

**CONTRATAÇÕES PÚBLICAS  
EM TEMPOS DE COVID-19:  
VISÃO CONTEXTUALIZADA  
DA LEI 13.979/2020 E DAS  
MEDIDAS PROVISÓRIAS  
CORRELATAS, BEM COMO  
ANÁLISE DOS PROVÁVEIS  
IMPACTOS DA PANDEMIA  
DO CORONAVÍRUS NOS  
CONTRATOS EM EXECUÇÃO**

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

## PARTE 1

### **CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: VISÃO CONTEXTUALIZADA E SISTEMATIZADA DA LEI 13.979/2020, COM AS INOVAÇÕES PROMOVIDAS PELAS MEDIDAS PROVISÓRIAS 926, 951, 961 E 966/2020**

**LUIZ FELIPE BEZERRA ALMEIDA SIMÕES**

**(luizfelipe.adv.bsb@gmail.com)**

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



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

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

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

### **1ª) Quais objetos podem ser contratados com base na Lei 13.979/2020?**

Com fundamento no art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020 (na redação dada pela Medida Provisória 926), o objeto da contratação restringe-se a *“bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”*. Considerando que a Portaria 188/2020 do Ministro de Estado da Saúde declarou ‘Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional’ (ESPIN), e que o art. 1º, § 2º, da própria Lei 13.979/2020 dispõe que *“ato do Ministro de Estado da Saúde disporá sobre a duração da situação de emergência de saúde pública de que trata esta lei”*, adotaremos, no presente trabalho, a nomenclatura utilizada na portaria ministerial (ESPIN). Feito esse esclarecimento, o problema agora reside em delimitar o alcance da expressão *“bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento”* da ESPIN.

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

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

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

o uso da expressão “*tais como*” na parte final do § 1º do art. 3º do próprio Decreto 10.282/2020.

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

No caso da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), somente em dois momentos o legislador previu a aplicação da Lei 8.666/1993, quais sejam: “Art. 41. *Aplicam-se às licitações e contratos regidos por esta Lei as normas de direito penal contidas nos arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*” e “Art. 55. (...) critérios de desempate: (...) III - os critérios estabelecidos no (...) § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;”. Quanto ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), o legislador deixou assente, no § 2º do art. 1º da Lei 12.462/2011, que a opção pelo RDC deverá constar do instrumento convocatório e “*resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei*”.

Já em relação à Lei 10.520/2002, que disciplina a modalidade licitatória pregão, as regras da Lei 8.666/1993 só se aplicam de forma subsidiária, isto é, com vistas ao preenchimento de eventuais lacunas ou omissões, conforme dispõe o art. 9º da própria Lei do Pregão, o que não se confunde com aplicação supletiva, a qual visa à complementação normativa, ou seja, ao aperfeiçoamento de um instituto jurídico, por exemplo, já previsto na lei.

Conclui-se desse cenário normativo que, no âmbito da Lei das Estatais e da Lei do RDC, a Lei 8.666/1993 só é aplicada quando o legislador assim se manifesta e, no caso da Lei do Pregão, a aplicação da Lei 8.666/1993 é apenas subsidiária. São todas leis gerais autônomas, com eficácia própria, que dialogam (se relacionam) da forma como expressamente assinala o legislador ordinário.

E como a Lei 13.979/2020 dialoga com a Lei 8.666/1993? Diferentemente do que ocorre com a Lei do Pregão, com a Lei das Estatais e com a Lei do RDC, **a Lei 13.979/2020, embora nacional** (porque veicula normas gerais com eficácia obrigatória junto a todos os entes federativos), **não é um diploma legal que estabelece regime jurídico de contratações públicas autônomo em relação à Lei 8.666/1993.**

Chega-se a essa conclusão a partir da leitura do § 3º do art. 4º-G da Lei 13.979/2020, segundo o qual fica “*dispensada a realização de audiência pública a que se refere o art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as licitações de que trata o caput*”. Mais especificamente, partindo-se do princípio basilar da Hermenêutica Jurídica de que a lei não contém palavras inúteis, caso se tratasse de regime jurídico próprio, autônomo, não haveria razão para a aludida ressalva, pois a desnecessidade da audiência pública seria consequência lógica do silêncio do legislador. Mas não foi essa a sua escolha. O que ele deixou assente foi que, no âmbito

da Lei 13.979/2020, não se aplica o dispositivo da Lei 8.666/1993 que trata da prévia audiência pública, donde se conclui que, nas demais situações, as regras da Lei 8.666/1993 devem ser aplicadas em conjunto com os dispositivos da Lei 13.979/2020, formando-se assim um todo normativo coeso e harmônico.

E do conteúdo desse mesmo dispositivo (§ 3º do art. 4º-G da Lei 13.979/2020) podemos extrair outra conclusão em relação às regras da Lei 13.979/2020, qual seja, a de que elas também devem ser aplicadas em conjunto, harmonicamente, com as normas da Lei do Pregão, isso porque o *caput* do art. 4º-G da Lei 13.979/2020 trata especificamente de licitação na modalidade pregão. Considerando que nas lacunas da Lei do Pregão, aplica-se subsidiariamente a Lei 8.666/1993, e que a Lei do Pregão nada dispõe sobre audiência pública, a consequência lógica seria a realização desse prévio procedimento quando o valor estimado do pregão superasse o referencial definido no art. 39 da Lei 8.666/1993. Mas o legislador quis expressamente (caráter intencional) excluir essa exigência do pregão a que alude a Lei 13.979/2020.

Portanto, a orientação é aplicar a Lei 8.666/1993 em conjunto com a Lei 13.979/2020, bem como aplicar a Lei do Pregão – e, nesse caso, subsidiariamente a Lei 8.666/1993 – em conjunto com a Lei 13.979/2020, exceto quando o legislador da 13.979/2020 expressamente afasta tal aplicação, o que ocorre especificamente no tocante ao procedimento de audiência pública (§ 3º do art. 4º-G da Lei 13.979/2020).

Em apertada síntese, é coerente afirmar que as regras da Lