os efeitos dessa pandemia não cessam, pouco se sabe quando tudo isso realmente irá acabar. Os efeitos da COVID-19 alteraram para sempre nossas vidas, a forma como pensamos e resolvemos problemas, as estruturas políticas, administrativas e jurídicas do país. Aliás, em alguns períodos, são milhares de mortes cotidianamente, hospitais com ocupações no limite da capacidade, estabelecimentos comerciais parados, trabalhadores sem emprego e o serviço público diante do maior desafio desde a Constituição de 1988.

Nessa toada, o enfrentamento do vírus instituiu o Estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), por meio da Portaria do Ministério da Saúde nº 188, de 3 fevereiro de 2020¹, ou, no que se revela mais importante a esta investigação, um novo direito provisório, principalmente após a decretação do estado de calamidade pública federal, em 20 de março de 2020. A partir disso, teve-se então o início de medidas restritivas de circulação de pessoas no âmbito dos estados e municípios, assim, a pandemia gerou um verdadeiro caos na prestação de serviços públicos em órgãos e instituições vinculadas, bem como no desenvolvimento de um estado de prestações positivas por parte dos governos, sobretudo do governo federal.

Nesse cenário, a pandemia também colocou em discussão o velho dilema de ingerência estatal sobre os direitos individuais; os limites da autonomia dos entes federativos e o nível de engajamento da população. Porém, a pergunta que se impõe aqui é: o que aconteceu com os contratos vigentes quando se iniciou a pandemia da COVID-19? Nosso objetivo central é analisar as consequências legais e as principais categorias jurídicas utilizadas para minimizar os efeitos da COVID-19 nos contratos administrativos à luz dos pareceres jurídicos da Procuradoria Federal na UFERSA; especificamente daqueles contratos de concessões e de prestação de serviço de mão-de-obra terceirizada que sofreram impactos ao longo de 2020, na Universidade Federal Rural do Semiárido, autarquia especial de ensino com o campus central situado em Mossoró/RN.

¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 10 maio 2021.

Para isso, são também objetivos da pesquisa o estudo das leis federais e recomendações superiores que tratam das alterações contratuais na Administração pública; as decisões políticas e administrativas da Universidade no enfrentamento à COVID-19; os questionamentos da Administração para a tomada de decisões nas modificações dos contratos, e as principais categorias jurídicas utilizadas nas fundamentações dos pareceres jurídicos da Procuradoria Federal na UFERSA (PF/UFERSA) que minimizam prejuízos nas revisões contratuais no período da COVID-19.

A escolha do tema objeto da pesquisa se deu em razão da curiosidade em compreender a rotina jurídico-administrativa em que esses contratos administrativos estão imersos, especialmente no tocante às modificações na execução desses contratos e nas implicações sociais e econômicas para as empresas e funcionários vinculados; a inserção da cláusula constitucional de reequilíbrio econômico-financeiro e o fenômeno da normatividade extraordinária.

Nessa perspectiva, a relevância teórica desta investigação é de trazer a dinâmica operacional das normas jurídicas aplicadas ao contexto prático da Administração pública, bem como traçar alguns parâmetros jurídicos que a Procuradoria Federal na UFERSA utilizou como fundamentos em seus pareceres para servir de orientação técnica à área administrativa da Universidade. E a relevância prática da pesquisa é no sentido de servir como fonte de estudo para aqueles que tenham interesse no assunto.

Na pesquisa haverá um foco qualitativo na busca de informações, já que há a coleta de dados para análise, sem a preocupação de se quantificar, pois prevalece na investigação a qualidade das informações obtidas, note-se que “nos estudos qualitativos é possível desenvolver perguntas e hipóteses antes, durante e depois da coleta e da análise dos dados” (SAMPIERI; COLLADO; LUCIO, 2013, p. 33).

Assim, através de uma abordagem exploratória (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017, p. 99), busca-se compreender como se deram os efeitos jurídicos da pandemia da COVID-19 nos contratos administrativos. Ademais, o método utilizado é o hipotético-indutivo, haja vista que este traz a utilização de uma lógica na qual o raciocínio de fatos particulares resulta em uma conclusão genérica, porquanto a indução projeta-se na análise de situações bem delimitadas para contextos gerais (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017, p. 41).

Assim, uma das técnicas utilizadas na pesquisa é a bibliográfica, em que recorreu-se a autores clássicos e contemporâneos, fazendo uma interface de perspectivas jurídicas. Na

abordagem dos primeiros, a percepção é em abstrato, ou seja, sem a influência do contexto da pandemia, como em Di Pietro (2020) Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), Marçal Justen Filho (2017) e; já para os outros, Jacoby Fernandes *et al.* (2020), e, ainda, Marçal Justen Filho (2020) e a percepção jurídica do desequilíbrio contratual é carregada da pressão do momento presente, porém, não destituída de tecnicidade e cientificidade jurídicas. Ademais, foram também utilizados na pesquisa outros documentos institucionais e processos administrativos para uma melhor compreensão da conjuntura pandêmica na UFERSA.

Outro método utilizado é o monográfico ou estudo de caso, que é um método de procedimento (GOODY, 2020). O estudo de caso é uma técnica que visa observar fenômenos de maneira mais concreta, como na análise dos pareceres jurídicos e processos para o entendimento dos efeitos jurídicos nos contratos administrativos. Ainda, para Henriques e Medeiros (2017, p. 51), esses fenômenos possuem representatividade, em que os conhecimentos adquiridos possam representar um todo.

Nessa perspectiva, Robert. Yin nos diz que “[...] o estudo de caso permite uma investigação para se preservar as características holísticas e significativas dos eventos da vida real”(YIN, 2001, p. 21). Ademais, permite uma visão mais ampla e interdisciplinar das disciplinas jurídicas, em que se vislumbra, notadamente, a comunhão do Direito Administrativo com o Direito do Trabalho, e sempre com a intermediação do Direito Constitucional.

Dessa forma, o estudo de caso surge da necessidade de compreender “como” e “por que” desses fenômenos complexos e contemporâneos (YIN, 2001, p. 24), sempre através da observação direta, mas sem a possibilidade de alterar resultados. Destaque-se, ainda, a percepção de Yin (2001, p. 32): “[u]m estudo de caso é uma investigação empírica que [...] investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real, especialmente quando [...] os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos”.

É com essa base que a análise procura contribuir no entendimento das consequências da pandemia nos contratos administrativos que já seguiam um regime jurídico determinado, no entanto, com a COVID-19 teve de se adequar à nova realidade projetada em emergência.

Assim, o trabalho da pesquisa é dividido em quatro capítulos. O primeiro é a introdução ao tema, com a apresentação da metodologia, as técnicas de pesquisa e informações gerais sobre o assunto. Já o segundo, traz um panorama da pandemia da COVID-19 no Brasil, notadamente, as principais implicações sociais, econômicas, políticas e jurídicas. O terceiro capítulo apresenta o instituto do contrato administrativo, bem como as teorias que fundamentam a cláusula do equilíbrio econômico-financeiro (art.37, inciso XXI,

da CRFB) e a inovação legislativa acerca dessas contratações vigentes em período da pandemia da COVID-19. E, no quarto capítulo, aborda-se a análise dos reflexos da pandemia nos contratos administrativos da UFERSA, tendo como recorte temático a perspectiva dos pareceres jurídicos da Procuradoria Federal na Universidade.

Por último, a Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, não é abordada na monografia por se tratar de um diploma legal de aplicação facultativa, como prevê o art. 193, inciso II, da nova legislação. Ademais, o objeto de análise da pesquisa relaciona-se com a disciplina normativa da Lei nº 8.666/1993, que, ainda, continua com suas normas vigentes.

2 PANDEMIA DA COVID-19 E OS PRINCIPAIS EFEITOS NO BRASIL

Em dezembro de 2019, na província de Wuhan, na China, descobriu-se a existência de um vírus que provoca uma doença com alto poder de contágio e sérias complicações de saúde nos seres humanos, conforme informou a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS, 2021). Assim, em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) identificou esse vírus como um surto de Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, denominando-o de novo coronavírus, que, oficialmente, a doença passou a ser chamada de COVID-19.

Deve-se destacar que a COVID-19 é uma doença caracterizada por sintomas que oscilam entre febre, dor de garganta, tosse, perda de paladar ou olfato, e, em alguns pacientes, até pneumonia, que é manifestação mais severa da enfermidade; esses sintomas podem ser concomitantes ou não, segundo a Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ, 2021). Importa trazer também que transmissão desse vírus se dá através de meras secreções contaminadas, como gotículas de saliva e tosse (FIOCRUZ)², o que sem dúvida, torna a doença de elevado risco de contágio.

Nesse contexto de elevado risco à saúde pública internacional, as autoridades públicas mundiais e órgãos internacionais passaram a adotar políticas rígidas de prevenção e combate ao vírus. Alterando, assim, profundamente o ritmo de vida da população mundial, haja vista as significativas restrições de circulação de pessoas em espaços públicos, eventos

² Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/como-o-coronavirus-e-transmitido>. Acesso em: 06 mar. 2021.

culturais, suspensão de aulas presenciais e atividades de ensino, e até mesmo o fechamento de todas as atividades econômicas e serviços que não são essenciais (MARQUES; SILVEIRA; PIMENTA, 2020), tudo como uma forma de reduzir a propagação do vírus e haver efetivamente o controle sanitário pelas autoridades públicas competentes.

Em 11 de março de 2020, a OMS caracteriza a COVID-19 como uma pandemia, ou seja, como um fenômeno em escala global (MARQUES; SILVEIRA; PIMENTA, 2020, p. 240). Insta dizer que, para fins deste trabalho, pode-se entender a pandemia como uma epidemia que atinge grandes proporções territoriais, indo além de um continente, a saber, trata-se de uma doença que não se limita a determinada população, mas que é disposta entre diferentes povos de países e lugares (REZENDEa, 1998).

Cumprir registrar que a COVID-19 é uma doença que possui efeitos variáveis entre os pacientes; de um lado, estudos têm demonstrado que alguns fatores genéticos, como problemas respiratórios graves³ e como o histórico de doenças crônicas como obesidade, diabetes e problemas cardiovasculares são determinantes no agravamento ou não no quadro clínico do paciente, conforme alerta da OMS (2020); por outro lado, há diagnósticos de muitos pacientes com sintomas leves ou mesmo nenhum sintoma, como ocorre com os assintomáticos. Até recentemente, a OPAS (2020) confirmava que cerca de 80% (oitenta por cento) dos pacientes que testaram com o vírus conseguiam ter uma recuperação da doença sem precisar ser submetido a tratamento hospitalar mais elaborado.

Entretanto, ainda que exista um alto índice de pacientes recuperados, a COVID-19 tem causado elevado número de óbitos no mundo todo, trata-se de um concreto risco à saúde e à vida das pessoas (JUSTEN FILHO, 2020). Não deixa de ser relevante que o vírus tem se tornado cada vez mais mutável, à medida que a disseminação aumenta, ocasionando, assim, o surgimento de novas variantes, como foi identificado, no início de janeiro de 2021, no estado do Amazonas. Consoante a Nota Técnica nº 59/2021 do Ministério da Saúde⁴ (fl. 04), os estudos preliminares apontam que a nova variante do coronavírus possui uma carga viral mais elevada e com maior capacidade de transmissibilidade entre os seres humanos, ademais, apontou também algumas evidências de reinfecções dessa nova variante.

Por tudo isso, deve-se atentar para as recomendações dos profissionais da saúde e das autoridades públicas, no sentido de que a forma mais prudente para reduzir o contágio é através vacinação em massa da população; e, de forma imediata, que por sua vez, guarda

³ Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41586-020-2521-4>. Acesso em: 06 mar. 2021.

⁴MINISTÉRIO DA SAÚDE. Nota Técnica nº 59 de 2021, Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/fevereiro/02-1/nota-tecnica-recomendacoes-quanto-a-nova-variante-do-sars-cov-2-no-brasi.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2021.

relação com a consciência individual, é via isolamento social; evitar o contato pessoal próximo; manter a higienização das mãos e o uso obrigatório de máscaras em lugares públicos com interações sociais (FIOCRUZ, 2021).

2.1 PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

Em 03 de fevereiro de 2020, o governo federal publicou no Diário Oficial da União (DOU) a Portaria nº 188/20 declarando a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN. Em termos oficiais, essa portaria representa o marco inicial de atos normativos tratando de uma política nacional de prevenção e combate ao vírus no Brasil. E também foi um importante prenúncio do que estava por vir ao país, não tardou para ser confirmado no Brasil o aparecimento do primeiro caso de infecção pelo coronavírus, que foi registrado no Hospital Albert Einstein, em São Paulo⁵. Segundo os relatos jornalísticos, tratava-se de um homem de 61 anos que estava voltando da Europa e testou positivo para vírus no estado; em seguida, viu-se a multiplicação de casos e óbitos pelo país.

Assim, o novo coronavírus passou a provocar imensuráveis e irreparáveis danos humanos, sociais e econômicos ao Brasil. O primeiro e maior dano possível atingiu ao direito fundamental à vida, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB)⁶.

Acerca deste direito, José Afonso da Silva (2005, p. 197) faz a reflexão de que o direito à vida não deve ser considerado apenas no sentido biológico de autoatividade funcional, de matéria orgânica, mas, também na acepção biográfica, de identidade enquanto indivíduo, com personalidade singular e única de uma pessoa humana. Nesse sentido, o mesmo jurista esclarece:

A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). [...] Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos (SILVA, 2005, p. 198).

⁵Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/02/26/ministerio-da-saude-coronavirus-brasil-primeiro-caso-contraprova.htm>. Acesso em 06 mar. 2021.

⁶ Nome oficial da Constituição Brasileira de 1988.

Compreende-se a partir do trecho transcrito que o direito à vida é elementar no sistema jurídico brasileiro, pois constitui a fonte originária, ou melhor, o princípio para a aquisição de outros direitos fundamentais. Em razão disso, deve o estado por meio de suas estruturas governamentais buscar garantir a proteção efetiva desse direito.

Nessa toada, é razoavelmente perceptível que a garantia do direito à saúde e não apenas em sentido individual, mas na dimensão coletiva desse direito fundamental e social (art. 6º, *caput*, da CRFB), representa, sem dúvida, uma das formas mais eficazes de assegurar o direito à vida das pessoas; não podendo estado nenhum negligenciar ou se omitir na concretização desses direitos. Nesse contexto, com o intento de mitigar a propagação da COVID-19 e a crescente e concomitante necessidade de atendimentos hospitalares por todo país, adotou-se políticas rígidas para evitar aglomerações e poder reduzir a disseminação do vírus nas cidades e municípios brasileiros.

Assim, o Poder Executivo federal promulgou, em 06 de fevereiro de 2020, a Lei nº 13.979, uma lei específica com procedimentos objetivos e orientações gerais de atuação dos entes federativos, sobretudo da União, para o enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) decorrente do novo coronavírus (FERNANDES *ET AL.*, 2020, p. 26).

Com o advento da Lei 13.979/2020, as primeiras ações seguidas pelo país são as medidas de caráter compulsório, como a realização de exames médicos e testes laboratoriais; o uso obrigatório de máscaras de proteção individual em espaços públicos; entre outras medidas profiláticas relevantes para reduzir o contágio viral.

Adotou-se ainda, com respaldo na norma federal, outras medidas temporárias e também extremas de como o fechamento de portos, aeroportos e fronteiras em todo o país, além da autorização excepcional de importação de produtos, medicamentos, equipamentos e insumos na área da saúde sem o devido registro na Agência Brasileira de Vigilância Sanitária (ANVISA), porém, desde de que o tratamento tenha registro de autoridade competente no exterior, conforme prevê o artigo 3º, inciso VIII da Lei 13.979/2020.

Ademais, ainda como medidas sanitárias, o Brasil estabeleceu algumas políticas internas com determinadas restrições de direitos, a exemplo do isolamento e da quarentena, tal como determina o art. 3º, *caput*, incisos I e II da Lei 13.979/2020. Em que o isolamento é definido (art. 2º, inciso I) como sendo a separação de pessoas doentes ou objetos contaminados para evitar o contágio e a propagação do vírus; já a quarentena (art.2º, inciso II), para as pessoas com suspeitas de contaminação e para restrição das atividades (FERNANDES *ET AL.*, 2020, p. 36).

A despeito de eventual relutância no cumprimento dessas decisões médicas, ganha espaço o poder de polícia da administração pública, caso haja necessidade. Como exemplifica o professor Jacoby Fernandes *et al.* (2020, p. 36):

[...] O direito de recalcitrância para cumprir a ordem médica foi definido em lei como causa suficiente para ensejar, também, e, em alguns casos, tão somente a responsabilidade civil e administrativa. Nesse momento, sobressai a lei guiando a sociedade, em harmonia com recomendações sanitárias nacionais e internacionais.

Dessa forma, a natureza inédita do evento e a exponencial progressão do vírus, que exigem decisões ágeis e acertadas parte de governantes ou gestores, perdeu-se o assim o sentido inicial da quarentena, logo “a quarentena foi imposta, de forma generalizada, com fechamento de estabelecimentos, seguida de abertura, com início de disputas judiciais. A quarentena de restrição às atividades ficou numa provocativa discussão entre saúde e economia” (FERNANDES *ET AL.*, 2020, p.36).

Efetivamente, essas últimas medidas foram as que mais suscitaram discussões políticas e jurídicas quanto à legitimidade de determinar isolamento pelos demais entes federativos. Ocorre que, posteriormente, a União, por meio da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020, alterou alguns aspectos desta lei; dentre os quais e que interessam para fins da pesquisa, estão aqueles em que ficou estabelecido como de competência do governo federal o poder de limitar a locomoção e circulação de pessoas, bem como a competência legiferante de definir o que seja os serviços e atividades essenciais ao país.

Não obstante, questionou-se a legalidade dessa MP, pois alegou-se possível violação à autonomia administrativa-política dos demais entes da Federação. Dessa forma, ajuizou-se⁷ a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF perante o Supremo Tribunal Federal (STF) requerendo a declaração de inconstitucionalidade parcial das alterações promovidas pela MP, em que sustentou-se pela incompatibilidade de dispositivos da Constituição Federal com esta Medida Provisória, especificamente quanto ao art. 3º, caput, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, da Lei federal nº 13.979/20, defendeu-se na ação que a União estava tomando para si as competências do poder de polícia sanitária demais entes da República.

À guisa de conclusão da ADI, o STF decidiu que a Lei nº 13.979/20 não compromete a autonomia dos estados e municípios, tendo em vista que a lei federal em questão deve ser

⁷ No caso, a parte autora foi o Partido Político Democrático Trabalhista (PDT). Partido político é legitimado para Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103, inciso VIII da CRFB.

interpretada como uma norma geral, em coerência com sistema de competência legislativa concorrente dos entes em questão de saúde (art. 23, inciso II, da CRFB). Portanto, com fundamento no princípio federativo da República Brasileira, previsto no art. 1º da Constituição Federal, reforçou-se a autonomia de cada ente federativo na adoção de medidas adequadas para o enfrentamento à COVID-19.

Destaca-se, ainda, que a predominância do interesse é que orienta a repartição de competências entre os entes. Assim, é cabível a atuação da União (art. 24, inciso XII, parágrafo 1º) quando se tratar de interesse geral; dos estados é cabível para os interesses regionais; e para os municípios os interesses locais, sempre tendo como parâmetro o interesse afeto destes entes (BULOS, 2014, p. 979).

Nesse ponto, é pertinente refletir que muito embora só agora tenham sido intensamente ampliados, os conflitos que permeiam o pacto federativo não são um problema exclusivo deste período de pandemia. Ressalta-se que é de longa data a divergência acerca dos limites de atuação de cada unidade federativa, porquanto a Carta Magna de 1988 trouxe relevantes competências e atribuições comuns aos entes federativos, inclusive com o fator da crescente descentralização administrativa dos serviços de importância social (SILVA, 2005). A partir de então, debate-se acerca da autonomia das unidades que integram o Estado federativo.

Autonomia, como é entendida pelo jurista José Afonso, é “governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal” (SILVA, p.100). Desse modo, é interessante observar dois elementos básicos que compõem a autonomia federativa brasileira, Silva, loc. Cit:

(a) na existência de órgãos governamentais próprios, isto é, que não dependam dos órgãos federais quanto à forma de seleção e investidura; (b) na posse de competências exclusivas, um mínimo, ao menos, que não seja ridiculamente reduzido. Esses pressupostos da autonomia federativa estão configurados na Constituição (arts.18 a 42).

Ou seja, a autonomia traduz-se na liberdade que o ente tem de atuar nos limites de sua jurisdição territorial e política, sem a ingerência dos demais entes, porém, sempre equilibrado no sistema cooperativo entre as outras unidades da República. À vista disso, dosar na condução de programas de políticas públicas, programadas no texto constitucional, em uma situação como a da saúde, é de imenso refinamento prático, já que “o nível de **execução** ficou, como é no Brasil desde a Lei nº 8.080/1990, à cargo do Município, sob **coordenação** do Estado federado e coordenação e suporte financeiro da União Federal” (FERNANDES *ET AL.*, 2020, p. 26). Não raro, prevalecem as dificuldades na garantia da concretização do direito fundamental à saúde.

Outrossim, a repartição de competência além de ser a base do sistema federativo, é também, e justamente o que torna a estrutura estatal tão complexa aos estudiosos que se debruçam no assunto (SILVA, 2005). Dada a complexidade dessa estrutura, as indefinições nos encargos dos entes na prestação dos serviços públicos, em especial as prestações vinculadas aos direitos sociais, já que é exatamente em razão disso que se sustentam parcela dos conflitos do federalismo brasileiro, como defende Rezende (2016). Ademais, é acertado perceber que um dos fundamentos utilizados pelo autor é retirado da própria Constituição note-se:

O parágrafo único do artigo 23 atribui a uma lei complementar a competência para fixar normas para a cooperação entre União, estados, Distrito Federal e municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. No entanto, apesar de várias discussões a respeito, essa lei complementar nunca chegou a ser editada, o que revela a dificuldade de estabelecer regras nacionais para lidar com a diversidade de situações e a complexidade envolvida na organização da prestação de serviços públicos no Brasil (REZENDE, 2016, p.67).

Não obstante as dificuldades enfrentadas pelo federalismo brasileiro, bem como as intensas discussões acerca das competências políticas e da legalidade ou ilegalidade das medidas adotadas por estados e municípios, o fato é que a pressão gerada pela falta de controle do vírus, o temor de colapso no Sistema Único de Saúde (SUS), as sobrecargas de atendimentos nos hospitais públicos e privados, a falta de medicamentos, insumos e equipamentos para atender pacientes, além do aumento crescente de óbitos no país, essa junção de demandas desencadeou medidas drásticas, intensamente restritivas, impactantes, e, em alguns casos, sem nenhuma previsão constitucional para isso.

Como ocorreram nas medidas denominadas toque de recolher e *lockdown*⁸, que podem ser entendidos, respectivamente, como restrições parciais do direito à liberdade de locomoção e o confinamento total, a saber, a completa restrição de trânsito das pessoas nas ruas, com a única exceção para aqueles que trabalham em serviços essenciais (FIOCRUZ, 2020).

Tais medidas, evidentemente, põem em xeque direitos fundamentais previstos na CRFB. Uma vez que a relativização de direitos individuais fundamentais, previstos no art. 5º da Constituição, quero dizer, o direito ir e vir (art. 5º, inciso XV); direito à propriedade privada (art. 5º, inciso XXII); e a garantia de acesso a trabalho e renda (art. 5º, inciso XXIII), constituem claras violações às normas constitucionais.

⁸Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/covid-19-quais-diferencas-entre-isolamento-vertical-horizontal-e-lockdown>. Acesso em: 13 mar. 2021.

Além do mais, ensina a lógica interpretativa básica do sistema jurídico brasileiro que as normas jurídicas constitucionais jamais podem sofrer limitações por normas e atos infralegais e inferiores. Especialmente quando se tratar de direitos fundamentais, estes são hierarquicamente protegidos pela própria Constituição Federal, quando esta os colocou como um núcleo intocável, na condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF).

Ocorre que, as decretações das medidas restritivas, principalmente a partir de meados de março de 2020, foram responsáveis pela suspensão das atividades laborais e empresariais por todo o país, pois, instituiu-se o fechamento de lojas, restaurantes, inúmeros empreendimentos de serviços e atividades comerciais, aliás, por um período indefinido, o que é altamente preocupante para aqueles que obtêm sua subsistência financeira dessas atividades⁹.

Não raro, muitos pequenos e médios empresários ficaram à mercê da expedição de normativos infraconstitucionais e de esparsas decisões do poder judiciário, o qual, em algumas circunstâncias, atuou como um verdadeiro Oráculo¹⁰ estabelecendo a possibilidade ou não do exercício das atividades comerciais. Logo, de forma significativa, são crescentes os pedidos de recuperações judiciais e falências entre muitas empresas brasileiras.¹¹

Dessa forma, esses pedidos que estão chegando ao Poder Judiciário já constituem motivos de preocupações das autoridades dos tribunais superiores, de acordo com o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Luis Felipe Salomão, as perspectivas é de que o poder judiciário precise de novas ferramentas para melhor direcionar essa "uma explosão de demandas" de processos de recuperações e falências das empresas, ainda, consoante o ministro, trata-se de um abalo sem precedentes os efeitos da COVID-19 na continuação das atividades de empresa no país¹².

Nesse sentido, é oportuno trazer que são esses pequenos negócios empresariais, que são formados por micro e pequenas empresas (MPE) e pelos microempreendedores individuais (MEI), são as empresas responsáveis pela geração da maior quantidade de vagas de empregos formais no país. De acordo com o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e

⁹ Disponível em: Coronavírus: o desespero de pequenos empresários forçados a fechar as portas. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹⁰ De acordo com o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa (DPLP), oráculo é uma resposta dada por uma divindade. Na mitologia, é uma espécie de intermediário entre a divindade e quem consulta. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/oraculo/>. 23 abr. 2021.

¹¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-04/pedidos-recuperacao-judicial-nao-param-crescer>. Acesso em 29 de maio de 2021.

¹² Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/14092020-Em-debate-na-internet--ministros-do-STJ-avaliam-recuperacao-judicial-no-cenario-pos--pandemia.aspx>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

Pequenas Empresas (SEBRAE)¹³ as MPEs respondem por cerca 52% dos empregos formais no Brasil, o que é equivalente a 16,1 milhões de trabalhadores.

Portanto, são muitos os prejuízos humanos causados pela suspensão das atividades econômicas, especialmente para os menos desfavorecidos socialmente e economicamente, que é a grande maioria dos brasileiros que vive exclusivamente do seu trabalho ou do seu negócio. Assim, com o estacionamento da economia vieram as dificuldades com a adimplência de compromissos e não tardou para o aumento do desemprego bater à porta dos brasileiros.

A despeito do desemprego, este constitui um grave problema social que é motivo de preocupação das autoridades governamentais. Pois, como se pode ver, no quarto trimestre de 2020, a desocupação no Brasil atingiu aproximadamente 13,9 milhões de pessoas, o que equivale a 12,4% da população que está em idade de trabalhar e em busca de emprego, de acordo com dados do Instituto de Brasileiro Geografia Estatística (IBGE)¹⁴.

A situação foi tão desesperadora que chegou-se até em levantar a tese de que o governo pagaria as demissões dos trabalhadores, tudo com base em um dispositivo da legislação trabalhista (art. 486 da CLT), porém, viu-se que o instituto não era aplicável ao contexto em que a paralisação de atividades é geral e não específica de alguns empresas.

Além disso, as restrições decorrentes da pandemia trouxeram, inevitavelmente, a redução salarial do brasileiro, sobretudo daqueles que trabalham na informalidade. Logo, fica patente que o prolongamento desmedido dessa situação tem sido penoso e insustentável, seja para conseguir dinheiro para o adimplimento de contas ao final de cada mês, seja para a manutenção digna da própria sobrevivência dessas pessoas.

Em conformidade com dados Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)¹⁵ os quais demonstram que, só em maio de 2020, a pandemia gerou no mercado de trabalho uma queda de 82% no rendimento médio do brasileiro. E, na situação dos trabalhadores informais¹⁶, a queda foi de 60%, ou seja, esse contingente de trabalhadores precisou

¹³Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 18 mar. 2021.

¹⁴ Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹⁵ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Carta de Conjuntura nº 43, 3º Trimestre de 2020. Os efeitos da pandemia sobre os rendimentos do trabalho e o impacto do auxílio emergencial: o que dizem os microdados da PNAD covid-19 Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200702_cc_48_mercado_de_trabalho.pdf. Acesso em 23 abr. 2021.

¹⁶ Conforme informações do IBGE, taxa de pessoas que trabalham sem a carteira assinada no país é de 38,7% dos trabalhadores ativos - que são aquelas pessoas que trabalham em empresas ou para pessoas físicas e que não possuem efetivamente garantias de direitos, mostram que a redução na renda dos informais atingiu o percentual de 60%, ou seja, contingente de trabalhadores precisou sobreviver com um pouco mais de metade do que vivia antes da pandemia.

sobreviver com um pouco mais da metade do que vivia antes da pandemia. O estudo ainda mostra que essa redução da renda se deu em todas as regiões do país, tendo apenas pequenas oscilações em alguns estados.

A partir do exposto acima, percebe-se o quão cruel tem sido a pandemia para as pessoas mais vulneráveis socialmente, pois além da preocupação excessiva que todos temos de contrair o vírus da COVID-19, bem como nossos familiares e amigos, de ter complicações sérias e até vir a óbito, há ainda a preocupação constante com o trabalho, a fonte de renda e o custo diário de manutenção de condições dignas para si para a família. Assim, é de fácil constatação que um número considerável de pessoas fica à margem da aquisição de renda e consequentemente do consumo de bens e serviços no país.

Em paralelo à argumentação acima e a teoria dos direitos fundamentais, o professor Marçal Justen Filho¹⁷ reflete que a Administração pública em seu poder de polícia¹⁸ no enfrentamento à pandemia viu-se diante de dois modelos de atuação. Há o modelo autoritário, que é fortemente caracterizado por imposições unilaterais do estado, sob escudo da supremacia do interesse público, em que se restringe direitos individuais e se intensificam prestações materiais por parte do estado; e tem-se, também, o modelo democrático, com a prevalência do respeito aos direitos fundamentais, acompanhado de atuação do estado, e o engajamento da pessoas para a superação da crise.

Esse último modelo, para o Marçal, é guiado pela proporcionalidade das medidas, pela defesa intransigente da dignidade humana como valor normativo insculpido no texto constitucional de 1988. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais não podem ser relativizados, pois a própria Constituição estabelece a vedação a qualquer meio que sacrifique direitos individuais, ainda que sejam meios estatais e sob argumentos do bem de uma maioria. O sistema de tutela jurídica não admite que para a proteção de um grupo, o direito de uma pessoa seja pisoteado ou diminuído.

Ainda que as circunstâncias atuais sejam difíceis para todos, pessoas comuns, instituições e autoridades gestoras. É possível entender que as decisões políticas e administrativas no enfrentamento da emergência instaurada não são fáceis, implicam responsabilidades múltiplas, de cunho político, popular, disciplinar e jurídico.

Por tudo isso, entendemos que as restrições aos direitos individuais e fundamentais, da forma como ocorreu, não encontram amparo jurídico na Constituição Federal, pois como bem

¹⁷ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dEplPhqKO5M>. Acesso em 12 abr. 2021.

¹⁸ O poder de polícia pode ser entendido como um poder de fiscalização do poder público, com o fundamento no interesse público, para eventual ingerência na órbita dos em direitos individuais (CARVALHO FILHO, 2020, p. 136).

observa Jacoby Fernandes *et al.* (2020, p.39), “a Lei nº 13.979/2020 não previu a possibilidade de suspensão geral de atividades” e muito menos a restrição desmedida de garantias individuais indisponíveis.

Contudo, seguramente, pairam os questionamentos a respeito de quais medidas poderiam substituir as restrições que foram implementadas. Verifica-se que as soluções apontadas por Marçal é no sentido de que a consciência individual de cada cidadão deve formar um engajamento social em defesa da própria vida e dos outros que integram a comunidade, ou seja, a proteção de si e dos outros deve partir de um ato voluntário das pessoas, acompanhado da solidariedade social e do princípio da eticidade. Esse entendimento nos parece pertinente por ser harmônico com valores jurídicos-filosóficos que integram o sistema normativo brasileiro.

2.2 MEDIDAS INSTITUCIONAIS NO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA

Em uma interessante concepção, Alketa Peci (2020) aponta que a ausência de um entendimento sistemático e geral da crise gerada pela COVID-19 por parte da população e das autoridades gestoras dificultaram medidas mais ágeis e inteligentes no enfrentamento da pandemia. Conforme seu pensamento, em variados segmentos da sociedade houve excessiva polarização social, o que dificultou a emergência de liderança política da situação.

Viu-se a retração de uma comunicação forte e conjunta do podia ser feita para enfrentamento da crise da forma mais eficaz; essa comunicação teria o reflexo direto na coletividade, através da compreensão compartilhada da pandemia e suas consequências (PECI, 2020). Ocorre que, de um lado minimizou-se o fenômeno da pandemia; já do outro, ficou a lacuna da real dimensão da crise, o que gerou muita incompreensão e a incerteza¹⁹ generalizada para as pessoas.

De todo modo, há que se reconhecer o que foi feito pelos poderes da República e pelos entes federados, pois muitas das medidas foram extremamente necessárias para a garantia do direito à vida, à saúde, ao emprego e à renda dos brasileiros. E é injusto desconsiderar a atmosfera existente no momento da tomada de decisão política-administrativa, na qual, . como bem exemplifica a passagem de Jacoby Fernandes *et al.* (2020, p. 223): “as notícias, que nos sufocam diariamente, em parte informam e orientam e, em parte, amedrontam”. Assim, é

¹⁹ Jacoby Fernandes fala que diante desse vírus há uma incerteza quanto a tudo.

nessa situação que governos, empresas e particulares de algum modo precisam agir para minimizar mortes, para garantir o dever legal na prestação de serviços públicos, além da sobrevivência das pessoas mais vulneráveis em termos econômicos.

Nessa perspectiva, os poderes do executivo, legislativo e judiciário e administração de todas as esferas dos entes federados tiveram de reunir esforços, com máxima urgência, para a proteção da vida, da saúde humana e para a redução dos efeitos econômicos e sociais da pandemia do novo coronavírus.

Dessa forma, em 20 de março de 2020, após aprovação do Congresso Nacional, promulgou-se o estado de calamidade pública, através do Decreto Legislativo nº 06 de 2020, viabilizando, assim, despesas emergenciais por parte do governo federal, para o uso exclusivo das ações de combate ao vírus, prevenção à saúde coletiva e a mitigação dos efeitos da pandemia no país.

O estado de calamidade pública é um instrumento jurídico, previsto na Constituição Federal, de competência da União no sentido de “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas”[...], conforme dispositivo legal (art. 21, inciso XVIII, da CRFB). Apesar deste dispositivo, percebe-se que o termo se caracteriza como indeterminado e com certa vagueza de sentido, já que não se vislumbra muitos procedimentos objetivos e ritos jurídicos para a decretação da calamidade pública.

Nessa acepção, Canotilho *et al.* (2013) considera que esse tipo de norma jurídica corresponde a uma técnica legislativa de textura aberta, que tem seu sentido preenchido pelo intérprete na situação em concreto. De maneira exemplificativa, “o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma” (CANOTILHO *ET AL.*, 2013, p. 192).

De igual forma, é relevante trazer que a calamidade pública também pode ser entendida como sendo um evento de força maior ou no viés de provocar uma grave comoção social, como bem se infere nas considerações desses autores (CANOTILHO *ET AL.*, 2013, p. 3440), note-se:

A calamidade pública deve ser entendida em sentido amplo abarcando não somente fenômenos naturais, mas também econômicos e sociais. Tal extensão, contudo, deve depender exclusivamente da noção da extrema gravidade do fenômeno, tal como uma epidemia inconstada de uma nova doença que não possa ser incorporada no sentido de investimento público urgente, do inciso II do art. 148 [...].

Assim, a decretação de calamidade em consonância com o art. 62, caput e § 3º do art. 167 da CRFB, torna-se um interessante instituto material e processual de garantia de direitos fundamentais sociais, preservação institucional e segurança jurídica. Uma vez que possibilita,

por meio da legalidade, a prática da execução orçamentária para a concretização dos direitos e de políticas públicas em uma conjuntura de difícil gestão para gestores públicos.

Essa ficção criada pelo direito para circunstâncias incomuns à lei positiva, tal como prevê o art. 41, caput, inciso III da Lei nº 4.320/1964. De modo que, a utilização de algumas prerrogativas, que, em situações de regularidade jamais seria possível, mostra-se indispensáveis para o momento, haja vista o inesperado contexto pandêmico e caráter imprevisível do fenômeno jurídico em questão.

Ou seja, na situação de calamidade, em que se tem a realização de despesas sem a prévia dotação orçamentária, desempenha relevante função para respaldar o uso dos denominados créditos adicionais extraordinários, os quais destinam-se “à satisfação de necessidades públicas imprevisíveis e urgentes” (HARADA, 2017, p. 47).

Nessa linha de raciocínio, a Advocacia Geral da União²⁰ (AGU) ingressou no STF com uma ação, ADI 6.357, com pedido de medida cautelar, requerendo que o tribunal julgasse alguns artigos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias LDO/2020 em conformidade com a Constituição Federal, dada a necessidade de medidas exigidas pela excepcionalidade da COVID-19.

Com isso, em 29 de março de 2020, o STF decidiu pela constitucionalidade do afastamento das exigências fiscais dos dispositivos levantados no processo, tendo em vista a necessária comunhão de esforços para o combate à pandemia, bem como a temporalidade, proporcionalidade, a formalidade do estado de calamidade e o fundamento da dignidade humana, que legitima medidas que garantam os direitos fundamentais à vida, à saúde e a subsistência das pessoas. Assim sendo, fundamentou o ministro Alexandre de Moraes na medida cautelar concedida na ADI 6.357 MC/DF, nesses termos (BRASIL, 2020, p. 10):

O excepcional afastamento da incidência dos artigos 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020, **durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19, não conflita com a prudência fiscal** e o equilíbrio orçamentário intertemporal consagrados pela LRF, pois não serão realizados gastos orçamentários baseados em propostas legislativas indefinidas, caracterizadas pelo oportunismo político, inconsequência, desaviso ou imprevisto nas Finanças Públicas; mas sim, **gastos orçamentários destinados à proteção da vida, saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados por essa gravíssima situação; direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e merecedores de efetiva e concreta proteção.** (grifo nosso)

²⁰ A AGU é uma instituição que representa a União, de forma direta ou indiretamente, nas esferas judicial e extrajudicial, consoante o art. 131, *caput*, da Constituição Federal.

A decisão em sede liminar dessa ADI trouxe também a viabilidade de aplicação plena dessa decisão a todos os entes federados, contanto que estes tenham decretado estado de calamidade em razão da COVID-19, e em conformidade com as previsões normativas. Assim, a decisão foi importante no sentido de dar segurança jurídica aos gestores públicos, em um momento extremamente necessário, para que estes pudessem adotar as medidas mais eficazes ao enfrentamento do novo coronavírus.

No que diz respeito à lógica de flexibilização de leis orçamentárias, a Emenda Constitucional nº 106/2020, institui um verdadeiro regime jurídico extraordinário fiscal, financeiro e de contratações em decorrência da calamidade pública nacional. Uma vez que os problemas sociais, jurídicos e econômicos deste período demandam soluções urgentes, sendo até mesmo determinados aspectos incompatíveis com a normalidade jurídica até então vigente (JUSTEN FILHO *ET AL.*, 2020).

Dessa forma, em 07 de maio de 2020, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 106/2020, também conhecida como emenda do “Orçamento de Guerra”. Essa emenda não alterou em nada o texto constitucional no que tange à questão legislativa; ela apenas possibilitou que normas constitucionais e infralegais, especificamente as de teor orçamentário, financeiro e de contratações, fossem interpretadas à luz da pandemia e para utilização exclusiva do combate ao vírus no país.

Assim, viabilizou-se através dessa Emenda a destinação de elevados valores em recursos para as indispensáveis medidas de enfrentamento e combate ao vírus, a saber, através da aquisição de medicamentos, equipamentos de proteção individual (EPIs), instalação de unidades de terapias intensivas (UTIs), compra de testes e vacinas; ademais, também foi instituída uma forma de reduzir a burocracia e potencializar a rapidez nas contratações dessas compras e serviços. Além da adoção de medidas excepcionais e temporárias de proteção social, definidas na Lei nº 13.982/2020, inclusive com efeitos retroativos a 20 de março de 2020. Outrossim, com a flexibilização orçamentária, também foi possível a concessão do auxílio emergencial no valor de R\$ 600,000 (seiscentos reais) mensais aos trabalhadores que preenchessem os requisitos definidos em lei específica.

Ademais, por meio da Medida Provisória nº 992/2020, teve-se a criação de créditos para as microempresas e empresas de pequeno e de médio porte, além da concessão de outros benefícios possibilitados pela Emenda nº 106/2020, as repercussões econômicas de redução do ritmo da atividade econômica (JUSTEN FILHO *ET AL.*, 2020).

Por último, como forma de otimização e controle externo das permissividades na utilização dos recursos, a Emenda Constitucional, no *caput* do art. 9º, preconiza a

possibilidade de sustação pelo poder legislativo, através de decreto, dos atos do poder executivo que sejam incondizentes com uma atuação coesa e eficaz dos recursos públicos no enfrentamento a pandemia.

Diante do exposto, viu-se que a pandemia da COVID-19 modificou toda a estrutura de funcionamento da sociedade, com consequências nas esferas da saúde, dos direitos individuais, da administração pública e da economia. Assim, os poderes da República atuaram no sentido de mitigar os efeitos, tanto por meio da flexibilização de normas constitucionais de procedimentos, quanto através de programas institucionais que viabilizaram atuações urgentes por parte de gestores públicos.

3 DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL E LEGALIDADE EXTRAORDINÁRIA

Como já abordado no capítulo anterior, os efeitos da pandemia da COVID-19 sobre a vida e a saúde das pessoas são inegáveis, assim como, são evidentes os reflexos do vírus nas atividades administrativas de órgãos e entidades públicas, tendo em vista a política nacional de combate ao vírus. Dessa forma, pode-se dizer que os contratos administrativos foram os meios de prestações de serviços mais impactados pelas consequências da COVID-19, pois a partir de então viu-se o desencadeamento de significativos desequilíbrios econômico-financeiros nas relações contratuais da Administração Pública.

Constata-se, assim, uma conjuntura bem diversa daquela em que muitos contratos e institutos jurídicos foram concebidos. Observe-se que, em um dado momento, o próprio sistema normativo teve dificuldades de regulamentar situações postas pela pandemia, bem como, muitas vezes, tornando-se “inviável resolver os impasses ocorridos mediante a aplicação dos mecanismos jurídicos já existentes” (JUSTEN FILHO *ET AL.*, 2020, p.48).

Todavia, Marçal pondera que os princípios constitucionais da administração pública, art. 37, *caput* da CRFB; a garantia intangível de reequilíbrio contratual, bem como também no art. 37, inciso XXI do mesmo diploma legal; e institutos tradicionais do direito público também podem contribuir na superação dessas dificuldades jurídicas.

À vista disso, para discutir acerca do desequilíbrio contratual e as pertinentes nuances do Direito Provisório com repercussões nos contratos administrativos, é relevante, primeiramente, trazer algumas noções conceituais do serviço público e a intersecção com os contratos administrativos, suas características, e a especial atenção aos contratos de

concessões e da prestação de serviços terceirizados. Além de compreender as formas de desequilíbrio e a inovação legislativa no que diz respeito às contratações públicas vigentes.

3.1 DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O contrato é um instrumento por meio do qual a Administração pública de qualquer dos entes federativos, a saber, da administração direta e indireta, de qualquer dos poderes, estados, municípios e Distrito Federal, firma uma relação jurídica, com previsão de direitos e obrigações de cada uma das partes (CARVALHO FILHO, 2020, p. 241).

Em regra, a formalização do contrato é precedida de um rígido processo de licitação para posterior contratação pública, como delinea o art. 37, *caput*, inciso XXI, CRFB. Esse procedimento assegura a obtenção de contratações mais eficientes e vantajosas para a Administração Pública, bem como a isonomia entre os particulares que desejam contratar com o poder público (JUSTEN FILHO, 2017, p. 23).

Nesse sentido, a relação contratual para o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello consiste no estabelecimento de um acordo de vontades, o qual, “faz lei entre as partes”. Bandeira de Mello enfatiza que esse acordo de vontades deve partir, obrigatoriamente, da consensualidade na formação do vínculo e na autoridade de seus termos (MELLO, 2007, p. 599).

Dessa forma, quando o Estado-Administração é uma das partes pactuantes, tem-se então os denominados contratos da Administração. Esses contratos (MELLO, 2007), são gêneros, que têm como espécies os contratos privados da Administração e os contratos administrativos, assim, deve-se atentar que a forma mais adequada de os distinguir materialmente e formalmente é observando o regime jurídico ao qual o contrato está vinculado.

Insta dizer que nos contratos de direito privado; a relação contratual sujeita-se aos princípios e normas gerais do direito civil e empresarial; já quando os contratos celebrados são os contratos administrativos; a relação contratual é regida por normas do direito público, sobretudo pelo direito administrativo (DI PIETRO, 2020, p. 571).

Para fins precisos, contratos administrativos são considerados todos os ajustes da Administração com a aplicação de normas de direito público no procedimento, forma, competência e finalidade (DI PIETRO, 2020, p. 567). Trata-se, obrigatoriamente, de uma avença entre a Administração pública e terceiros.

Em mesma toada, o professor Carvalho Filho traz que contrato administrativo pode ser compreendido como "o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público" (CARVALHO FILHO, 2020, p. 243-244).

Assim, depreende-se da leitura do autor que nos contratos administrativos é indispensável que uma das partes, o contratante, deve ser a Administração; e a outra, o particular ou a contratada, ambos com direitos e obrigações firmados através da perspectiva do direito público.

Por oportuno, a CRFB estabeleceu como uma competência privativa da União legislar sobre normas gerais²¹ para licitações e as contratações nas administrações diretas e indiretas dos entes federados, observe-se o art. 22, *caput*, inciso XXVII, da CRFB:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e as sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

[...]

Nesse sentido, o professor Jacoby Fernandes alerta que essa competência privativa da União inadmite competência concorrente dos demais entes, para ele a possibilidade legislativa dos estados em matéria de contratações é dependente de lei complementar federal (FERNANDES, 2016, p. 34). Ainda nesse aspecto, o professor Jacoby complementa:

Admite-se a competência legislativa dos estados apenas para normatizar "questões específicas", nos casos em que a matéria "privativa" elencada no art. 22 seja precedida da expressão "normas gerais" e, ainda assim, só após a expedição da lei complementar referida no parágrafo único (2016, p. 35).

Com base nisso, cumpre registrar que foi justamente com fundamento no art. 22, *caput*, inciso XXVII da CRFB que se criou as normas gerais de licitações e contratações públicas, a saber, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Tal lei é responsável por regulamentar as contratações realizadas pelo poder público em geral; no que tange aos contratos administrativos, Marçal (2017) adverte que o fato de que a Lei 8.666/1993 trata de algumas categorias de contratos administrativos, não quer dizer que trata de todas.

²¹ Jacoby Fernandes defende que "a melhor exegese do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal é aquela que assegura à expressão "normas gerais", conteúdo diverso do que é utilizado segundo o art. 24 da CF" (2016, p. 35).

Urge, então mencionar que a lógica geral que a legislação específica atribuiu aos contratos administrativos²² é a de que o contrato é, na verdade, um acordo de efeitos vinculantes, no qual participa a Administração Pública, sempre com um objeto, seja de dar, fazer ou não fazer algo de valor econômico (JUSTEN FILHO, 2017, p. 20).

O instituto do contrato administrativo traz consigo a relevância tanto de caráter político quanto de teor econômico, e ao mesmo tempo de importância político-econômico, uma vez que fica evidenciado, respectivamente, o teor consensual envolvendo o poder público e os particulares, bem como a especialização de atividades juntamente com eficiência econômica e administrativa para o poder público e também como um instrumento de concretização de políticas públicas de cunho econômico e social, Justen Filho, loc. Cit.

Desse modo, é imperioso considerar que a escolha da espécie do contrato decorrente da atividade administrativa, a saber, dos critérios de conveniência e oportunidade da Administração; em que os instrumentos legais utilizados para concretizar o interesse público são caracterizados pela predominância de diferenças entre as partes contratuais, nas quais destaca-se o poder conferido pelo legislador a administração para esta possa instabilizar o vínculo contratual, de modo a atender de forma eficaz ao interesse público (MELLO, 2007, p. 600).

Ademais, consiste em uma característica distintiva dos contratos administrativos a inclusão de cláusulas exorbitantes, que são aquelas cláusulas não usuais no direito privado por natureza flagrantemente ilegal, tendo em vista que sua permissividade ensejaria notória contradição com os fundamentos do direito civil, principalmente no que toca ao princípio da igualdade entre as partes de um contrato; essa ilegalidade não existe nas contratações públicas, pois a desigualdade propiciada por essas cláusulas é justamente o que caracteriza o contrato administrativo, assim, “por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado” (DI PIETRO, 2020, p. 590).

Note-se que o termo “exorbitantes” possui o significado de algo que excede e que se desvia da lógica contratual do direito privado. Debruçando-se neste sentido, note-se:

[...] com o tempo a expressão foi reduzida para “cláusulas exorbitantes” e se consagrou como tal, designando as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regime jurídico. No ordenamento pátrio, tais cláusulas permeiam o tratamento legal dos contratos administrativos, sendo arroladas no art.

²²A lei 8.666/1993, no art. 2º, parágrafo único, diz que o contrato é todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de um vínculo jurídico, com previsão de obrigações mútuas.

58 da Lei nº 8.666/1993 como prerrogativas da Administração. São objeto de questionamentos em autores contemporâneos (ODETE MEDAUAR, 2018, p. 219).

Pode-se dizer que essas cláusulas são importantes promotoras de mutabilidade contratual, uma vez que a administração pode revogar unilateralmente o contrato, se for de interesse público, pode alterar objeto em algum grau e também aplicar sanções por descumprimento de cláusulas contratuais e extracontratuais, a saber, cláusulas não previstas no contrato, mas legitimada pela lei, art. 58, inciso IV, do Estatuto das contratações públicas.

Assim, e em razão da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, mostra-se razoável que a Administração usufrua de prerrogativas que possam garantir a concretização dos interesses públicos, pois há presunção legal de que a Administração pública, em suas funções administrativas, age com a finalidade de atender e representar os interesses da coletividade, ou melhor, os interesses sociais que são demasiadamente relevantes e merecem especial tutela jurídica (MELLO, 2007, p.602).

Tendo em vista também que os contratos administrativos são os meios instrumentais de se buscar atingir finalidades coletivas, que como prevê a Constituição, são manifestadas através da prestação de serviços públicos. Esses serviços, inegavelmente, são as prestações que mais enaltecem a figura do Estado enquanto provedor do bem estar social de uma nação.

3.1.1 Contratos de concessões e serviços públicos terceirizados

Pelo que já foi exposto até aqui, não é informação nova que a Administração Pública não passou incólume aos reflexos da COVID-19 em suas atividades administrativas, seja pela indispensável política de isolamento social e contenção ao vírus, seja pela regra constitucional de continuidade²³ dos serviços públicos. Nesse viés, a Administração Pública se situa-se em uma posição central nesse período de crise, pois ela se preocupa não apenas com a decisão, mas também com a execução e com “um lócus de conflitos distributivos e morais” decorrentes da situação de emergência na saúde, da garantia de direitos e de boas práticas administrativas, enfim, é um verdadeiro desafio para a área administrativa (PECI, 2020, p. 02).

Deve-se entender que a Administração Pública não se confunde com os poderes de estado, especialmente com o poder Executivo, embora também exerça função administrativa

²³Princípio da eficiência da Administração Pública (art. 37, caput, da CRFB) e o princípio da continuidade dos serviços públicos (art. 175, da CRFB).

(CARVALHO FILHO, 2020); ainda, para esse autor (p. 63), na Constituição Federal “se houve com elogiável técnica ao dispor em separado da Administração Pública (Capítulo VII do Título III) e dos Poderes estruturais da República (Capítulos I, II e III do Título IV)”. Por isso, deve-se ter em mente que a administração pública tem como função a execução de políticas públicas e serviços públicos essenciais à população; já o poder executivo ou legislativo atuam, predominantemente, de forma legiferante para que a administração pública execute.

Aqui, o professor Marçal diferencia atuação relacionada e não relacionada à pandemia²⁴ na Administração Pública (2020, p.02), tendo em vista que “os reflexos diretos das patologias decorrentes da Covid-19 e das políticas adotadas para combater a pandemia afetam de modo significativo a atividade administrativa estatal” (JUSTEN FILHO, 2020, p. 09).

Agora, cumpre colocar alguns aspectos acerca da prestação dos serviços públicos, já que são esses serviços que revestem e modelam os contratos administrativos. Com isso, primeiramente, cumpre dizer que a natureza política e jurídica desses serviços impossibilita sua interrupção, posto que a continuidade dos serviços é um princípio que norteia toda a materialização dessas prestações públicas.

Destaca-se que há algumas dificuldades doutrinárias na definição de serviços públicos, tendo em vista a tecnicidade do conceito, no entanto, muitas das definições atribuídas pelos estudiosos trazem alguns pontos de consenso, assim, são pertinentes as concepções de José dos Santos Carvalho Filho (2020, p. 405) que conceitua o serviço público como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.

Note-se que na perspectiva de Carvalho Filho os serviços públicos são prestações materiais do Estado, que se dão de forma direta ou indiretamente, isto é, o estado pode realizar através da máquina estatal e seus servidores públicos, ou este pode transferir a execução desse serviço a uma outra pessoa jurídica, seja de direito público ou privado, mas, sempre por meio da prerrogativa de supremacia do interesse público.

Outrossim, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 418) reforça em sua conceituação de serviços públicos o aspecto do controle exercido pelo Estado nas atividades desempenhadas sob a forma de delegação destes.

²⁴JUSTEN FILHO. **Os Efeitos Jurídicos da Crise sobre as Contratações Administrativas**. Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Brasília. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE157/IE%20-%20MJF%20-%20200318-Crise.pdf>. Acesso em 12 abr.2021.

Ocorre que, com certeza, a conceituação que mais contempla a complexidade do conceito é a de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 282), em que:

“Serviço público” é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para a satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas de direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.

Percebe-se nas lições do autor que os serviços públicos são caracterizados pelo exercício de determinadas atividades prestacionais que foram convencionadas em lei ou na Constituição como importantes para o interesse coletivo, é caso dos serviços de saúde, educação, coleta de lixo, transportes públicos, enfim, são serviços de natureza ampliativa que decorrente de um dever legal por parte do estado, sob o regime jurídico de direito público, prestados diretamente pelo estado (servidores e funcionários terceirizados), ou por meio pessoas jurídicas direito público criadas para essa finalidade, como ocorre com autarquias por meio da outorga; ademais, o poder público também pode delegar a um particular a execução de serviço público por conta própria deste, em que a pessoa jurídica de direito privado responde diretamente pelos riscos e responsabilidades (art. 37, § 6º, da CRFB) nessa prestação, aliás, dessa delegação origina-se o concessão administrativa.

Note-se que as partes que integram este contrato de concessões de serviços públicos são, o poder concedente, representado pelo estado, delegando a empresa concessionária, o particular, a prestação de um serviço público que deve atender aos interesses coletivos dos usuários, de forma divisível e individualizada (MELLO, 2010).

É interessante notar que estes contratos apresentam uma moldura bem singular, quando se refere aos outros contratos administrativos, porque há no imaginário sobre a concessão uma relação triangular entre o poder concedente, a concessionária e o usuário; o que existe na prática; mas, destaca-se que nesses contratos o vínculo jurídico é estabelecido apenas entre o estado-administração e a empresa concessionária, o usuário não integra a relação contratual em questão, ele apenas usufrui e paga por meio de uma tarifa a comodidade prestada, o que é, portanto, uma forma auto sustentável de prestação de serviços públicos (MAZZA, 2020). Diferentemente dos contratos terceirizados, em que a contratação

só é viabilizada se houver, e até a vigência dos créditos orçamentários anuais, art. 57, *caput*, da Lei 8.666/1993, ou seja, uma autorização prevista em lei para a realização da despesa.

A prestação de serviço por meio de empresas terceirizadas não descaracteriza a prestação do serviço público direto; os benefícios decorrentes dessas prestações são indivisíveis e difusos. Desse modo, vale apresentar, brevemente, a dinâmica que está por trás desses contratos terceirizados em que a terceirização figura como um fato jurídico voluntário entre particulares e a administração pública (CARVALHO FILHO, 2015, p. 60).

Além disso, assim explicam Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Diva Belo Lara, que “a terceirização nas relações de trabalho consiste na contratação de serviços por uma empresa a uma pessoa física ou jurídica que os prestará por meio dos seus empregados, de quem receberão as ordens e o pagamento dos salários”²⁵. Logo, nessas condições o poder público busca contratar empresas especializadas em determinadas atividades importantes para o ente ou a coletividade.

Com fundamento no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como no princípio da eficiência, o estado contrata empresas ou (o tomador de serviço) para desempenhar atividades sob as formas de empreitada, serviços e outros (DI PIETRO, 2020, p. 725); essas atividades são os serviços de vigilância, limpeza, transportes e outros.

Percebe-se que a utilização de contratos administrativos de prestação de serviços terceirizados é uma forma de potencializar a eficiência administrativa, pois a função da Administração nesses contratos é a de efetuar o pagamento estabelecido na avença para empresa e em circunstâncias atípicas, ou seja, se a empresa não arcar com suas responsabilidades trabalhistas ou (a responsabilidade subsidiária) passa a ser da Administração (art. 71, §1º, da Lei 8666/1993).

Além disso, outra vantagem visualizada nesses contratos terceirizados, é que a legislação é permissiva a prazos mais longos para os contratos executados de forma contínua, assim, não custa lembrar é de que a vigência do contrato administrativo encerra com a expiração dos orçamentos, a saber, em um ano. Porém, cada vez mais a possibilidade de flexibilização para essas contratações continuadas é visualizada²⁶.

²⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; LARA, Diva Belo. **Terceirização no serviço público**. Disponível em: <http://docplayer.com.br/2752493-Jorge-ulisses-jacoby-fernandes-diva-belo-lara.html>. Acesso em: 29 abr. 2021.

²⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Um Final Feliz para os Contratos de Serviço Contínuo**. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP Belo Horizonte, n. 36, ano 3 Dezembro 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=9572>. Acesso em: 30 mar. 2021.

Feita essa abordagem sobre serviços públicos, bem como as concessões e de prestações de serviços públicos terceirizados, cumpre dizer que ficou evidenciado o contexto em que os contratos administrativos ganham relevância no âmbito administrativo.

3.2 DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO À LEGALIDADE EXTRAORDINÁRIA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Vê-se que os contratos administrativos, quase sempre, estão em volto de muitas complexidades operacionais, com significativos valores de investimentos lançados pelas empresas contratadas para a aquisição de materiais e contratação de pessoal para realizar a prestação de serviços requeridos pelo pela administração, além disso há ainda vultosos gastos públicos envolvendo a contratação, a natureza da atividade e também a possibilidade de longa duração da relação contratual, em razão disso, tem-se um acúmulo de riscos agregados a ambas as partes. Assim, a dinâmica da mutabilidade é bastante presente, sobretudo no processo de execução contratual em que há maior suscetibilidade às intempéries da realidade fática (DI PIETRO, 2020, p. 604).

Para esse propósito, Marçal (2017, p. 1170) comenta que “a modificação contratual é institucionalizada e não caracteriza rompimento dos princípios aplicáveis. É o reflexo jurídico da superposição dos interesses fundamentais, que traduzem a necessidade de o Estado promover os direitos fundamentais por meio de atuação ativa”.

Ademais, havendo eventual advento de um novo interesse público naquele contrato decorrentes de atos da administração ou circunstâncias alheias, porém, com repercussão na atividade administrativa (DI PIETRO, 2020), logo, torna-se difícil precisar a manutenção de um valor estável para o contrato, se a própria dinâmica operacional não o é. Com efeito, o artigo 37, inciso XXI, da CRFB, demonstra que são essas circunstâncias contingenciais que ensejam a aplicação prática da norma jurídica abaixo:

Art. 37. [...]:

[...]

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

[...]

Nesse dispositivo, a Constituição estabelece a garantia da manutenção “condições efetivas da proposta”, que, na verdade, revela-se como uma verdadeira cláusula geral de reequilíbrio econômico do contrato e com reflexos amplos para ambas as partes contratantes.

Além disso, esse dispositivo amarra a lógica normativa de proteção às relações jurídicas, evitando prejuízos aos pactuantes que não deram causa ao incidente gerador do desequilíbrio, bem como reduz riscos e garante melhores oportunidades de contratações com o poder público (FERNANDES *ET AL.*, 2020, p. 97).

Desse modo, esse equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou como também é denominado a equação econômico-financeira, é a relação estabelecida, após a celebração da avença, entre as obrigações assumidas pela parte contratada e a contraprestação por parte da Administração para esses encargos (DI PIETRO, 2020, p. 603). Nessa perspectiva, Marçal considera que a origem do instituto do equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo é justamente essa necessidade de correspondência que deve haver na relação contratual entre os direitos e deveres para ambas as partes (2016, p. 602).

Há que se ressaltar que a Administração detém poder capaz de alterar sozinha a relação contratual, porém, essa alteração não deve comprometer direitos da parte privada da avença, tendo em vista os direitos e garantias do particular contratado, como o respeito à ampla defesa, do contraditório e a garantia do devido processo legal administrativo, previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal (JUSTEN FILHO, 2017, p. 1171). Além disso, a Lei 8.666/1993 também prevê limites de natureza qualitativa e quantitativa nas alterações pretendidas pela Administração, e ainda a possibilidades de modificações contratuais de forma consensual (art. 65, inciso II da Lei 8.66/1993).

Em tais modificações ganha destaque a preservação da equação econômico-financeira do contrato; que surge no momento em que a Administração aceita a proposta em processo licitatório; assim, o equilíbrio é aferido através da dos encargos assumidos pela empresa e contrabalançados pela remuneração paga pela administração pública. Logo, a relação fica equilibrada quando houver a equivalência entre um e outro, consoante exemplifica Marçal (2017, p. 1.180), os encargos são matematicamente iguais às vantagens.

E, o mesmo autor (2017, p. 1185) ainda chama atenção que determinados fatores, embora promotores de desequilíbrio da equação econômico-financeiro, estes não ensejam o restabelecimento econômico financeiro, tendo em vista que a ausência de elevação de encargos pelo particular; bem com o conhecimento do evento antes da formulação da proposta pela empresa; além da ausência de causalidade entre o evento e os danos, todos esses fatores são hipóteses que impedem a reequilíbrio da equação econômico-financeiro do contrato.

Seguindo esse viés, é pertinente essa outra reflexão sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em que:

[...] a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, cuja proporção está fixada no momento da celebração do contrato. Diz respeito às chamadas *cláusulas contratuais*, terminologia redundante, classicamente usada para designar as cláusulas referentes, sobretudo, à remuneração do contratado. Além disso, o contrato administrativo é dotado das chamadas *cláusulas regulamentares*, atinentes às regras de execução (MEDAUAR, 2018, p. 219).

Nesse ponto, infere-se que os contratos administrativos são constituídos tanto por cláusulas que já estabelecem previamente as circunstâncias de reequilíbrio, os percentuais e os períodos determinados, essas cláusulas são acordadas por ambas as partes no momento da celebração do contrato; já as cláusulas regulamentares são aquelas fixadas, a qualquer momento, e de forma unilateral pelo poder público, em que ônus do desequilíbrio é notoriamente da área administrativa.

Egon Bockmann Moreira (2016, p. 132) esclarece que a mudança no preço do contrato pode ocorrer através do reajuste e da readequação. No caso do reajuste, trata-se da atualização real de valores nominais já previstos no contrato, é um procedimento simples em que é possível precisar e definir os atos demandados, pois “basta adequar periodicamente o valor do preço mediante uma fórmula e índices predefinidos contratualmente, implicando a manutenção no tempo do preço”. Já no caso da readequação, esta é decorrente da álea extraordinária, isto é, fatos imprevisíveis, e que o contratado não deu causa, é a típica situação que enseja o desequilíbrio na equação econômico-financeira.

Nesse raciocínio do reequilíbrio contratual, há categorias jurídicas que são interessantes para a análise em concreto da responsabilidade pelo desequilíbrio, como é a possibilidade do instituto da caso fortuito ou força maior, que são “situações de fato que redundam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais” (CARVALHO FILHO, 2020, p. 279). Porquanto, nota-se que a imprevisibilidade é a principal característica desses institutos.

Também argumentando nessa seara, Di Pietro (2020, p. 595) aborda que além da força maior, que na percepção da autora, é um acontecimento imprevisível, inevitável, estranho à vontade das partes e responsável por dificultar a execução contratual; há, ainda, outros riscos enfrentados pelas partes pactuantes com a Administração Pública. Esses riscos, na percepção da autora (p.605), são visualizados como sendo de três áleas para os contratos administrativos. Existe a álea ordinária ou empresarial; que é comum aos negócios, isto é, o encargo deve ser

assumido pela empresa, é o denominado risco da atividade; há a álea administrativa e a álea econômica, ambas de caráter extraordinário e com o ônus do reequilíbrio contratual para o poder público contratante, tendo em vista o artigo 37, XXI, da Constituição.

A álea administrativa subdivide-se em alteração unilateral da Administração; fato do príncipe; e o fato da Administração. Na alteração unilateral, esta tem como parâmetro o atendimento ao interesse público, como bem apregoa artigo 58, I da Lei 8.666/1993; ademais, há limites também com relação ao quantitativo do valor contratual alterado (art. 65, §§ 1º e 4º), pois é vedado a tentativa de desconfiguração do objeto inicialmente pactuado. Vale dizer que o fato do príncipe pode ser entendido como um ato geral do poder público, em que ainda que este não integre o contrato, as normas ou atos administrativos publicados, quando capazes de alterar uma relação jurídica entre a administração e o particular, nesse caso, é obrigação da Administração compensar integralmente os prejuízos ocasionados do fato para o regular andamento do contrato, dada a impossibilidade de compensação a contratada, de o poder público rescindir e indenizar a parte prejudicada (MEIRELLES, 2016, p. 270).

Para Di Pietro (2020, p. 608) trata-se de um lado, de um poder de alteração unilateral, e, do outro, de medidas de ordem geral com reflexos que deságuam, ainda que indiretamente, em prejuízos ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, especificamente para a empresa contratada; nesse ponto, a autora cita como exemplo a situação hipotética de criação ou majoração de tributo que incide sobre as matérias-primas utilizadas na execução do contrato, ou a expedição de atos normativos que dificultam a importação de produtos pela empresa. Essa última hipótese é a que efetivamente corresponde ao fato do príncipe para a autora. Vez que, note-se:

É a corrente a que aderimos, por ser diverso o fundamento da responsabilidade do Estado; no caso de alteração unilateral de cláusulas contratuais, a responsabilidade decorre do próprio contrato, ou seja, da cláusula exorbitante que confere essa prerrogativa à Administração; trata-se de **responsabilidade contratual**. No caso de medida geral, que atinja o contrato apenas reflexamente, a responsabilidade é extracontratual; o dever de recompor o equilíbrio econômico do contrato repousa na mesma ideia de equidade que serve de fundamento à teoria da **responsabilidade objetiva** do Estado (DI PIETRO, 2020, p. 608-609).

Com isso a distinção visualizada nessas duas circunstâncias é que na primeira hipótese tem-se a responsabilidade direta de um ato já previsto no contrato, por isso, a área administrativa deve equilibrar a relação com base no contratos e medidas vinculadas a este; enquanto na segunda hipótese da responsabilidade extracontratual não há vínculo direto entre aquele (Estado) que causou um dano ou prejuízo e o contrato ou a parte contratada. É importante fazer o registro do entendimento e aplicação prática o fato do príncipe só deve ser

invocado quando a situação que o ensejou for da mesma esfera federativa da administração com o contrato alterado em razão desse evento; não o sendo, Di Pietro orienta pela aplicação da teoria da imprevisão.

Com relação ao fato da administração, este é todo ato da Administração que incide diretamente e específica no contrato administrativo (MEIRELLES, 2016), aqui a administração figura como “parte”, exercendo o poder de modificar a avença em questão. Assim, de forma prática, Hely Lopes Meirelles exemplifica que aplica-se a hipótese de fato da administração quando a própria administração deixa de colocar à disposição da contratada qualquer objeto, espaço, documento, pagamentos que são indispensáveis para início e continuação das obrigações contratuais assumidas, como amparam os incisos XIV e XVI do art. 78 da Lei 8.666/1993.

Feitas essas considerações, conclui-se que tanto no fato da administração quanto no fato do príncipe ou força maior, se tem a existência de um fato posterior à celebração do contrato, imprevisível e inevitável. E, no fato da administração há o enquadramento perfeito da culpa na administração-contratante, diferentemente do fato do príncipe, em que a culpa não é de nenhuma das partes contratuais (DI PIETRO, 2020, p. 610).

Por fim, cumpre trazer ainda que na seara extraordinária, no que diz respeito a álea econômica, esta possui o sentido que o risco:

Álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão, é **todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado** (DI PIETRO, 2020, p. 613-614, negrito no original).

Nessas circunstâncias em que nenhuma das partes possui culpa pelo evento danoso, no entanto, entende-se que o estado responde porque é como se os prejuízos fossem pulverizados para a coletividade. Já no que diz respeito a teoria da imprevisão, esta consiste em outra causa justificadora da inexecução do contrato, já que que decorre de eventos extraordinários, onerosos, impeditivos do cumprimento do contrato, e que não tinham como ser previstos (MEIRELLES, 2016, p. 267).

Visando romper com esse desequilíbrio imprevisível, inevitável, estranho à vontade das partes e com a consequência da onerosidade excessiva para o contratado e a contratante, é

que a cláusula *rebus sic stantibus*²⁷ foi pensada e, para isso, deve ser utilizada, como bem fundamenta a Lei 8.666/1993, no artigo 58, § 2º, que prevê as possibilidades de revisões contratuais nas cláusulas econômico-financeiras do contrato como uma forma de restabelecer o equilíbrio contratual.

Por fim, observa-se que o direito à revisão independe da previsão no instrumento do contrato, exigindo-se apenas a comprovação da existência do fato superveniente que tenha rompido o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste. Essas categorias que foram vistas ao longo deste tópico são todas decorrentes do mesmo fundamento, porém, com natureza jurídica distinta (JUSTEN FILHO, 2017, p. 1221).

3.2.1 Novas regras para velhos contratos

A legalidade extraordinária ou o direito provisório consiste em um conjunto de normas jurídicas editadas para situações excepcionais, e com vigência temporária (FERNANDES *ET AL.*, 2020). Tendo em vista o contexto de calamidade pública em que se visualiza uma insuficiência da tutela normativa para dispor e regular, até então, de relações jurídicas inexistentes e distantes da imaginação do legislador. Assim, mostra-se plausível e legítima a elaboração de normas ou de um sistema normativo para esse específico período de emergência de saúde pública de importância nacional (FERNANDES *ET AL.*, 2020, p. 23).

Refletindo sobre eventuais situações de crise no ordenamento jurídico, Canotilho (1993) explica que há alguns termos que podem ser utilizados na denominação desse problema jurídico, como a “defesa da Constituição”, “defesa da República”, “defesa de segurança e ordem públicas” e “estado de exceção constitucional”. Nessa acepção, o constitucionalista português segue (1993, p. 1145):

Qualquer que seja o enunciado linguístico e qualquer que seja a pré-compreensão dos autores relativa ao «direito de exceção», o leque de questões subjacente à constitucionalização do regime de necessidade do Estado reconduz-se fundamentalmente ao seguinte: previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que, não podendo ser eliminadas ou combatidas pelos meios normais previstos na Constituição, exigem o recurso a meios excepcionais. [...] Trata-se, por conseguinte, de submeter as situações de crise e de emergência (guerra, tumultos, calamidades públicas) à própria Constituição, «constitucionalizando» o recurso a meios excepcionais, necessários, adequados e proporcionais, para se obter o «restabelecimento da normalidade constitucional».

²⁷ Quer dizer que as partes pactuam levando em consideração a situação do momento.

Pelo longo, mas, muito pertinente enunciado acima, entende-se que essas normas advindas de eventos extraordinários também são submetidas à tradicional regra de subsunção de leis infralegais à Constituição Federal. Inclusive, é perceptível que essa lógica jurídica de previsões de situações de crise na própria constituição, ou como Canotilho aborda, “situações de necessidade”, legítima a elaboração de um direito provisório ou de “necessidade constitucional”. Outrossim, essa necessidade constitucional é um direito absorvido pela Constituição, “não é um direito fora da Constituição, mas um direito normativo-constitucionalmente conformado”, consoante o entendimento de Canotilho (1993, p. 1146). Ainda, esclarecedoras são essas palavras do professor, note-se:

O regime das «situações de exceção» não significa «suspensão da Constituição» ou «exclusão da Constituição» (exceção de Constituição), mas sim um «regime extraordinário» incorporado na Constituição e válido para situações de anormalidade constitucional (CANOTILHO, 1993, p. 1146).

Essas considerações de Canotilho ressaltam a exigência de que toda inauguração legislativa precisa partir, juridicamente, e necessariamente ter seu fundamento de validade na Constituição Federal do país. Portanto, dissonante dos atos que restringiram direitos fundamentais no Brasil, as normas que serão analisadas neste tópico são as normativas provisórias que estão em perfeita harmonia com o Texto Constitucional de 1988. Outrossim, Jacoby Fernandes *et al.* (p. 22-23) defende que a elaboração de normas para reger momentos de exceção jurídica é não apenas salutar para as instituições democráticas, mas, também é revelador quanto ao avanço e amadurecimento delas. Trazendo à tona as implicações dessa inovação legislativa nos contratos administrativos, o jurista Marçal Justen Filho (2020, p. 48) alerta que:

A pandemia afetou o direito vigente e as relações jurídicas preexistentes. Medidas legislativas e administrativas e decisões judiciais adotaram soluções inovadoras para disciplinar não apenas os eventos futuros, como também aqueles do passado – mais precisamente, os efeitos presentes e futuros de atos jurídicos perfeitos e acabados ocorridos no passado.

Assim, essas normas aplicáveis aos contratos administrativos celebrados antes da instauração do contexto pandêmico buscam modular os efeitos do desequilíbrio econômico financeiro que decorre da regência do “Direito velho”, em razão disso, o “Direito Novo”²⁸,

²⁸ Expressões utilizadas por Jacoby Fernandes *et al.* (2020, p. 29).

ainda que tenha vigência transitória, este deve ser aplicado de acordo com os problemas advindos da calamidade enfrentada.

Nesse ponto, Jacoby Fernandes *et al.* (2020, p.22-23) sugere três balizas fundamentais para a interpretação das normas extraordinárias, em que, primeiramente, deve considerar o conjunto das normas provisórias como um sistema normativo; em seguida, deve prezar pela coerência desse sistema, isto é, enxergá-lo com as lentes da pandemia e da exigência dos fatos sociais; e por último, as normas anteriores são aplicáveis quando regulamentam situações excepcionais, não devendo o intérprete invocar para aplicação prática outras regras ou princípios que não guardam relação com a anormalidade jurídica (*idem/p.* 27).

Em semelhante sintonia, Marçal mostra que é pertinente e louvável a utilização dos institutos tradicionais e específicos para situações extraordinárias na órbita do direito, especificamente para os contratos administrativos em execução, que para ele “nesse contexto, os efeitos diretos e indiretos da pandemia podem configurar caso fortuito ou de força maior, conduzindo à alteração das condições contratuais originais ou à própria extinção dos contratos” (2020, p. 16).

É observável que esse período de ESPIN gerou forte impacto na equação econômico-financeira do contrato, independentemente da modalidade do contrato administrativo, tendo em vista as modificações de preços de insumos, com valores elevados para determinados produtos, bem como a própria alteração na execução contratual. Fato é que as normas extraordinárias vieram com o intuito de procurar encontrar soluções para essa conjuntura.

Merece destaque, aqui, discutir algumas normas que tratam do desequilíbrio econômico financeiro das contratações administrativas nesse período de pandemia da COVID-19, serão analisadas algumas normas que tratam de contratos de prestação de serviços terceirizados; e outro contrato que também poderia integrar este tópico é o de concessões de serviços públicos, porém, tendo em vista as especificidades desses contratos, não se visualizou inovação legislativa significativa para a pesquisa tratando dessas outorgas. Todavia, destaca-se que a Administração pública consegue resolver alguns pleitos através das normativas de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, assim, “na falta de normas específicas sobre o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, durante o período de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional, podem ser aplicadas as regras ordinárias” (FERNANDES *ET AL.*, p. 105). Portanto, será dado mais relevo às novas leis que tratam dos contratos de serviços terceirizados.

De modo geral, Jacoby Fernandes *et al.* (2020, p.139-140) aborda alguns pontos sobre o reequilíbrio econômico-financeiro desses contratos de concessões, para ele não cabe reequilíbrio com relação à tarifa, para o caso de compensar os ônus de prejuízos decorrentes da pouca ou total ausência de demanda e o pagamento de encargos trabalhistas; ademais, o jurista orienta que a Medida Provisória nº 927/2020, de 22 de março de 2020, é de alcance amplo para os empregados de empresas concessionárias, terceirizadas e outras. Os juristas ainda acrescentam que:

[...] b) cabe reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em relação ao cronograma de pagamento de outorgas se a concessão tiver sido substancialmente afetada pelo decréscimo de usuários pagantes ou se o concessionário tiver dificuldades na obtenção dos créditos previstos inicialmente; c) cabe reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em relação ao cronograma de investimentos se a concessão tiver sido substancialmente afetada pelo decréscimo de usuários pagantes ou se o concessionário tiver dificuldades na obtenção dos créditos previstos inicialmente (*idem/2020*, p. 140).

Essas circunstâncias de cabimento do reequilíbrio nas concessões são notórias e amplas, a transcrição acima é apenas a título exemplificativo, devendo a empresa interessada requerer esse direito subjetivo (art.37, inciso XXI/CRFB), bem como comprovar dos custos decorrentes do desequilíbrio. Dito isso, cumpre observar que as normas provisórias procuram estabelecer um equilíbrio entre os direitos de ambas as partes através do consenso entre os trabalhadores e empregadores, tendo como pressuposto que ambas estão em situações desfavoráveis e precisam de perspicácia negocial para obter melhores alternativas para os problemas advindos da crise.

Nessa perspectiva, Jacoby Fernandes *et al.* (2020, p.119) ressalta que as situações atuais demandam de ações rápidas, eficientes, mas também refletidas, já que seus efeitos excedem a esfera jurídica, com consequências indiretas nas questões sociais de trabalho e economia que estão intrincadas as relações jurídicas nas constatações administrativas.

Deve notar as medidas que ensejaram a suspensão das atividades são provenientes do próprio estado, em que o empregador não pode seguir com as atividades de empresa porque há um decreto que proíbe essas atividades; já o trabalhador fica em casa, e impossibilitado de exercer suas funções também por decisão governamental, por isso, as normas provisórias para contratos administrativos em execução contemplam tanto as figuras dos trabalhador e empregador, como também a figura do próprio estado como como protagonista, colaborador e

uma espécie de intermediário nas questões trabalhistas que resultaram em um problema de ordem social e econômica ao país.

No caso em dos contratos administrativos, em que algumas prestações continuam em voga, dada a continuidade dos serviços públicos, a segurança e proteção dos trabalhadores devem ser garantidas, pois a própria Lei 13.797/2020 traz como objetiva da lei a proteção da coletividade. Assim, também pontuam Flavianna Paim e Ronny Charles (2020, p. 32):

As orientações para enfrentamento da pandemia não distinguem classes de trabalhadores, de tal forma que, desde a publicação da Lei 13.979/20, a atuação presencial dos terceirizados deve, na medida do possível, ser reduzida e limitada àquelas atividades essenciais, de caráter urgente ou emergente, o que autoriza a Administração Pública a suspender parte dos serviços ou até mesmo todos os serviços.

Com isso, é relevante destacar que dentro dessa possibilidade de suspensão de serviços, ganha importância na Administração pública o instituto da suspensão e redução dos contratos de trabalho entre a empresa e o empregado. Percebe-se que a diferença entre suspensão contratual e suspensão da execução do serviço são constituições jurídicas distintas, uma vez que na suspensão contratual as obrigações das partes ficam sustadas; já na suspensão ou alterações de algumas atividades, ocorre apenas modificações na execução das atividades que eram desempenhadas, como ocorre nos serviços terceirizados de mão de obra, em que na viabilidade de execução do serviço de forma remota ou através de rodízio dos funcionários em atividades e no afastamento de grupos de risco, para todas essas circunstâncias o contrato produz plenos efeitos com a obrigação de contrair (FERNANDES *ET AL.*, 2020, p. 113-114).

Essas providências possuem fundamento na Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020, que trouxe as alternativas para a continuidade dos contratos trabalhistas, como a utilização de teletrabalho, a antecipação de férias individuais, a concessão de férias coletivas, o banco de horas, com a ideia de flexibilizar a jornada de trabalho; e a possibilidade de acordos individuais de trabalho entre o empregado e o empregador (art. 2º da MP), na leitura desse artigo tais acordos prevalecem sobre as normas estabelecidas em convenções coletivas de trabalho, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e em qualquer outro diploma legal, devendo apenas atentar com a harmonia constitucional, é oportuno o apontamento de Thiago Zagatto de que é “importante lembrar que o núcleo dos direitos trabalhistas está no art. 7º da CF/1988, apesar de não se esgotarem nele. A exemplo, referido artigo, em seu inciso VI, garante a irredutibilidade salarial” (2020, p. 05).

Destaca-se que é previsão constitucional a irredutibilidade salarial do trabalhador, inclusive elevado ao patamar de cláusula pétrea, isto é, insuscetível de alteração, especialmente modificação unilateral. Ademais, também se vislumbra outras medidas para esse período de calamidade com a Medida Provisória nº 936/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda que posteriormente foi convertida na Lei nº 14.020/2020. Tal programa teve como objetivos a preservação de emprego e renda, em que se buscou a manutenção de atividades empresariais e postos de empregos através da redução da jornada de trabalho concomitante com a redução salarial, bem como a suspensão temporária de contratos de trabalho.

Esse programa traz como propósito muito claro a busca de resolver contendas através do acordo entre os trabalhadores e empregadores, assim, com a coordenação do Ministério da Economia, o programa passou a conceder um benefício aos trabalhadores que tiveram a redução do salário e da jornada de trabalho, bem como a suspensão temporária do contrato de trabalho. Com isso, a MP estabeleceu o pagamento de um benefício que tem como base de cálculo os valores que o empregado teria direito a título de seguro desemprego, tendo como parâmetro os últimos três meses. Assim, a MP traçou toda uma logística de acesso ao benefício.

Não custa lembrar que todas essas medidas são de caráter provisório, com o fim da calamidade tem também o término dos direitos e obrigações convencionados nesse período extraordinário (FERNANDES *ET AL.*, 2020, p. 170).

Recapitulando a discussão acima, viu-se que o instituto do contrato administrativo é permeado por riscos, alguns previsíveis e controlados, porém, outros imprevisíveis e incontroláveis, como evidentemente fica demonstrado com toda a alteração provocada pela pandemia da COVID-19, e atos normativos que interferem diretamente e indiretamente nas atividades da Administração pública federal, sobretudo nas concessões administrativas e contratos de mão de obra terceirizada.

Ainda, constatou-se a utilização incisiva e constante da cláusula constitucional de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato aplicada aos contratos em geral, e, de maneira fundamental, nas concessões administrativas. Com relação às normas provisórias que tratam do reequilíbrio dos contratos administrativos, estas devem ser aplicadas de acordo com as peculiaridades e impactos para cada relação jurídica. Levando em consideração exatamente como se deu o desequilíbrio em decorrência da imprevisibilidade na álea extraordinária, em

que nenhuma das partes contratantes deu causa ao fato que onera excessivamente uma parte, se há a existência de requisitos mínimos definidos em lei, ou que razoavelmente possam ser aferidos pela autoridade responsável.

Por último, foi possível compreender também que as leis federais e medidas provisórias que tratam das alterações contratuais na administração pública foram indispensáveis para o adequado tratamento de relações jurídicas envolvendo a administração-contratante, empresas, e funcionários com vínculo empregatício. Nesse sentido, a legalidade extraordinária em conjunto com as normas anteriores à pandemia, em consonância com o contexto fático, potencializaram a resolução de conflitos envolvendo empresas e trabalhadores que se enquadram nos programas governamentais de emprego e renda.

4 EFEITOS DA COVID-19 NAS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS DA UFERSA

Conforme a abordagem do capítulo dois, a conjuntura pandêmica aflige todo país, e neste cenário, a Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA) também foi severamente impactada pelos atos normativos da política nacional de combate à COVID-19.

A UFERSA é uma autarquia federal de direito público, criada pela Lei nº 11.155, de 29 de julho de 2005, com o objetivo de ofertar o ensino, pesquisa e extensão, em nível superior, vinculada ao Ministério da Educação, com sede em Mossoró, no Estado do Rio Grande do Norte, e com mais três *campi* no mesmo estado, distribuídos em nos municípios de Angicos, Caraúbas e Pau dos Ferro.

A Universidade além de seguir a Lei nº 13.979/2020, que encabeçou os primeiros protocolos sanitários no país, também teve que se adequar às normativas estadual e municipais. Assim, o Estado regulamentou, por meio do Decreto nº 29.513, de 13 de março de 2020, a política estadual de prevenção e combate ao vírus, que foi seguido de outros atos normativos e administrativos, como a Portaria nº 346, de 15 de março de 2020, que suspendeu as aulas da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) e, posteriormente, a gestão de educação do Estado suspendeu as aulas em toda a rede de ensino público no RN.

Além disso, o Decreto nº 29.534, de 19 de março de 2020, estabeleceu a calamidade em território potiguar e fez previsão da adoção de providências excepcionais para combater a disseminação da COVID-19 no estado, como ocorreu com a limitação das atividades

comerciais e serviços de alguns segmentos econômicos, notadamente, no setor de turismo e lazer da região.

A nível local, muitos municípios seguiram as diretrizes estaduais de prevenção e restrição de aglomerações, apenas formalizando o acréscimo de peculiaridades municipais. No caso de Mossoró, segunda maior cidade do estado do Rio Grande do Norte, a gestão municipal, através do Decreto nº 5631, de 23 de março de 2020, também decretou calamidade, restringiu atividades não essenciais e limitou a circulação de pessoas, além disso, suspendeu, de forma temporária, a realização de eventos, inicialmente pelo período de 90 (noventa) dias, porém, o prazo foi prorrogado, tendo em vista a grave situação do município, atendendo uma demanda crescente de pacientes locais, bem como das cidades circunvizinhas, e a significativa lotação dos principais hospitais situados na cidade.

Nesse contexto, alguns estabelecimentos comerciais fecharam e demitiram funcionários, outros reduziram o quantitativo de empregados, já que muitas atividades tiveram suas demandas consideravelmente reduzidas, ou temporariamente suspensas, especialmente as atividades culturais, a exemplo do “Mossoró Cidade Junina”, evento importante na movimentação da economia local e geração de emprego; sua suspensão se deu ora pela impossibilidade de aglomerações em razão da propagação do vírus, ora pela urgente necessidades dos gestores públicos concentrarem esforços e recursos em medidas de enfrentamento e combate ao vírus.

No âmbito da UFERSA, ainda em 16 de março de 2020, o reitor designou via Portaria nº 204/2020 servidores para constituir uma Comissão Especial de Emergência da COVID-19, para planejar e assessorar a gestão em ações para a mitigação da contaminação pelo vírus dentro da instituição. Logo, um dia depois, por meio de Decisão da CONSEPE/UFERSA Nº 021/2020, a Universidade suspendeu por tempo indeterminado o calendário acadêmico da graduação.

Ademais, a instituição suspendeu, através da Portaria nº 08 de 17 de março de 2020, todos os eventos e atividades presenciais de atendimento ao público, juntamente com a adoção de trabalho remoto, bem como em turnos de revezamento e melhor distribuição de pessoal. Em seguida, restringiu-se ainda mais as atividades ordinárias da administração, haja vista a suspensão de prazos processuais administrativos, promovida pela Medida Provisória nº 928/2020. Além de outras alterações envolvendo docentes e servidores públicos federais,

como o aumento de solicitações de licenças para tratamento de saúde, e reconsideração de prazos de afastamentos para estudos de pós-graduação.

Diante disso, a UFERSA, de forma mais específica, fez recomendações sobre as possibilidades que poderiam ser adotadas pelas empresas com vínculos com a instituição, tendo em vista a prevenção da transmissibilidade do vírus entre os funcionários que prestam serviços terceirizados dentro da Universidade. Dessa forma, em 22 de março de 2020, o Gabinete da Reitoria expediu a Portaria nº 213/2020, que estabelece providências quanto à situação dos funcionários de empresas terceirizadas que prestam serviços na Universidade. Através dessa portaria, suspendeu-se a execução presencial de atividades das empresas prestadoras de serviços terceirizados; excetuando-se apenas aquelas que prestam serviços não essenciais, como vigilância patrimonial, auxiliar de enfermagem, e outros definidos por setor específico.

Portanto, em um paralelo com as inúmeras repercussões jurídicas, políticas e econômicas da pandemia, é perceptível também os reflexos dessas repercussões na rotina administrativa da UFERSA. Destaca-se que a nova realidade impôs um verdadeiro redesenho jurídico nas contratações administrativas, sobretudo naqueles contratos que foram celebrados em período anterior à pandemia. Fica evidente que as concessões administrativas de cantinas, restaurantes e lanchonetes, bem como os contratos de prestação de serviço de mão-de-obra terceirizada sofrem significativos desequilíbrios de teor econômico-financeiro.

4.1 ENTENDENDO OS CONTRATOS SUBMETIDOS À DISCIPLINA DA EXTRAORDINARIEDADE JURÍDICA NA UFERSA

As modalidades contratuais que ocupam posições destacadas no que diz respeito à realização de atividades e prestação de serviços, são os contratos de concessões administrativas e de prestação de serviços de mão-de-obra terceirizada. Estes contratos apresentam características particulares, e com uma dinâmica operacional bem distinta.

Em razão disso, os efeitos da pandemia da COVID-19 também recaíram sobre esses contratos de maneiras diferentes, todavia, merece guarida a convergência de que ambos sofreram com o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência da política de combate ao coronavírus no país.

Com isso, a Pró-Reitoria de Administração (PROAD), que é um órgão vinculado à Reitoria da Universidade e que coordena e supervisiona compras, contratos, licitações, material e patrimônio, além de praticar outros atos relacionados à administração em âmbito de

toda da UFERSA, passou a receber alguns requerimentos de empresas contratadas, que diante das circunstâncias pandêmicas, que alegavam impossibilidades do pagamento de valores acordados, em período anterior a COVID-19, como nota-se nos contratos de concessões administrativas da Universidade, formalizados por meio do processo administrativo nº 23091.003815/2020-26, que foi cadastrado em 24 de abril de 2020.

Ademais, é facilmente observável nesse processo, especificamente no ofício da PROAD (fl.04), há enorme dificuldade de se encontrar um parâmetro para a situação, uma vez que houve o completo cessamento das atividades de cantinas, restaurantes e lanchonetes na Universidade, seja pela política de distanciamento social, com a suspensão de aulas, e a maioria das atividades presenciais na instituição, seja por decretos em âmbito estadual e municipal, os quais, quase o ano todo, proibiram atividades e aglomerações de pessoas, inclusive em âmbito de repartições e órgãos públicos.

De todo modo, o impacto causado pela COVID-19 nas contratações administrativas foi comparável, em um primeiro momento, com os atos de greves, em que era o que podia acontecer de mais imprevisível no decorrer da execução desses contratos. Inclusive, os editais de licitações para os restaurantes, lanchonetes e cantinas universitários de Mossoró e os outros *campi* trazem cláusulas nesse sentido.

Já no que trata dos contratos de serviços terceirizados, há que se destacar, inicialmente, que gerir os contratos de mão-de-obra terceirizada sempre foi um desafio para a gestão de recursos humanos na Administração Pública (FERNANDES, 2004).

Assim, tendo em vista as providências iniciais com relação às equipes de trabalhadores terceirizados, bem como a adoção de medidas para garantir a segurança e saúde e a vida dos funcionários e funcionárias prestadores de serviços na UFERSA, os contratos terceirizados da Universidade tomaram os rumos burocráticos seguindo as recomendações superiores e a legislação provisória que busca regulamentar os atos jurídicos perfeitos constituídos antes da pandemia.

Nesse contexto, é lícito que a área administrativa da Universidade seguiu as recomendações superiores, como as expostas no Portal de Compras do Governo Federal²⁹, em que a atuação presencial de serviços terceirizados foi reduzida apenas para atender atividades essenciais do órgão ou entidade administrativa, assim como em um patamar mínimo de funcionários.

²⁹Disponível em: <https://antigo.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1270-recomendacoes-covid-19-servicos-terceirizados>. Acesso em 09 de maio de 2021.

Além disso, a área administrativa procedeu a notificação às empresas contratadas para que estas fizessem a adoção de meios de proteção e campanhas de conscientização e prevenção ao vírus entre os funcionários da empresa na rotina de trabalhos dentro das imediações institucionais.

Por óbvio, as diversas medidas recomendadas por esta IFES, com a retirada do trabalho presencial daqueles que se enquadram no denominado grupo de risco; a suspensão de serviços prestados pelas empresas terceirizadas, tendo em vista a redução do quantitativo de servidores com atividades diretamente na instituição, bem como o expediente parcial ou a jornada de trabalho em forma de rodízio destes.

Nessa linha, especificamente em referência ao processo administrativo nº 23091.004211/2020-05, cadastrado em 13 de maio de 2020, que trata de aditivo contratual para redução quantitativa de valores no Contrato nº 01/2019, que foi celebrado para prestação de serviços de apoio e limpeza na Universidade. Para essa relação jurídica, a área administrativa da UFERSA adotou como uma das medidas iniciais da gestão de contratos a orientação direta a empresa, no caso, a LDS Serviços de Limpeza LTDA, sobre a possibilidade que esta tem de conceder férias coletivas ou individuais aos seus funcionários; e na inviabilidade desta medida, pode a mesma respaldar a ausência do funcionário através da falta justificada, como prevê o art. 3º da Lei nº 13.979/2020.

Ademais, buscou-se também estabelecer diálogos com a empresa prestadora de serviços para que esta, de maneira formal, fosse ajustada aos programas governamentais de enfrentamento à crise, disponibilizados pelo governo federal de proteção ao emprego e renda, como uma forma de mitigar prejuízos aos contratos de trabalho entre a empresa LDS Serviços de Limpeza LTDA e os seus funcionários. Haja vista que a administração pública já não tem a necessidade de uma demanda nos moldes da situação ordinária, de aulas e atividades presenciais. A conjuntura é outra. E com problemas consideráveis.

Logo, toda aquela expectativa regular do contrato, com início, meio e extinção, restou rompida, com todos os envolvidos em desvantagens, e como se não bastasse, não se identifica nenhum culpado para arcar com os prejuízos e danos gerado por esse fato atípico, se é que isso é possível.

Para piorar, os mais prejudicados, certamente, foram os funcionários das empresas prestadoras de serviços terceirizados, os quais ficaram sem emprego ou tiveram seus salários reduzidos, já que boa parte desse contingente de trabalhadores não era enquadrável em trabalho remoto ou as atividades não-presenciais, como ocorreu com a maioria dos servidores,

estagiários e uma minoria de funcionários temporários de maior qualificação profissional na Universidade.

Diante disso, a PROAD teve o desafio de se aproximar da empresa prestadora de serviço com a finalidade de zelar pelos interesses múltiplos que são refletidos no contrato administrativo. Contudo, ela teve também de se atentar que a Administração pública não deve interferir nas relações trabalhistas entre a empresa (*jus variandi*) e seus funcionários (*jus resistentiae*), a relação jurídica do contrato administrativo é entre a empresa e a Administração; a lei veda uma relação direta entre o funcionário terceirizado e os agentes do órgão público, pois as responsabilidades e subordinação só existem entre a empresa e seu colaborador, a administração pública em nada interfere quanto a isso. Então a autoridade administrativa precisou agir na sua função decisória, pensando o contrato de maneira integrada, porém, sempre agindo em meio a essa linha tênue das ações e limitações legislativas, até mesmo para evitar possíveis implicações jurídicas em eventuais demandas trabalhistas.

Nesse sentido, essa nova realidade no âmbito da UFERSA fez com que a PROAD buscasse soluções para os problemas administrativos e jurídicos dos contratos de concessões e prestações de serviços terceirizados, que foram estabelecidos em um contexto de normalidade jurídica. Para tanto, buscando entender as possibilidades jurídicas disponíveis para o momento, a Pró-Reitoria de Administração levou a apreciação da Procuradoria Federal na UFERSA, Órgão Consultivo da Procuradoria-Geral Federal (PGF) vinculada à AGU, que é independente e exerce o controle de legalidade de atos administrativos praticados no âmbito da Universidade, inquietações advindas dos reflexos da COVID-19 nos contratos administrativos desta instituição.

4.2 CATEGORIAS JURÍDICAS UTILIZADAS NOS PARECERES DA PROCURADORIA FEDERAL

Dando continuidade à pesquisa, e, propriamente, antes da análise dos pareceres da Procuradoria Federal na UFERSA, que são vinculados aos processos administrativos citados no item anterior; é indispensável, antes de mais nada, para se ter melhor compreensão da pesquisa, uma abordagem geral sobre a peça jurídica que integra nosso objeto de investigação, isto é, o parecer jurídico.

4.2.1 Dos pareceres jurídicos

Na definição de Di Pietro (2020, p. 520), parecer jurídico é “o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência”. Ou seja, trata-se de uma manifestação escrita com diferentes efeitos e que comunga, materialmente, soluções para um dado problema jurídico, como bem exemplifica o Enunciado nº 45 do Manual de Boas Práticas Consultivas (BPC) da AGU.

Nessa linha, essas soluções são elaboradas após a análise de uma situação específica, que deve ser documentado em processo administrativo, à luz da Constituição, das leis infralegais, jurisprudência, dos atos normativos internos e entendimentos doutrinários sobre a matéria objeto da consulta; em seguida, tem-se então uma opinião fundamentada ou uma resposta aos questionamentos ventilados na consulta formulada.

Porquanto, o parecer traduz-se em uma opinião revestida de algumas formalidades processuais; a saber, as mais importantes estruturalmente são: o relatório, a fundamentação e a conclusão. No que se refere ao relatório, este aborda a apresentação do assunto objeto do parecer e caracteriza-se pela sucessão de fatos ocorridos ao longo do processo, consiste em uma parte que deve possibilitar o conhecimento do assunto que será tratado no parecer; já na parte da fundamentação, é o momento em que as objeções jurídicas são apresentadas, bem como os institutos e normas jurídicas atinentes ao tema em discussão, assim, os questionamentos são enfrentados com respostas objetivas, claras e fundamentadas, trata-se da parte mais longa e relevante do parecer; e a conclusão, como o próprio nome diz, é o arremate do que foi tratado ao longo da fundamentação e traz também a posição do parecerista quanto ao problema suscitado nos autos, ou seja, é uma resposta definitiva, precisa e, quando necessário, com condicionantes sobre o entendimento jurídico trazido para a análise.

Dessa forma, como decorrência lógica da atividade de consultoria jurídica no âmbito da Administração Pública, o parecer traduz-se então na representação da subsunção do fato à norma ou da norma ao fato, como uma espécie de moldura em que se diz ao administrador, por meio do parecer, todas as opções possíveis sob o prisma legal de medidas administrativas para a tomada de decisão em atos de gestão da coisa pública.

Nessa toada, a manifestação jurídica emitida por órgãos de consultoria e assessoramento jurídico, é proveniente do resultado de uma análise jurídica de natureza complexa, consoante estabelece o art. 3º, caput, da Portaria nº 1399/2009 da Advocacia Geral da União. Destaca-se que é através dessa atividade consultiva que o membro da advocacia

pública, seja na esfera municipal, estadual ou federal, exerce o controle interno de legalidade dos atos da Administração Pública (DI PIETRO, 2020, p. 520).

Ademais, como reforça a Lei Complementar nº 73/1993, na esfera da União, que compete às Consultorias Jurídicas “assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica” (art. 11, inciso V, desta Lei). Essa Lei Complementar também traz que compete às Consultorias Jurídicas a fixação da interpretação da Constituição, leis e atos normativos que deve ser obedecida se não houver outra interpretação superior sobre o mesmo assunto, tendo em vista a representação coordenada e uniforme dos interesses da União.

Assim, realizada a consulta pelo agente público ou autoridade consulente acerca de alguma dúvida jurídica relacionada com tomada de decisão na administração, seja diante de um caso concreto ou hipotético, espera-se que a resposta à consulta formulada pela autoridade administrativa contemple a demonstração do raciocínio jurídico, assim como, o seu desenvolvimento (art. 3º, *caput*, Portaria nº1.399/2009) pelo parecerista ou pelo membro da advocacia pública responsável pela confecção do parecer.

Além disso, é relevante pontuar que a manifestação consultiva da peça do parecer deve se ater aos aspectos eminentemente jurídicos e vinculados ao assunto, não podendo consultor adentrar em aspectos técnicos, administrativos ou qualquer outro da competência do administrador e sem natureza jurídica, uma vez que não é esse o objeto da consulta, consoante explica o enunciado nº 07 do BPC.

Por tudo isso, deve-se atentar que no conteúdo é vedado ao Órgão Consultivo emitir parecer conclusivo sobre os assuntos não jurídicos. Ocorre que o enunciado acima possibilita que é possível que se tenha opiniões ou recomendações por esses meandros mais específicos, contudo, estas devem se dar de forma expressa, ou seja, que se trata de uma alternativa ao dispor do administrador e que não possui condão vinculante, tendo em vista que o procurador ou aquele que emite o parecer jamais pode decidir pela autoridade administrativa, sobretudo em questões de competência da autoridade gestora.

É oportuno esclarecer que os pareceres jurídicos elaborados pelas procuradorias são comumente divididos em pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes; dentro desse ponto, em uma peculiar decisão, o STF trouxe ao debate a seguinte abordagem dessas

hipóteses de funções desempenhadas por essas modalidades de pareceres, veja-se o julgado via mandado de segurança nº 24.631-DF³⁰ (p. 284-285):

(i) quando a consulta é **facultativa**, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é **obrigatória**, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar o ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de “decidir à luz de parecer **vinculante**”, (décider sur avis conforme), o administrador não poderá decidir **senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir**.

Compreende-se aqui que, para fins de efeitos e responsabilidade no que tange aos pareceres, é preciso levar em consideração essa distinção para cada circunstância administrativa. Há que se destacar que na hipótese da consulta obrigatória, a qual é perfeitamente visualizada no art. 38, parágrafo único da Lei 8.666/1993, em que estabelece como dever do administrador a submissão prévia de minutas de editais de licitações, contratos convênios e outros instrumentos semelhantes para análise e aprovação pela autoridade legalmente investida na função desse controle na Administração.

4.2.2 Análise dos pareceres jurídicos da Procuradoria Federal na UFERSA

Feitas essas considerações acerca dos pareceres jurídicos, cumpre agora examinar os parecer nº 00094, bem como o parecer nº 00176, que são referentes, respectivamente, aos meses de maio e julho de 2020. Estes pareceres foram elaborados como respostas aos questionamentos formulados nas consultas dos processos administrativos nº 23091.003815/2020-26 e nº 23091.004211/2020-05, detalhados no tópico anterior, junto à Procuradoria Federal na Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA).

Cumpre registrar que os pareceres que são objetos de análise foram selecionados em razão de sua natureza representativa com relação aos efeitos da COVID-19 nos contratos administrativos da IFES, e também pela importância do período tão peculiar em que estes foram elaborados, a saber, nos meses em que os impactos da pandemia já eram sentidos de modo mais intenso, seja no aspecto da saúde pública, seja quanto aos desdobramentos normativos, sociais e econômicos em decorrência do vírus.

30

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>. Acesso em 21 abr.2021.

Neste momento, a gestão universitária viu-se diante de difíceis e desafiadoras circunstâncias com relação às contratações administrativas; já que os desequilíbrios econômico-financeiros vieram antes das normas e os fatos assumiram projeções inimagináveis para as partes contratuais.

Diante disso, os gestores tiveram de agir e decidir, inclusive, com todas as variáveis presentes no momento, isto é, a impossibilidade de execução contratual, as dificuldades financeiras que atingem muitas empresas, tendo em vista a redução da atividade ou mesmo inatividade de algumas, das obrigações de quitar débitos trabalhistas junto aos seus funcionários, bem como outros encargos de natureza fiscal ou débitos contraídos com fornecedores ou credores; além do crescente desemprego que aflige cruelmente os trabalhadores mais vulneráveis.

Além dessas variáveis, já complexas para qualquer gestor público, há ainda seu dever em seguir a legislação vigente, mesmo que esta não ofereça, de forma imediata, uma resposta necessária ao enfrentamento da problemática contratual pela administração, já que esta não é somente de teor jurídico, mas, também de natureza social e econômica, o que acaba envolvendo uma tomada de decisão muito delicada, a qual deve além priorizar o perfeito equilíbrio jurídico, torna-se necessário também que esta seja acrescida de sensibilidade social com todas as partes atingidas pelo desequilíbrio do contrato. Logo, seja qual for a decisão da área administrativa, esta terá reflexos diretamente nos direitos e na vida das empresas e dos seus trabalhadores, que em período ordinário pactuaram e se comprometeram com todas as regularidades jurídicas e boa-fé perante a Administração Pública.

Nesse sentido, algumas das consultas dirigidas à Procuradoria na UFERSA, que versam sobre essas problemáticas serão analisadas nos pareceres que tratam das situações das concessões administrativas de restaurantes, cantinas e lanchonetes na instituição (Parecer nº 00094/2020); e também as modificações sofridas nos contratos de prestação de serviços terceirizados de apoio e limpeza institucional (Parecer nº 00176/2020).

Iniciando em ordem cronológica, ou seja, pelo parecer nº 00094/2020, que trata da concessão onerosa de uso do espaço público dentro da Universidade, é importante firmar a compreensão que a concessão, que ocorre através de contrato administrativo e, em regra, deve vir precedido de licitação e com prazo de duração já estabelecido em cláusulas contratuais, sendo um instituto não precário e discricionário, tendo em vista a vinculação ao instrumento convocatório, ou melhor, ao edital; dessa forma, são consideradas concessões as outorgas de

lanchonetes, cantinas e restaurantes, de espaço comum de circulação de pessoas dentro de uma instituição ou órgão público³¹.

Note-se que neste parecer nº 00094/2020, foram feitas algumas objeções através da consulta da PROAD à Procuradoria Federal na UFERSA, em 24 de abril de 2020, no sentido de que a paralisação universitária motivada por medidas de prevenção a saúde pública de importância nacional e da política de isolamento social, provenientes do próprio poder público, estava inviabilizando a concretização de atribuições e encargos pactuados nas relações contratuais, isto é, as atividades de restaurantes, cantinas e lanchonetes, e também o pagamento do aluguel do espaço da Universidade. Desse modo, o cerne da consulta é problema jurídico da (im)possibilidade de isenção de valores de concessão de empresas responsáveis pelos restaurantes universitários e cantinas dos *campi* da UFERSA, bem como os termos jurídico-administrativos que deveriam ser utilizados, no caso de possibilidade.

Assim, o ofício da PROAD tem como escopo encontrar soluções para alguns requerimentos já realizados, como consta no processo; bem como para futuros requerimentos pelas empresas concessionárias junto à Universidade. As empresas que pleiteiam as isenções de valores pagos, sob a forma de aluguel, alegam a impossibilidade econômica de arcar com os custos dos contratos que, na prática, tiveram seus efeitos modificados e de maneira bastante onerosa para as empresas concessionárias.

Dessa forma, com amparo em cláusulas previstas no instrumento convocatório para situações imprevisíveis, como paralisações ou redução de atividade, e também em normas de direito público; a consulta traz a lume as demandas suscitadas pelas empresas e também inquietações da gestão contratual da instituição quanto às indagações: “é possível conceder às empresas a isenção do pagamento dos valores das concessões de uso dos restaurantes universitários e das cantinas?”; em que termos, em sendo legal a isenção das empresa, se esta deveria ser total ou parcial; se o poder da administração era vinculado ou discricionário na concessão, e a forma burocrática de proceder internamente e junto a empresa.

O parecer nº 00094/2020, logo no início do tópico da fundamentação, traz que: “[...] com a suspensão do calendário acadêmico da graduação, praticamente não há fluxo de pessoas nos *campi*, de modo que, ainda que se permitisse o serviço de lanchonete ou restaurante, não haveria público para consumo.” Vê-se que essa ressalva é pertinente no sentido de que a impossibilidade do exercício das atividades pelas empresas concessionárias,

³¹ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Parecer n. 03/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN032016CPLCD EPCONSUPGFAGU.pdf>. Acesso em 27 de maio de 2021.

na situação dos autos, não decorre exclusivamente de atos diretos e imediatos da UFERSA com a finalidade de restringir o funcionamento desses estabelecimentos; há aqui, ainda, a incidência de atos normativos a nível nacional e regional que impedem as aglomerações de pessoas, sobretudo nas adjacências de instituições de ensino - que normalmente congregam muitas pessoas de diferentes localidades e, por consequência, aumenta o risco de propagação do coronavírus em âmbito acadêmico, local e regional.

Com relação, ainda, ao parecer que trata da situação das concessões administrativas, a Procuradoria na UFERSA analisou e respondeu aos questionamentos acima com base nos fundamentos jurídicos já previstos na legislação específica dos contratos administrativos, ou seja, na Lei nº 8.666/1993, que já prevê a utilização de determinados dispositivos jurídicos para essas eventuais situações de rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como estabelecem, de maneira ampla, o art. 58, § 1º da Lei nº 8.666/1993 e art. 65, inciso II, alínea d do mesmo diploma legal.

Nessa linha, compreende-se através da leitura do art. 58, § 1º da Lei nº 8.666/1993, que o regime jurídico dos contratos administrativos traz algumas prerrogativas, porém, aquelas de teor econômico-financeiro e monetária, para que sejam alteradas precisam da concordância da parte contratada, visto que envolve as cláusulas imunes ou econômicas, as quais tratam da remuneração do particular; e em razão disso, são cláusulas intangíveis, a saber, que não podem sofrer mutações por decisões unilaterais da administração-contratante (JUSTEN FILHO, 2017, p. 1.127).

Ainda nessa conjuntura, embora os fatos narrados nesses processos tenham um impacto mais significativo e de consequências muito mais drásticas do que o alcance e captação pelo legislador, à época; contudo, constata-se que os argumentos utilizados para fundamentar possíveis soluções aos questionamentos da administração contratual não são de normas fechadas, que encerram seu sentido por conta próprio e de maneira acabada, como molduras perfeitas que caracterizam as relações contratuais, especialmente o instituto do contrato administrativo.

Porquanto, a realidade fática da pandemia da COVID-19 demanda muito mais do que essas normas gerais podem oferecer, tais normas devem servir ao gestor apenas como ponto de partida, ou como fundamentos processuais, que trazem segurança na decisão administrativa. Ademais, é perceptível a limitação prática dessas normas, ao processo em

análise, bem como a evidente impossibilidade fática da tradicional subsunção das normas aos fatos.

Aqui, perpassam os pensamentos de que acreditar, incondicionalmente, que o ordenamento jurídico dará respostas a toda e qualquer situação jurídica ou que o direito positivo já regulamenta todas as situações jurídicas existentes ou por vir; inexistindo, assim, fatos fora do alcance da normatividade vigente; constata-se que se trata de um enfoque idealista de aplicação do direito e que não condiz com a realidade que abarca as pessoas cotidianamente³²(JUSTEN FILHO, 2018, p. 16).

Para Marçal (2018), a concepção realista do direito, isto é, de que há uma eterna imperfeição da normas frente aos fatos surgidos, mostra-se como mais adequada para compreender a aplicação do direito pela autoridade decisória, pois, há nessa concepção de direito balizas gerais que devem orientar a autoridade administrativa, esta, porém, continua em algum grau vinculada às amarras abstratas do direito, sob pena de absurdos jurídicos.

Dessa forma, o art. 20, *caput* e parágrafo único da Lei nº 13.655/2018, dialoga justamente com essas concepções de direito, no sentido que a concepção idealista traz a lume as suas limitações na aplicação concreta do direito, já que o amplo leque de normas gerais e abstratas, inclusive de hierarquia superior, ampliam-se as soluções que podem ser diversas e até contraditórias entre si (JUSTEN FILHO, 2018); e, com a concepção realista ou pragmática do direito, que em determinadas situações ou *hard case*³³ não é possível encontrar respostas silogísticas e pré-existentes no direito positivo.

Destaca-se que o dispositivo acima, que foi acrescido através da Lei nº 13.655/2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), insere-se na compreensão do direito em uma perspectiva de contribuir, na condição de postulado normativo, ou seja, de normas de aplicação que orientam a melhor forma de concretizar as normas jurídicas ao caso específico. Através desse postulado, o qual, necessariamente reveste-se de lentes que possibilitam enxergar sentidos que não são disponibilizados de plano pelo direito objetivo.

Esses sentidos normativos são construídos a partir dos fatos e, de forma concomitante, visando equilibrar as consequências com uma melhor abordagem normativa. Observa-se que, indiscutivelmente, trata-se de uma construção hermenêutica, que parte obrigatoriamente do

³² JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 13-41, 23 nov. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>. Acesso em 18 de maio de 2021.

³³ *Hard case* ou “casos difíceis” é quando o julgador se depara com uma situação em que há a colisão de princípios fundamentais envolvendo os direitos das partes, assim, a autoridade competente precisa decidir através da técnica do sopesamento dos princípios conflitantes para saber qual deve prevalecer dentre os envolvidos naquele dada situação específica. Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/420456379/afinal-o-que-sao-hard-cases>. Acesso em 15 de maio de 2021.

contexto, das circunstâncias reais que guardam relação com o ato decisório e as consequências que rodeiam a decisão escolhida em meio a preterida. E, nesse ponto, cumprir o art. 20 da LINDB apresenta-se, de maneira singela, como uma verdadeira norma transversal (DIDIER, 2018), que perpassa todas as esferas do direito, como claramente descrito no *caput* do dispositivo mencionado, em que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”; logo, fica evidente que nesse artigo o legislador visualizou a aplicação da norma para qualquer decisão tomada no âmbito normativo, independentemente de ser administrativa, de controle ou judicial, pois, as exigências da análise específica e vedação da utilização de valores ou princípios gerais são válidas, de igual modo, para qualquer autoridade investida na função de julgar, de decidir.

Nesse raciocínio, Marçal (2018) defende que o art. 20 da LINDB deve ser manuseado em conjunto com o art. 489, § 1º do Código de Processo Civil de 2015, o qual elenca hipóteses em que não se considera a decisão como fundamentada, veja-se algumas dessas hipóteses: a invocação vazia de normas genéricas sem efetivamente demonstrar a relação de causa e efeito da decisão; a ausência de motivação concreta que incidiu sobre o caso individualizado; e a invocação de motivos capazes de justificar qualquer decisão.

No que pertine a exigência da correta identificação das consequências da decisão, sem dúvida, é interessante compreender tal exigência como sendo a inserção formal do consequencialismo³⁴ ao direito público. Ou seja, o consequencialismo jurídico pode ser entendido como sendo uma forma de interpretação do Direito em que se considera as consequências de determinada interpretação escolhida dentre as existentes e igualmente possíveis. Visualiza-se, ainda, a imersão dessa teoria como uma resposta perspicaz aos erros imperceptíveis cometidos ora por decisões administrativas imprecisas, ora pelo excessivo controle e discricionariedade na argumentação e no exercício dessa atividade controladora (MENDONÇA, 2018, p.47), que ainda é reflexo da arraigada concepção idealista do direito.

Dessa forma, a validade da medida depende da justa proporção da decisão construída a partir do contexto e das consequências jurídicas e sociais frente ao problema em discussão. Para isso, é indispensável que haja a adequação da medida com os resultados práticos

³⁴MENDONÇA, J. V. S. DE. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, p. 43-61, 23 nov. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77649>. Acesso em 18 de maio de 2021. Conforme o autor, “o consequencialismo é característica de certa postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências do ato, teorias ou conceitos”(p. 47).

imediatos; essa adequação deve surgir da reflexão da norma jurídica geral em comunhão com a interpretação do gestor que vivencia as agruras que circundam a tomada de decisão.

Seguindo essa perspectiva, o art. 22 da Lei nº 13.655/2018, com o honroso intuito de reduzir o idealismo jurídico,³⁵ que no plano teórico ainda é prevacente no direito brasileiro; o dispositivo em questão busca enfrentar as principais teorias idealistas, como “(i) a suposta completude e determinação do direito; (ii) a presunção da existência de um cenário fático ideal para a concretização dos ambiciosos objetivos do direito público nacional” (JORDÃO, 2018, p. 66). Para esse autor, uma dessas teorias idealiza o direito enquanto a outra idealiza os fatos.

Ainda, o mesmo dispositivo no *caput* e §1º da LINDB, traz que a Administração pública, quando na interpretação de normas de gestão pública, deve considerar os obstáculos, as dificuldades práticas e as políticas públicas que estão a cargo do agente público competente para a decisão; dessa forma, este deve colocar no centro da decisão as circunstâncias e consequências favoráveis ou desfavoráveis que limitam ou condicionam a decisão.

Em suma, o art. 22 da Lei nº 13.655/2018 traz, de maneira central, as dificuldades reais de implementação de direitos, com as limitações materiais e a imprevisibilidade fática, por isso, a lei estabelece como imperativo máximo a contextualização na interpretação e aplicação do Direito (JORDÃO, 2018, p. 69). Tal interpretação, que é uma verdadeira “consagração do primado da realidade” (*idem*/2018, p.70), deve ser acompanhada da adequação e proporcionalidade da decisão, isto é, de detalhes que permitam a aferição da justa medida no momento que ensejaram uma medida em detrimento de outra; bem como deixar demonstrado os motivos que tornam a interpretação adotada mais eficaz e com menos prejuízos para as partes envolvidas diretamente e indiretamente na relação jurídica submetida ao crivo decisório.

Portanto, a legitimidade da decisão encontra-se na dosagem certa de uma hermenêutica realizada pelos gestores de forma casuística, na análise do parecer nº 00094/2020, o contexto pandêmico é caracterizado pela incerteza, pela angústia, pelas muitas variáveis, além das consequências jurídicas de decidir, de errar, de sofrer penalidades disciplinares por parte da autoridade decisória, que primeiramente é servidor público e é sujeito às todas as responsabilidades comuns ao cargo. Outrossim, é perceptível ainda que na fundamentação do parecer nº 00094/2020, principalmente encabeçada pela art. 65, inciso II,

³⁵ JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 63-92, 23 nov. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77650>. Acesso em 18 de maio de 2020.

alínea d, da Lei 8.666/1993, há uma tendência da própria lei de contratações na adoção da consensualidade nos conflitos advindos dessa relação entre a administração-contratante e as empresas contratadas. Essa consensualidade é importante no sentido de criar meios alternativos para resolver conflitos entre administração e particulares, bem como é uma interessante manifestação de incidência da eficácia nas decisões administrativas (LIMA, p. 231, 2013). De todo modo, entendemos que a análise mais produtiva é a que comunga o dispositivo acima com o art. 65, *caput*, §2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.

Nessa toada, o parecer nº 00176/2020, também em contexto pandêmico, com a incidências de muitos fatores já vistos na análise do parecer anterior; contudo, neste, há outras peculiaridades agregadas ao cenário de imprevisibilidade, pois a relação jurídica existente envolve diretamente a UFERSA, a empresa prestadora de serviços de limpeza e os funcionários terceirizados desta. Ressalta-se que o Contrato nº 01/2019 que é objeto de discussão deste parecer é um instrumento através do qual a relação jurídica foi constituída para a execução de serviços de limpeza em âmbito institucional. Além disso, na mesma perspectiva de preocupação com a saúde pública coletiva, de dificuldades financeiras de empresas de pequeno e médio porte, com o problema nacional de desemprego social e redução da renda do trabalhador.

Ainda, há as possibilidades legislativas de soluções dos conflitos demandados, em que a relação jurídica com a empresa esteve submetida tanto à legislação ordinária, Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 13.655/2018, quanto à legislação extraordinária de enfrentamento à COVID-19, como a Lei 13.979/2020, as Medidas Provisórias nº 936/2020 – Programa Emergencial de Manutenção do Emprego, que, evidentemente, torna a decisão administrativa ainda mais complexa.

Vê-se nos autos que tratam do problema objeto de análise, no parecer nº 00176/2020, da Procuradoria Federal na UFERSA, que a PROAD trouxe para verificação legal decisões já tomadas pela equipe gestora de contratos, que, em tratativas com a empresa prestadora dos serviços limpeza discutiram sobre a redução de quantitativo de valores contratuais, que na prática representa a suspensão parcial de postos de trabalho, pelo período de 27 de julho de 2020 a 31 de dezembro de 2020. Dessa forma, a PROAD submeteu à PF/UFERSA a minuta do terceiro aditivo contratual e os seguintes questionamentos (fls. 27-28 dos autos):

[...]

- a) Quanto a legalidade da realização de supressões contratuais temporárias acima do limite contratual de 25% embasadas pelo art. 65, 2º, inciso II, da Lei 8666/93, em decorrência da pandemia do COVID- 19.
- b) Considerando que a redução dos postos tem caráter temporário em função da pandemia, é necessária a formalização de aditivo ou poderá ser realizada por meio de instrumentos administrativos para a contratada, como ordem de serviço e/ou ofício institucional de formalização?
- c) É possível o retorno dos postos para os quantitativos anteriores ao período da pandemia, considerando que a inativação da quantidade de postos foi caracterizada por ser temporária? Se sim, e se houver a necessidade de formalização de aditivo (pergunta b), essa ação pode ser incluída no aditivo de supressão ou deverá ser objeto de aditivo específico, utilizando o parecer jurídico resultante desta consulta?
- [...]

Nessa linha, a Procuradoria na UFERSA fundamentou os questionamentos acima através do art. 65, *caput*, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, na condição de dispositivo geral, para possível acordo entre a UFERSA e a empresa contratada — no que diz respeito à supressão de valores contratuais superiores aos estabelecidos em lei, como a supressão temporária de 10 postos de trabalho, que correspondem aos valores suprimidos de R\$ 274.603,20 (duzentos e setenta e quatro mil, seiscentos e três reais e vinte centavos), resultando, assim, na redução do valor global do contrato.

É relevante pontuar que, nas discussões iniciais, a empresa LDS Serviços de Limpeza LTDA pleiteou junto ao Setor de Contratos da UFERSA o pagamento da ajuda compensatória mensal (art. 8, §5º da MP 936/2020), tendo em vista a disponibilidade da empresa e seus funcionários na prestação dos serviços, e que a efetiva prestação só não ocorre em razão de fatos e atos alheios a vontade destes. Ocorre que, a Universidade alegou a impossibilidade da realização do pagamento; no entanto, a PROAD lançou a proposta de redução do valor contratual em percentual superior ao previsto em lei, porém, comprometeu-se na defesa de inserir a cláusula de restabelecimento do número de postos suprimidos, automaticamente, com a retomada das atividades acadêmicas e administrativas.

Por oportuno, nota-se que este dispositivo acima da Lei nº 8.666/1993, de antemão, legitima o processo de negociação realizado entre a PROAD e a empresa LDS Serviços de Limpeza LTDA. Dessa forma, a gestão contratual, com o conhecimento da relevância social que a empresa possui, sobretudo para os trabalhadores desta, busca estabelecer o diálogo eficaz com a empresa que remunera esses funcionários. É notável que uma atuação nesses moldes poderia amenizar maiores prejuízos de caráter financeiro e social para a empresa contratada e seus funcionários.

Logo, a gestão contratual busca proceder no sentido de que as suspensões, alterações e supressões de valores contratuais devem caminhar através de uma via de mão dupla, assim, a

decisão negocial no contrato em questão é proveniente da iniciativa da gestão de contratos da instituição no sentido de que esta buscou de forma conjunta com a empresa a melhor alternativa para todas as partes afetadas.

Nessa linha argumentativa, é oportuno trazer que o art. 26 da Lei nº 13.655/2018 incrementou um relevante regime de negociação³⁶ administrativa nas relações envolvendo o poder público; neste artigo, observe-se a permissividade genérica concedida para que toda a Administração Pública possa celebrar acordos e compromissos com particulares ou terceiros, ainda que inexista lei ou regulamento específico sobre o objeto transacionado (GUERRA; PALMA, 2018, p.146).

Assim, o *caput* do art. 26 da Lei 13.655/2018 possibilita que administração pública, especificamente quando esta estiver diante de situação de incerteza jurídica na aplicação do direito público, é possível, previamente ou após manifestação da Procuradoria responsável pelo assessoramento e consultoria jurídica do órgão da administração, bem como com fundamento no relevante interesse geral, poderá celebrar acordos com os interessados, e com observância da legislação aplicável ao acordo.

Nesse ponto, menciona-se que o ato negocial tratado no parecer nº 00176/2020, o qual insere-se na hipótese de relevante interesse social — tendo em vista os contratos individuais de trabalho dos funcionários impactados pela supressão contratual; e teve a iniciativa da autoridade administrativa, que após a confirmação de aceitação pela empresa contratada, o gestor responsável pelo mérito administrativo encaminhou o processo à Procuradoria para a análise da minuta do aditivo contratual e instrução processual, com a finalidade de acrescer a decisão final segurança jurídica e maior validade da decisão administrativa, além de ser também um requisito de validade, ao compromisso firmado, a oitiva do Órgão Jurídico, legalmente exigida no art. 26 da LINDB.

Deve-se registrar que a prática do ato negocial, em geral, pode ocorrer por iniciativa de qualquer uma das partes, além de também ser caracterizada, processualmente, por formas ou ritos administrativos bastante singelos, como a possibilidade da negociação ser apenas através de meios escritos, com é a sucessão de propostas e contrapropostas, em que os debates orais são opcionais ao processo negocial (PALMA;GUERRA, 2018, p.156).

³⁶GUERRA, S.; PALMA, J. B. DE. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, p. 135-169, 23 nov. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77653>. Acesso em 20 de maio de 2021.

Ainda, Palma e Guerra (2018, p.144) entendem que a consensualidade administrativa está indissociavelmente relacionada com o princípio da boa-fé nas relações jurídicas entre o Estado e os particulares, a saber, a honestidade como interseção dos interesses das partes envolvidas. Assim sendo, o art. 26, *caput* da LINDB inovou na figura jurídica do compromisso, que é uma espécie de acordo administrativo que decorre da negociação no âmbito da administração pública, e que prevê um mínimo de regulamentação, porém, sem comprometer a ideia criada pelo legislador para esse instituto.

Ademais, essa espécie de acordo administrativo prescinde de uma negociação que blinde prerrogativas unilaterais da Administração Pública, pois a finalidade é aflorar uma estratégia jurídica para conciliar interesses formalizados em processos administrativos. No que tange a natureza jurídica desse instituto, há o entendimento de que a LINDB regulamentou esse acordo de maneira autossuficiente e dentro de uma lógica que flexibiliza a atuação da autoridade administrativa (PALMA; GUERRA, 2018).

Com base nessa leitura, visualiza-se certa coerência procedimental da autoridade competente para o ato negocial na situação do parecer nº 00176/2020, juntamente com as normas da Lei 13.655/2018, especificamente o art. 26 da LINDB. Outrossim, há que se destacar a confluência de interesses na constituição do acordo, ou seja, o comprometimento da Administração pública com o interesse geral — a proteção da política pública de emprego e a renda dos trabalhadores que possuem vínculo com a empresa contratada pela UFERSA, haja vista o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego, que traz a possibilidade legal de suspensão temporária do contrato de trabalho; o interesse/necessidade de reduzir prejuízos financeiros pela empresa, considerando que as supressões temporárias dos postos de trabalho, com redução do valor contratual, em meio à crise que aflige todos os segmentos, mostra-se mais vantajoso a empresa do que a rescisão total do vínculo contratual acompanhada de inúmeros problemas econômicos e trabalhistas.

Ainda, é merecedor de atenção um outro ponto de interseção dos pareceres jurídicos analisados. Esse ponto é da segurança jurídica que é deduzida tanto no parecer nº 00094/2020, que, aliás, a manifestação processual por si só já é um reforço na consolidação da segurança jurídica nas decisões tomadas pela autoridade administrativa, pois, a atividade do órgão consultivo em si já gera maior confiança na legitimidade do ato administrativo, e, no caso deste parecer citado acima, este denominado de parecer referencial, que é uma modalidade de

parecer jurídico apropriada para demandas repetitivas e volumosas que chegam para consulta jurídica, como prevê a Orientação Normativa nº 55, de 23 de maio de 2014³⁷.

De resto, o parecer nº 000176/2020, identifica-se ainda que a fundamentação construída para a decisão da autoridade atende a lógica do art. 30, *caput* da LINDB, em que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”. É perceptível que a atuação da PF/UFERSA, neste parecer, foi em orientar a gestão de contratos, no sentido de verificar a legalidade de atos processuais e as cláusulas da minuta do aditivo contratual.

Por fim, constata-se que a UFERSA seguiu na gestão dos contratos administrativos as recomendações do poder executivo federal, bem como as normativas gerais para o enfrentamento da emergência nas contratações administrativas, juntamente com a inserção das empresas contratadas nos programas governamentais de emprego e renda, como uma forma de mitigar prejuízos aos empregadores e funcionários terceirizados.

Ademais, também ficou demonstrado que os dispositivos legais utilizadas nas fundamentações dos pareceres que tratam dos contratos administrativos impactados pela COVID-19, ao longo de 2020, foram normas gerais da Lei 8.666/1993 que já traziam consigo uma lógica genérica de consensualidade administrativa, porém, esta legislação não prevê procedimentos e balizas mais seguras para uma atuação administrativa autônoma e segura.

É nesse ponto que os problemas contratuais da administração pública federal fizeram com que a autoridade gestora buscasse de alguma forma colocar em prática a consensualidade com as partes envolvidas, tendo em vista a complexidade de cada relação jurídica impactada pela COVID-19. Logo, a gestão contratual da UFERSA atuou não apenas seguindo as normas jurídicas, mas também atuou em perspectiva mais eficiente e adequada à realidade vigente, levando em consideração a condição dos envolvidos antes do período de COVID e também após. Observe-se, ainda, que convergem os pareceres nº 00094 e nº 00176, de 2020, no entendimento de uma forte afirmação por parte da Administração pública de algumas previsões da Lei nº 13.655/2018, as quais respaldam as medidas adotadas pela Universidade no que pertine aos contratos administrativos que sofreram impactos da COVID-19, como fica demonstrado na lógica da justa adequação das decisões administrativas, consensuais e através da segurança jurídica.

³⁷Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-29/agu-cria-parecer-padrao-processos-consultivos-identicos>. Acesso em: 17 maio 2021.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia da COVID-19 é um evento imprevisível com inúmeros efeitos sociais, econômicos e jurídicos, seus reflexos reverberam nas atividades centrais desenvolvidas pela Administração Pública Federal, especificamente nos contratos administrativos. Dessa forma, os poderes legislativo e executivo publicaram normas provisórias para tentar abarcar as modificações necessárias aos desequilíbrios gerados pela COVID-19 nos contratos administrativos, porém, a preocupação não foi apenas com reequilíbrio econômico-financeiro, mas, também com a realidade social dos diretamente envolvidos.

É relevante lembrar a problemática da pesquisa, assim dizendo, quais foram as consequências legais e as principais categorias jurídicas que foram utilizadas para minimizar os efeitos da pandemia da COVID-19 nos contratos administrativos à luz dos pareceres jurídicos da Procuradoria Federal na UFERSA?

Percebe-se que através dos procedimentos metodológicos de pesquisa, com a abordagem exploratória, bem como a utilização do método hipotético-indutivo, da utilização dos recursos bibliográficos e de estudo de caso, ficou provado pela análise que tanto os institutos tradicionais do direito, normas de reequilíbrio dos contratos, quanto às medidas provisórias e leis federais foram cruciais para respaldar decisões administrativas difíceis. E com poucos procedimentos normativos com capacidade para enfrentar circunstâncias sociais e econômicas delicadas, envolvendo a UFERSA, empresas e, no caso das terceirizadas, os funcionários vinculados à instituição. Assim, tendo em vista as limitações do direito frente à realidade dinâmica que se instaurou com a pandemia, fez-se indispensável reconexão do direito aos fatos, sob pena de absurdos jurídicos e sacrifícios desnecessários aos direitos fundamentais dos particulares em relações contratuais com a Administração Pública.

Destaca-se que ficou evidenciado que minhas hipóteses foram validadas apenas parcialmente, tendo em vista que minhas hipóteses iniciais foram: o aumento das modificações contratuais, notadamente suspensões e rescisões, também, a adoção da teoria da imprevisão e do princípio do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos como principais categorias jurídicas na atenuação dos efeitos da COVID-19. Realmente, constatou-se que houve um significativo aumento nas alterações contratuais, o reequilíbrio econômico-financeiro também foi uma cláusula relevante na lógica (art.65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993) que fundamentou as isenções de pagamentos nas concessões administrativas da UFERSA. No entanto, nos contratos administrativos de prestação de

serviços de mão-de-obra terceirizada, essa cláusula de reequilíbrio foi aplicada apenas de forma conjunta com a legislação extraordinária. E, com relação a teoria da imprevisão, demonstrou-se pouca aplicação prática desta teoria enquanto categoria jurídica nas fundamentações dos pareceres da PF/UFERSA, verificou-se bem mais sua utilização como argumentos das partes contratadas (empresas concessionárias) que requereram o reequilíbrio econômico-financeiro junto à Universidade.

Cumprе lembrar que os objetivos específicos, quais foram, a investigação de leis federais, decisões políticas e administrativas da UFERSA, bem como questionamentos jurídicos relacionados às alterações contratuais por parte da PROAD. Aqui, compreende-se que a dinâmica operacional de enfrentamento e combate ao vírus no âmbito institucional seguiu as diretrizes nacionais e teve que se adaptar aos decretos estaduais e municipais, em que prevaleceram as restrições de aglomerações; o que gerou a redução de atividades presenciais nas imediações da Universidade. Logo, sucederam modificações na prestação de serviços de restaurantes, cantinas, lanchonetes e dos serviços de manutenção e limpeza institucional. Com a demanda reduzida, vieram também os prejuízos às concessionárias e as empresas terceirizadas. Assim, diante do desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor das empresas contratadas, a gestão contratual utilizou-se das possibilidades disponibilizadas pela legislação, posterior à pandemia, bem como alguns institutos tradicionais do Direito, que foram aplicados nas fundamentações dos pareceres que tratam de contratos de prestações de serviços terceirizados e também nas concessões administrativas, respectivamente. Restou também demonstrado, através da perspectiva constitucional, que essa legislação flexibilizou meandros burocráticos nos contratos administrativos e nas relações de trabalho. Constata-se, ainda, que através de práticas negociais, o Setor de Contratos da Universidade acordou com as empresas prestadoras de serviços terceirizados a inserção destas nos programas governamentais de emprego e renda do Governo Federal, assim como a possibilidade da empresa contratada faz uso do instituto da falta justificada (art. 3º da Lei nº 13.979/2020).

Já o objetivo geral que orientou o trabalho foi a ideia de traçar um panorama das consequências legais e principais categorias jurídicas que foram utilizadas para minimizar os efeitos da pandemia da COVID-19 nos contratos administrativos, tudo sob a ótica dos pareceres jurídicos da Procuradoria Federal na UFERSA. Verificou-se, por derradeiro, nesta pesquisa, que o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, as supressões de percentuais mais elevados que os ordinários, e os aditivos; foram demandas

recorrentes e que estiveram no cerne das decisões administrativas da Universidade. E, as principais categorias utilizadas nas fundamentações dos pareceres foram normas gerais da Lei nº 8.666/1993, que já tangenciam genericamente para acordos entre a Administração Pública e as empresas contratadas; além disso, restou justificado que o instituto jurídico da negociação foi preponderante nas decisões administrativas envolvendo as contratações de concessões e prestações de serviços terceirizados de manutenção de limpeza institucional, inclusive em conjunto o raciocínio das normas de direito público estabelecidas nos arts. 20, 21, 22 e 23 da Lei 13.655/2018. Portanto, de maneira geral, a integração das normas das leis 8.666/1993 e 13.655/2018 foram essenciais na constituição do vigor presente nas decisões administrativas tomadas casuisticamente.

No que diz respeito às perspectivas futuras da temática, destacam-se as inquietações, se a consensualidade, de fato, foi integrada à rotina administrativa. Como será o futuro da Administração Pública Federal, após tudo o que a COVID-19 ensejou. E como fica a interação dos antigos e novos paradigmas administrativos. Ficam, ainda, as reflexões de como os órgãos de controle compreenderão a razão de decidir (*ratio decidendi*) das problemáticas administrativas deste momento; e se o espírito da Lei 13.566/2018 continuará contribuindo nas demandas solucionáveis, através de acordos entre a Administração Pública e os particulares. Ou será que a Administração continuará refém da ineficácia e do custo de recorrer aos processos judiciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6341 MC-Ref/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6357 MC/DF**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 29 mar. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6357MC.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Portaria nº 1.399** de 05 de outubro de 2009, publicada no Diário Oficial da União em 06/10/2009. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/busca/exibelink.php?numlink=213758>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. 4. ed. Brasília: CGU/AGU, 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/Publicacoes/cartilhas/ManualdeBoasPraticasConsultivas4Edicaorevistaeampliadaaversaosmartphone.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Terceirização no serviço público: encontros e desencontros**. Fórum, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: [file:///C:/Users/k%C3%A9ll/Downloads/carvalho-filho-jose-dos-santos-terceirizacao-no-setor-publico%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/k%C3%A9ll/Downloads/carvalho-filho-jose-dos-santos-terceirizacao-no-setor-publico%20(2).pdf). Acesso em: 26 abr. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Forense, 2020.

FERNANDES, J.U. Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; FERNANDES, Murilo Jacoby; TEIXEIRA, Paulo Roberto; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Provisório e a Emergência do Coronavírus**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito administrativo da emergência - um modelo jurídico**. Disponível em: <http://justenfilho.com.br/secao/artigos/>. Acesso em: 14 abr. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *et al.* **COVID-19 e o Direito Brasileiro**. Brasília/DF. Justen Pereira Oliveira & Talamini Advogados, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/1993**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública Dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

MARQUES, Rita de Cassia; SILVEIRA, Anny Jackeline Torres; PIMENTA, Denise Nacif. **A pandemia de covid-19: intersecções e desafios para a história da saúde e do tempo presente**. Col. História do Tempo Presente: vol. 3. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/documento/pandemia-de-covid-19-intersecoes-e-desafios-para-historia-da-saude-e-do-tempo-presente>. Acesso em: 18 fev. 2021.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. 1 ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo suas Relações com a Economia**. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2016.

PLANALTO. **Emenda Constitucional nº 106**, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc106.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20106%2C%20DE%207%20DE%20MAIO%20DE%202020&text=Institui%20regime%20extraordin%C3%A1rio%20fiscal%2C%20financeiro,do%20C2%A7%203%C2%BA%20do%20art. Acesso em 08 mar. 2021.

_____. **Decreto Legislativo nº 06**, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. **Lei nº 13.979**, 2020. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. **Lei nº 13.982**, de 2020. Disponível em:
<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. **Lei Complementar nº 101**, 2000. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. **Medida Provisória nº 992**, de 2020. Disponível em:
<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-992-de-16-de-julho-de-2020-267108049>. Acesso em: 26 mar. 2021.

REZENDEa, Joffre Marcondes de. **Epidemia, endemia, pandemia**. Epidemiologia. Revista de Patologia Tropical. Vol 27 (1), p. 153-155. jan-jun 1998. Disponível em:
<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:lobNEZYsQcMJ:https://www.revistas.u fg.br/iptsp/article/download/17199/10371/+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 22 mar. 2020.

REZENDE, Fernando. **Conflitos Federativos: esperanças e frustrações** – Em busca de novos caminhos para a solução. Belo Horizonte: Fórum, 2016, 128 p. ISBN 978-85-450-0150-8. Disponível em:
 <<https://irbcontas.org.br/biblioteca/forum-irb-01-conflitos-federativos/>>. Acesso em 16 fev. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PAIM, Flavianna; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Os reflexos da Pandemia do Coronavírus nos Contratos Terceirizados**. E-BOOK, ano 1, n. 007, 2020. Disponível em:
<https://www.institutoprotege.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Ebook-Os-reflexos-da-Pandemia-do-Coronav%C3%ADrus-nos-Contratos-Terceirizados.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2021.

PECI, Alketa. A resposta da administração pública brasileira aos desafios da pandemia. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 54, n. 04, jul./ago. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/81872/78070>. Acesso em: 16 abr. 2021.

YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

ZAGATTO, Thiago. **Impactos da Medida Provisória 927/2020 nas relações de trabalho e seus reflexos nas Terceirizações realizadas pela Administração Pública**. E-BOOK, Paraná: Grupo JML, 2020.

ANEXOS

ANEXO A – Parecer jurídico nº 00094/2020/PF UFERSA/PGF/AGU



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL NA UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
GABINETE DA PROCURADORIA FEDERAL

AV. FRANCISCO MOTA, 572, CAMPUS LESTE, BAIRRO PRESIDENTE COSTA E SILVA, MOSSORÓ/RN, CEP 59.625-900.

PARECER nº 00094/2020/GAB/PF-UFERSA/PGF/AGU

NUP: 23091.003815/2020-26

INTERESSADOS: UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO.

ASSUNTOS: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. COVID-19.

EMENTA: 1. ADMINISTRATIVO. PARECER. CONSULTA. PRÓ-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO. ESTADO DE CALAMIDADE [DECRETO LEGISLATIVO Nº 06/2020; DECRETO ESTADUAL Nº 29.534/2020]. PANDEMIA. COVID-19. [LEI Nº 13.979/2020]. 2. REGULAMENTAÇÃO INTERNA. PARÂMETRO [PORTARIA UFERSA/GAB Nº 208/2020]. 3 . SERVIÇOS DE CANTINAS E RESTAURANTES. ISENÇÃO DO PAGAMENTO PELA EMPRESAS. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO [ARTIGO 58, § 1º, DA LEI Nº 8.666/1993]. RECOMENDAÇÃO. OBSERVÂNCIA. MEDIDA QUE SE IMPÕE.

1. RELATÓRIO.

1. Trata-se de consulta promovida pela **Pró-Reitoria de Administração acerca da análise direito à isenção do pagamento das empresas responsáveis pelos restaurantes universitários e cantinas dos campi**. Assim, para fim de esclarecimento, os autos foram devidamente encaminhados para apreciação desta **Procuradoria Federal na UFERSA**, em obediência ao disposto no artigo 10, *caput*, da Lei nº 10.480/2002^[1].

2. Os autos, enviados a esta Procuradoria Federal, em **24.04.2020**^[2], encontram-se instruídos com os seguintes elementos:

(a) à fl. 01, consta Cadastramento do Processo nº 23091.003815/2020-05, de **24 de abril de 2020**; e

(b) à fl. 02, consta Ofício nº 44/2020 - PROAD, de **24 de abril de 2020**, no qual solicita esclarecimentos relativos ao direito à isenção do pagamento das empresas responsáveis pelos restaurantes universitários e cantinas dos *campi*.

3. É o que merece relato. Passamos, pois, a fundamentar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

4. Preliminarmente, urge esclarecer que a análise da pretensão levantada não deve adentrar nos aspectos eminentemente afetos à seara administrativa^{[3]-[4]}, haja vista a falta de competência desta Procuradoria para tal encargo, o que não afasta a análise das nuances fáticas ensejadoras do presente procedimento, em termos mais claros, abstraindo-se do *mérito administrativo*, a presente análise restringe-se, unicamente, ao âmbito dos ditames legais em vigor e demais consectários fático-jurídicos. Feito este esclarecimento, passa-se ao objeto da consulta.

5. No âmbito da Administração Pública vige o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, de sorte que, quando constado qualquer fato passível de causar danos ao patrimônio público material ou imaterial, o que inclui a ofensa aos princípios= norteadores da atividade administrativa (artigo 37, *caput*, da CF, artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999 e artigo 11, da Lei nº 8.429/1992), impõe-se a identificação dos agentes causadores do evento danoso e a sua comprovada culpabilidade, observada a prescrição ou a decadência, quando configuradas, para fins de aplicação de penalidades, bem como os responsáveis pela preservação do bem violado e/ou pela manutenção da ordem dos bens postos em custódia, uma vez que a culpa *in vigilando* também enseja a devida reprimenda legal, conforme as circunstâncias de cada caso, do servidor envolvido; já o Estado, por sua vez, responde de forma objetiva, isto é, independentemente de culpa aferível daquele (artigo 37, § 6º, da CF/1988). **No caso, a Pró-Reitoria de Administração consulta esta Procuradoria Federal sobre a possibilidade de isenção de pagamento do valor da concessão onerosa das empresas responsáveis pelos restaurantes universitários e cantinas dos campi da UFERSA**, haja vista a necessidade de expedir atos administrativos consentâneos com as normas legais cogentes, bem como observar toda a principiologia reinante no nosso ordenamento, tudo bem concertado, como quer a harmonia dos sistemas jurídicos coerentes e razoáveis.

6. Inicialmente, cumpre transcrever a consulta, nos termos seguintes:

[...]

a) em função da paralisação universitária motivada pelas medidas de prevenção à Covid-19, e com base nas cláusulas acima reproduzidas e em normas de direito público, é possível conceder às empresas a isenção do pagamento dos valores das concessões de uso dos restaurantes universitários e das cantinas?

b) sendo possível essa isenção, ela deve ser total ou apenas parcial? É importante ressaltar que o valor da concessão compreende o aluguel mais as despesas de água, energia e segurança. Em função da paralisação universitária, nem o local está à disposição do contratante, nem o consumo desses serviços. Apenas o serviço de segurança continua a ser realizado na universidade..

c) sendo possível essa isenção, ela se pautará em poder vinculado ou discricionário da Administração? Em outras palavras, quer-se saber se a concessão da isenção é obrigatória, nesse caso, ou fica a critério da Administração?

d) para conceder tal isenção - em sendo possível -, será necessário realizar aditivo contratual caso a caso, para cada contrato?

e) sendo o caso de realizar aditivo para cada contrato, todos eles devem ser remetidos à Procuradoria Federal para parecer? Ou se pode embasá-lo apenas no parecer referencial objeto desta consulta?

f) a concessão da isenção fica condicionada à solicitação específica de cada contratado, ou ela pode ser concedida de ofício pela Administração?

g) a concessão da isenção, parcial ou total, poderá retroagir à data da paralisação das atividades da Universidade, em 22.03.2020, ou terá efeitos apenas à partir da data da solicitação da empresa?

[...]

7. O dilema das alterações normativas diante do quadro de pandemia, tendo em vista a expansão do COVID-19, repercute nas mais variadas áreas da sociedade, sobretudo, na Administração Pública, que tem a preocupação de protagonizar os meios da ação pública num quadro de incertezas de ordem sanitária, cujas relações nas relações jurídico-administrativas são totalmente inevitáveis. Assim, antes de responder aos questionamentos levantados pela Administração da UFERSA, cumpre tecer algumas ligeiras considerações relacionadas à pandemia.

8. No dia 11 de março do corrente ano, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou, oficialmente, como pandemia a situação do COVID-19 (*Vírus Chinês*). No Brasil, com a confirmação do primeiro caso no dia 25 de fevereiro de 2020, e com a expansão dos casos por todo o território nacional, diversas ações começaram a ser tomadas, sobretudo, o como isolamento social para conter a transmissão/expansão do vírus no território nacional (*lockdown*). Nesse contexto, sobretudo, diante das implicações financeiras decorrentes da pandemia, foi promulgado o Decreto Legislativo nº 6/2020, **de 20 de março de 2020**, que decretou estado de calamidade em todo o território nacional, publicado no Diário Oficial da União em 20 de março de 2020, e, no âmbito estadual, foi editado o Decreto nº 29.534, de 19 de março de 2020. Por evidente, tais medidas repercutiram em mudanças (transitórias) nas rotinas de toda a população e, claro, não restando imune toda a Administração Pública federal. Vale destacar, ainda, que o STF, por meio da ADI nº 6.341/DF, o Ministro Marco Aurélio, monocraticamente, já se manifestou pela competência concorrente dos entes políticos no enfrentamento do COVID-19, nestes termos^[5]:

[...]

Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal. As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior.

[...]

9. Vale lembrar que a medida cautelar foi referendada, **por unanimidade, no dia 15 de abril de 2020**, cuja decisão de julgamento é possível destaca o seguinte trecho^[5.1]:

"[...] O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais [...]".

10. Desse modo, todas as entidades federativas possuem competência concorrente para adotar medidas para enfrentamento da pandemia, contudo, tal entendimento pode colocar em xeque medidas adotadas, no âmbito nacional, no tratamento da questão e, claro, podendo acarretar reflexos nas entidades ou unidades administrativas federais nos Estados, Distrito Federal e Municípios, de maneira que os limites ao regular exercício das atividades compreende uma evidente espiral de competências das esferas políticas. No caso dos autos, a temática exige, por enquanto, apenas atenção de entidade pública federal. Nesse contexto, no âmbito da Universidade Federal Rural do Semiárido, foi emitida Portaria UFERSA/GAB Nº 208/2020, de **17 de março de 2020**, que, dentre outras medidas, **suspendeu todas as atividades presenciais dentro da Universidade, com a adoção de trabalho remoto, turnos de revezamento, melhor distribuição de pessoal dentro da Universidade**, tudo como forma de impedir a aglomeração ou proximidade das pessoas no ambiente de trabalho e a flexibilização de jornada de trabalho. Tais medidas foram implementadas também na tentativa de conter o COVID-19 no ambiente acadêmico, diminuindo consideravelmente o ritmo ou a necessidade de trabalho dos empregados das empresas terceirizadas que prestam serviços dentro da UFERSA. Ademais, com a suspensão do calendário acadêmico da graduação, praticamente não há fluxo de pessoas nos *campi*, de modo que, ainda que se permitisse o serviço de lanchonete ou restaurante, não haveria público para consumo. De início, cumpres transcreve o seguinte dispositivo da Lei nº 8.666/1993:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

[...]

§ 1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

[....]

11. A situação encartada nos autos não comporta, *a priori*, uma alteração unilateral, haja vista a existência de requerimento (tratativas) das empresas contratadas sobre a impossibilidade de exercício de atividade econômica. Da leitura do dispositivo transcrito, é possível extrair as seguintes conclusões, **que podem ser objeto de alterações em função das previsões legislativas**, em resposta aos questionamentos levantados:

(a) *primeira pergunta* - a resposta é afirmativa: *Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir). No caso concreto, tem-se o mesmo dilema: a impossibilidade ou efeito útil do exercício de atividade econômica. Dessa forma, a isenção de pagamento da concessão onerosa de uso de bem imóvel é medida que se impõe, pois encontra respaldo jurídico tanto na lógica contratual quanto na lógica extracontratual, haja vista o excessivo desequilíbrio econômico-financeiro por parte das empresas contratantes, tudo e decorrentes de fatos imprevisíveis ao momento de celebração dos contratos. Portanto, é razoável que a Administração Pública promova a isenção de pagamento dos valores das concessões onerosas de uso dos restaurantes universitários e das cantinas;

(b) *segunda pergunta* - a isenção deve ser parcial, pois o **serviço a segurança do local deve ser custeada pela empresa contratada - o que deve ser um valor bem diminuto, uma vez que a proteção patrimonial dos estabelecimentos comporta um custo efetivo a ser suportado pelo empreendedor, até porque há bens custodiados que, nessa qualidade, conferem um evidente interesse da empresa contratada**. Aqui, vale pontuar o seguinte: a isenção de pagamento na pandemia pode ser mais abrangente que nos ordinários casos já disciplinados no contrato, porquanto a lesividade na atividade econômica é ainda maior, porquanto não se trata de mera redução do fluxo da atividade econômica (recessos ou férias), mas sua efetiva supressão (algo mais grave que a própria greve). Aqui, deixa a nu a questão dos custos com segurança, que nos contratos são relevados, muito embora a UFERSA, na posição de custodiador, pode responder pelos bens custodiados, mesmo nos períodos sem exercício de atividade econômica;

(c) *terceira pergunta* - não há qualquer obrigatoriedade, mas, **e isso precisa ficar claro**, diante de requerimento da empresa contratada não há razão jurídica que sustente tamanho desequilíbrio econômico-financeiro. Tem-se, aqui, a força normativa dos fatos, que, aliás, se insere claramente nos termos do artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666/1993, nestes termos:

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

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

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 consequências 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.

(d) *quarta pergunta* - a pergunta é positiva. É indispensável que os atos administrativos com as alterações dos contratos celebrados pela Administração **sejam devidamente formalizados**, como bem prevê o art. 60, *caput*, da Lei 8.666/1993, além disto, é uma forma de prestigiar a segurança jurídica entre os contraentes e, claro, contemplar uma devida conformidade dos atos administrativos à legislação, inclusive para fins de controle interno e externo da Administração Pública;

(e) *quinta pergunta* - como se trata de temática simples, repetitiva e uniforme não há qualquer objeção de expedição de parecer referencial, nos termos da Orientação Normativa da AGU abaixo transcrita:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 55, DE 23 DE MAIO DE 2014

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 56377.000011/2009-12, resolve expedir a presente orientação normativa a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

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

II - Para a elaboração de manifestação jurídica referencial devem ser observados os seguintes requisitos: a) o volume de processos em matérias idênticas e recorrentes impactar, justificadamente, a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos; e b) a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Referência: Parecer nº 004/ASMG/CGU/AGU/2014

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

(f) *sexta pergunta* - fica condicionada à solicitação de cada contratada, a empresa deve fazer requerimento à UFERSA, portanto, a temática adentra o universo da disponibilidade patrimonial do agente econômico e, nessa qualidade, é ele que deve zelar pelas implicações financeiras da situação fática posta nos autos. Contudo, nada impede que a PROAD comunique tal possibilidade aos contratados; e

(g) *sétima pergunta* - **poderá retroagir a data de suspensão de atividades**, contanto que seja realizado o aditivo com efeitos retroativos à data de 22 de março de 2020. Em verdade, o aditivo apenas formaliza uma situação que se encontra no universo da notoriedade, inclusive, por conta do próprio reconhecimento da área administrativa.

12. Por fim, é preciso ventilar que a área administrativa pode ter que revisar as posições sugeridas neste breve parecer em função de ulteriores determinações das culminâncias administrativas da PGF/AGU. Para o momento, e diante da guerra contra o *vírus chinês*, as sugestões acima têm a preocupação com a manutenção dos empregos, mas a imposição das glosas necessárias diante das circunstâncias de cada caso.

3. CONCLUSÃO.

13. Ante o exposto, conclui-se^[6] pela adoção das medidas pretendidas pela área administrativa, observados os condicionantes ventilados neste parecer.

14. Consoante às informações constantes dos autos, é como se opina, salvo melhor juízo. À consulente.

Mossoró/RN, segunda-feira, 04 de maio de 2020.

Márcio Ribeiro
Procurador Federal^[7]

NOTAS

[1] Eis o dispositivo:

“Artigo 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial”.

[2] Para fins de observância ao disposto no artigo 42, *caput*, da Lei nº 9.784/1999, cujo teor é o seguinte: “Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo”. Cumpre destacar, desde logo, que a própria administrativa solicitou parcimônia na manifestação jurídica da PF/UFERSA, haja vista o inevitável surgimento de novos parâmetros normativos, sem prejuízo do assessoramento diário de modo remoto, ou excepcionalmente presencial, sobre as questões relativas ao enfrentamento do “vírus chinês”.

[3] Conforme a BPC nº 07:

“A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas =não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento” (BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. 4ª ed. Brasília: CGU/AGU, 2016, p. 32).

[4] Quer dizer, não se deve adentrar no “sentido político do ato administrativo” (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 146).

[5] Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342747913&ext=.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

[5.1] Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em 22 abr. 2020.

[6] Conforme reconhecida passagem doutrinária, nestes termos:

“Os pareceres emitidos pelos órgãos consultivos, quanto ao conteúdo, são (i) **de mérito**, se lhes compete apreciar a conveniência e oportunidade da medida a ser tomada, ou (ii) **de legalidade**, se devem examiná-la sob o ponto de vista da conformidade ao Direito. Quanto ao grau de necessidade ou influência que a lei lhes irroga, serão (i) **facultativos**, quando a autoridade não é obrigada a solicitá-los, fazendo-o para melhor se ilustrar, sem que a tanto esteja obrigada; (ii) **obrigatórios**, quando sua ouvida é imposta como impostergável, embora não seja obrigatório seguir-lhes a orientação; e (iii) **vinculantes**, quando a autoridade não pode deixar de atender às conclusões neles apontadas” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 138).

[7] Procurador-Chefe da PF-UFERSA, conforme Portaria nº 457 da Casa Civil da Presidência da República, de 14 de junho de 2013, com publicação no DOU em 17 de junho de 2013, Seção 2, p. 01.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23091003815202026 e da chave de acesso 428ecd01

Documento assinado eletronicamente por RAIMUNDO MARCIO RIBEIRO LIMA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 417420865 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAIMUNDO MARCIO RIBEIRO LIMA. Data e Hora: 04-05-2020 18:43. Número de Série: 4858664162093621221. Emissor: AC CAIXA PF v2.

ANEXO B – Parecer jurídico nº00176/2020/PF UFERSA/PGF/AGU



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
GABINETE DA PROCURADORIA FEDERAL

AV. FRANCISCO MOTA, 572, CAMPUS LESTE, BAIRRO PRESIDENTE COSTA E SILVA, MOSSORÓ/RN, CEP 59.625-900.

PARECER nº 00176/2020/GAB/PFUFERSA/PGF/AGU

NUP: 23091.004211/2020-05
INTERESSADOS: CÂMPUS CARAÚBAS
ASSUNTOS: TERMO ADITIVO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PARECER. CONTRATO ADMINISTRATIVO. TERCEIRO ADITIVO. **SERVIÇOS DE LIMPEZA CONSERVAÇÃO, HIGIENIZAÇÃO E COPEIRAGEM**. SERVIÇOS [ARTIGO 6º, INCISO II, DA LEI Nº 8.666/1993]. COVID-19. MANUTENÇÃO DO EMPREGO E RENDA. **SUPRESSÃO DE POSTO**. SUPRESSÃO DE VALORES. [ARTIGO 65, §2º, INCISO II DA LEI Nº 8.666/1993]. MEDIDA TEMPORÁRIA. VIABILIDADE DO PROCEDIMENTO PRETENDIDO. MINUTA. APROVAÇÃO.

1. RELATÓRIO.

1. Trata-se de Processo Administrativo relativo ao Contrato nº 01/2019, tendo como contratada a empresa LDS SERVIÇOS DE LIMPEZA LTDA, no qual se discute a viabilidade do Terceiro Aditivo, que trata sobre **a suspensão parcial de postos de trabalho pelo período de 27 de julho de 2020 a 31 de dezembro de 2020**, tudo devidamente encaminhado para apreciação desta **Procuradoria Federal junto à UFRS**, haja vista o disposto no artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, c/c artigo 10, *caput*, da Lei nº 10.480/2002^[1].

2. Os autos, encaminhados a esta Procuradoria Federal em **17.07.2020**^[2], estão instruídos, a partir do **Parecer nº 00114/2020/GAB/PFUFERSA/PGF/AGU, às fls. 28/32**, com os seguintes elementos:

(a) às fls. 33/36, consta Aditivo nº 02/2020 ao Contrato nº 01/2019, que promoveu a suspensão temporária de 10 (dez) postos de trabalho sendo de 09 (nove) postos do item 06 (AUXILIAR DE SERVIÇOS GERAIS – ASG) e de 01 (um) posto do item 10 (COPEIRO), por 6 meses, contados de **27 de maio de 2020, bem como**, à fl. 37, consta Publicação do extrato do aditivo no Diário Oficial da União, **de 03 de junho de 2020**;

(b) às fls. 38/40, consta Ofício nº 03/2020 – CAMPUS CARAÚBAS/UFERSA, de **02 de julho de 2020**, enviado à empresa contratada tratando de negociação amigável para suspensão de postos de trabalho, resultando em uma supressão contratual temporária de 43,52% até o dia 31/12/2020;

(c) à fl. 41, consta documento enviado pela empresa contratada com resposta ao Ofício nº 03/2020, informando a anuência da empresa para supressão pretendida, nos termos propostos pela UFRS;

(d) às fls. 42/46, constam certidões e declarações acerca da regularidade fiscal e trabalhista da empresa contratada;

(e) à fl. 47, consta Despacho nº121/2020, de **15 de julho de 2020**, com autorização para o terceiro aditamento ao contrato nº 01/2019;

(f) às fls. 48/51, consta Minuta do Aditivo nº 03/2020 ao Contrato nº 01/2019, com o objetivo de suspender de forma temporária, pelo período de **27 de julho de 2020 até 31 de dezembro de 2020**, 10 (dez) postos de trabalho, sendo 09 (nove) deles do item 06 (auxiliar de serviços gerais – ASG) e 01 (um) posto do item 10 (copeiro); e,

(g) às fls. 52/54, consta Ofício nº 110/2020, de **16 de julho de 2020**, solicitando emissão de parecer quanto à legalidade do aditivo, bem como, solicitando respostas aos questionamentos levantados.

3. É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO.

4. Preliminarmente, urge esclarecer que a análise da pretensão levantada não deve adentrar nos aspectos eminentemente afetos à seara administrativa^{[3]-[4]}, haja vista a falta de competência desta Procuradoria para tal encargo, o que não afasta a análise das nuances fáticas ensejadoras do presente procedimento, em termos mais claros, abstraindo-se do *mérito administrativo*, a presente análise restringe-se, unicamente, ao âmbito dos ditames legais em vigor e demais consectários fático-jurídicos. Feito este esclarecimento, passa-se ao objeto da consulta.

5. Cumpre salientar os parâmetros legais relacionados à situação encartada nos autos, nestes termos:

(a) no caso em tela não há que se falar em dotação orçamentária tendo em vista que o aditivo em apreço busca suprimir valores anteriormente já preservados. Deseja-se a supressão de 10 postos de trabalho, totalizando um valor suprimido de **R\$ 274.603,20 (duzentos e setenta e quatro mil, seiscientos e três reais e vinte centavos)**. Evidentemente, a redução do valor de contratação, por certo, imprime menor dispêndio, em tese, à Administração Pública, tal como pretendido nos autos, porém é importante que área administrativa explique o porquê

da redução de valores. Felizmente, já consta nos autos, às fls. 52/54, uma justificativa para a redução (aliás, ela é pública e notória);

(b) no que tange à alteração do valor contratual, é plenamente possível^[5], desde que respeitados os limites legais aplicáveis, bem como se deve observar se a UFERSA promoveu um necessário planejamento para o atendimento de suas demandas, de sorte a evitar supressões e acréscimos despiciendos. Na verdade, eram imprevisíveis os drásticos efeitos da pandemia. Não obstante isso, cumpre transcrever o disposto no artigo 65, *caput*, §2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, *his verbis*, que deixa claro que, havendo acerto entre as partes, o percentual de supressão pode ser maior do que o comum (de 25%):

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

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

[...]

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

(c) além disso, foi respeitado o prazo de vigência do contrato, até porque o pretense aditivo não poderia dispor de forma diversa. Aliás, o Contrato encontra-se vigente até o dia **18 de fevereiro de 2021**, *vide* Contrato nº 01/2019 (fls.30/37), prorrogado por meio do Aditivo nº 01/2020 (fls. 38/41).

6. Acerca dos questionamentos trazidos no Ofício nº 110/2020 - PROAD, de **16 de julho de 2020**, é relevante destacar que a supressão dos postos de trabalho, mediante aditivo, tem prazo certo, a saber: de 27 de julho de 2020 a 31 de dezembro de 2020, conforme cláusula primeira, nos seguintes termos:

1.1 O presente termo aditivo tem como objeto a suspensão temporária, de 10(dez) postos de trabalho sendo de 09 (nove) postos do item 06 (AUXILIAR DE SERVIÇOS GERAIS – ASG) e de 01 (um) posto do item 10 (COPEIRO), iniciando-se em 27/07/2020 e com término previsto para 31/12/2020 havendo a possibilidade de antecipação.

7. Felizmente a cláusula quarta menciona, acertadamente, o prazo certo de duração da referida supressão, a saber: **de 27 de julho de 2020 a 31 de dezembro de 2020**, de maneira que, **passado o período proposto, os postos poderão ser restabelecidos, sem que para isso seja realizado novo aditivo, desde que a situação emergencial causada pela COVID-19 tenha sido resolvida. Para amarrar melhor a questão, acertadamente a administração prevê o restabelecimento dos postos, após o período de suspensão, com imediato restabelecimento dos postos suprimidos, também com data certa, a saber, dia 1º de janeiro de 2021, vide cláusula Quarta, nestes termos:**

4.1. A supressão temporária de valor, a qual totaliza o percentual de 43,52% (quarenta e três inteiros e cinquenta e dois centésimos por cento) do valor mensal atualizado do contrato, ocorrerá em 27 de julho de 2020. O término da supressão tem data prevista para 31 de dezembro de 2020, de modo que no dia seguinte (01/01/2021) o valor do contrato e, conseqüentemente, o quantitativo de postos de trabalhadores suprimidos serão restabelecidos em conformidade com o previsto no Aditivo nº 01/2020, de 06 de fevereiro de 2020, mediante ofício a ser encaminhado à CONTRATADA.

8. Com a devida vênia, o item 3.3 é desnecessário (e até mesmo confuso):

3.3. Com o término da supressão temporária, o valor do contrato será restaurado automaticamente, isto é, a partir de 01 de janeiro de 2021 ou, havendo o término antecipado, no dia seguinte ao encerramento da supressão, de modo que haverá o retorno dos postos de trabalho de acordo com o quantitativo previsto no Aditivo nº 01/2020, de 06 de fevereiro de 2020:

9. Sugere-se a sua supressão.

10. Voltando ao mérito da questão, se no **PARECER nº 26/2020/DECOR/CGU/AGU (NUP: 00439.000095/2020-73)**, defendeu-se a proteção dos empregos durante o período de calamidade pública decorrente do coronavírus, prevenindo pagamento sem a respectiva contraprestação, o que dizer da estratégia de suspender parcialmente os efeitos contratuais (seria uma espécie de supressão temporária do objeto), prestigiando o emprego e o erário? O parecer recebeu a seguinte ementa:

EMENTA: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA. EFEITOS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA. DIREITO À VIDA. DIREITO À SAÚDE. PROTEÇÃO AOS EMPREGOS. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO ÀS EMPRESAS CONTRATADAS NOS CASOS DE REDUÇÃO DA DEMANDA.

I - Nos casos de redução da demanda da Administração acompanhada da implementação das medidas recomendadas pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, entende-se que o pagamento pela Administração dos valores correspondentes aos salários dos empregados das empresas prestadoras de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra é juridicamente válido por força da imprevisibilidade da atual pandemia do novo coronavírus e por ser medida absolutamente coerente com o esforço de redução das interações sociais como forma de preservar vidas e evitar o colapso do sistema de saúde.

II - Os descontos das parcelas referentes ao auxílio-transporte e ao auxílio-alimentação devem ser efetuados na forma da Nota Técnica n.º 66/2018-MP, mas não seria fora de propósito recomendar que o Ministério da Economia aprecie a possibilidade de edição de norma que assegure a manutenção dos valores correspondentes ao auxílio-alimentação percebidos pelos empregados terceirizados, uma vez que se sabe que a parcela é extremamente significativa para a subsistência dos trabalhadores.

III - **As empresas terceirizadas deverão se valer dos mecanismos previstos na Medida Provisória n.º 927/2020 e recomendados pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia (teletrabalho, antecipação de férias e feriados, concessão de férias coletivas, banco de horas e adoção de**

regime de jornada alternada de revezamento) para buscar superar o momento de crise.

IV - Os serviços essenciais devem ser preservados e os custos relativos às substituições de empregados do grupo de risco deverão ser suportados pela Administração quando presentes os requisitos autorizadores do reequilíbrio econômico-financeiro.

11. No corpo da peça, importante destacar os seguintes trechos:

Além disso, na situação ora vivenciada, a Administração, em regra, não está interessada na solução de continuidade do contrato, mas sim na sua preservação com a observância das restrições temporárias de saúde pública.

A execução do contrato administrativo celebrado entre a Administração e as empresas prestadoras de serviço continua como já afirmado. Porém, a situação de força maior vivenciada exige algumas adaptações. Avaliação criteriosa da Administração poderá encontrar a necessidade de redução temporária da prestação dos serviços pelos empregados terceirizados nas repartições ante a diminuição inesperada do fluxo de servidores públicos nesses locais.

Já se disse que esse caso de força maior não se amolda a algumas situações descritas no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, posto que a concomitante exigência de diminuição das interações sociais e de preservação de empregos e empresas cria uma situação ímpar não prevista taxativamente na lei. A continuidade da execução do contrato considerando as medidas impostas pela crise sanitária é algo que difere um pouco dos modelos utilizados pelo Direito Administrativo até aqui, mas deve ocorrer. E isso será feito em prol da preservação do interesse público, que é facilmente visualizado durante a pandemia.

12. Aliás, a solução encontrada aqui foi bem mais eficiente/econômica do que aquela presente no PARECER n. 00265/2020/AN/CJU-CE/CGU/AGU (NUP: 08653.002715/2020-86), no qual se exarou a seguinte opinião:

3- Nos contratos que teve redução dos serviços prestados, é cabível, neste momento, a supressão quantitativa no percentual de 25% conforme aduz o art. 65, inc. I, alínea "b, § 1º e § 2º da lei 8.666/93?

Conforme exposto, a redução dos serviços não deve, em princípio, prejudicar a remuneração dos colaboradores que devem ficar à disposição da contratante, pois recomenda-se preservar a continuidade da prestação dos serviços contratados, sem prejuízo dos pagamentos devidos à contratada e da subsistência dos trabalhadores envolvidos na execução. A redução quantitativa poderá ser formalizada por termo aditivo para que o contrato administrativo se adeque a essa realidade, sem que represente alteração no valor contratual, ressalvada as parcelas de auxílio transporte ou auxílio alimentação, as quais devem ser descontadas, conforme cada caso.

13. Quanto à legalidade da realização do aditivo pelo período pretendido, a saber, de 27 de julho de 2020 a 31 de dezembro de 2020, não há nada a reparar sob o ponto de vista jurídico, considerando que o dispositivo legal que fundamenta a situação encartada nos autos é o artigo 65, §2º, inciso II, da Lei 8.666/1993, que permite a supressão superior aos 25% do valor do contrato. Ademais, todas as medidas de enfrentamento da COVID-19 estão sendo diligentemente tomadas pela UFERSA e como forma de proteger o emprego e a renda dos colaboradores, considerando o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego, que prevê a possibilidade de suspensão temporária do contrato de trabalho, não há razão para levantar obstáculo à supressão pretendida.

14. Feitas essas considerações cumpre transcrever a consulta declinada nos autos, nos termos seguintes:

a) Quanto a legalidade da realização de supressões contratuais temporárias acima do limite contratual de 25% embasadas pelo art. 65, 2º, inciso II, da Lei. 8666/93, em decorrência da pandemia do COVID-19.

b) Considerando que a redução dos postos tem caráter temporário em função da pandemia, é necessária a formalização de aditivo ou poderá ser realizada por meio de instrumentos administrativos para a contratada, como ordem de serviço e/ou ofício institucional de formalização?

c) É possível o retorno dos postos para os quantitativos anteriores ao período da pandemia, considerando que a inativação da quantidade de postos foi caracterizada por ser temporária? Se sim, e se houver a necessidade de formalização de aditivo (pergunta b), essa ação pode ser inclusa no aditivo de supressão ou deverá ser objeto de aditivo específico, utilizando o parecer jurídico resultante desta consulta?

15. Quanto aos questionamentos ventilados no Ofício nº 110/2020, de 16 de julho de 2020, tais questionamentos já foram devidamente respondidos no **PARECER nº 00173/2020/GAB/PFUFERSA/PGF/AGU**. Nesse sentido, ratificando as respostas aos questionamentos:

(a) primeira pergunta - é resposta é positiva, contanto que não se dê de forma unilateral, isto é, deve haver consenso entre os contratantes (artigo 65, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993). Essa exigência foi devidamente contemplada nos autos, inclusive, **digna de elogios à atuação negocial da IFES;**

(b) segunda pergunta - é resposta é positiva. As alterações contratuais desta natureza (supressão) exigem instrumento próprio, a saber, **aditivo contratual**, porquanto não se trata de hipótese de apostilamento (artigo 65, § 8º, da Lei nº 8.666/1993), já que retrata uma alteração substantiva, que deve ser publicado, dentro do prazo legal, na imprensa oficial, consoante se depreende do artigo 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, sendo esta condição, aliás, indispensável para eficácia do negócio jurídico. Portanto, não se pode prescindir formalização de aditivo contratual;

(c) terceira pergunta - é resposta é positiva. O retorno ao *status quo ante pandemus* decorre dos próprios itens 4.1. e 4.1.1 do Aditivo nº 03/2020 ao Contrato nº 01/2019, **de maneira que prescinde de qualquer formalização, porquanto se encontra devidamente formalizado.** Dito de outro modo, o retorno ao *status quo* do Contrato se realiza automaticamente, de modo que, diante de nova atuação

negocial, isto é, acréscimos ou supressões, é que se exige a realização de aditivo. Quanto à segunda parte da pergunta, **resulta incompreensível**. De todo modo, a necessidade de aditivo decorre **apenas** de eventual supressão (pergunta b), pois ele possui total autonomia diante do retorno automático destacado acima, pois, nesse caso, não faz sentido, como já afirmado, qualquer aditivo.

16. Para finalizar, enfatiza-se que o contexto atual é peculiar, único, como asseverou recentemente o Ministro Gilmar Mendes, ao conceder medida cautelar na ADPF 645-DF, em 13 de abril de 2020:

É óbvio que o sistema protetivo-constitucional incide em toda e qualquer circunstância. Já tive oportunidade de afirmar que as salvaguardas constitucionais não são obstáculo, mas instrumento de superação dessa crise. O momento exige grandeza para se buscarem soluções viáveis do ponto de vista jurídico, político e econômico.

As consequências da pandemia se assemelham a um quadro de guerra e devem ser enfrentadas com despreendimento, altivez e coragem, sob pena de desaguardos em quadro de convulsão social.

3. CONCLUSÃO.

17. Em face do exposto, alheio aos aspectos técnico-administrativos, que extrapolam, por certo, da competência desta Procuradoria Federal, conclui-se^[6] pela aprovação da Minuta do Terceiro Aditivo ao Contrato nº 01/2019, com objetivo de promover a supressão de valores contratuais, não obstante o que as orientações do Parecer nº 26/2020/DECOR/CGU/AGU e Despacho 176/2020/DECOR/CGU/AGU, proferidos no NUP 00439.000095/2020-73, que veiculam as orientações gerais sobre os efeitos da pandemia do corona vírus sobre os contratos de prestação de serviços terceirizados **COM** mão de obra exclusiva.

Consoante as informações constantes dos autos, é como se opina, salvo melhor juízo. Ao Procurador-Chefe.

Mossoró/RN, 23 de julho de 2020.

CARLOS ANDRÉ STUDART PEREIRA
Subprocurador-Chefe da PF/UFERSA

[1] Eis o dispositivo:

"Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial".

[2] Para fins de observância ao disposto no artigo 42, *caput*, da Lei nº 9.784/1999, cujo teor é o seguinte: "Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo".

[3] Conforme a BPC nº 07:

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento (BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. 4ª ed. Brasília: CGU/AGU, 2016, p. 32).

[4] Quer dizer, não se deve adentrar no "sentido político do ato administrativo" (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 146).

[5] Inclusive antes mesmo da contratação, como já salientou o TCU, nestes termos (Acórdão nº 2844/2003 – Primeira Câmara):

[...] aparenta ser de bom alvitre admitir que os acréscimos e supressões permitidos à luz da disciplina inserta no artigo 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 (aplicáveis à alteração contratual), possam também ser realizados no momento antecedente à contratação, desde que observem o limite de 25% para aditivos em contratos administrativos [...].

[6] Conforme reconhecida passagem doutrinária, nestes termos:

Os pareceres emitidos pelos órgãos consultivos, quanto ao conteúdo, são (i) **de mérito**, se lhes compete apreciar a conveniência e oportunidade da medida a ser tomada, ou (ii) **de legalidade**, se devem examiná-la sob o ponto de vista da conformidade ao Direito. Quanto ao grau de necessidade ou influência que a lei lhes irroga, serão (i) **facultativos**, quando a autoridade não é obrigada a solicitá-los, fazendo-o para melhor se ilustrar, sem que a tanto esteja obrigada; (ii) **obrigatórios**, quando sua ouvida é imposta como impostergável, embora não seja obrigatório seguir-lhes a orientação; e (iii) **vinculantes**, quando a autoridade não pode deixar de atender às conclusões neles apontadas (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 138).

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23091004211202005 e da chave de acesso 65afa660

Documento assinado eletronicamente por CARLOS ANDRE STUDART PEREIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 464918307 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CARLOS ANDRE STUDART PEREIRA. Data e Hora: 23-07-2020 11:58. Número de Série: 17117156. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
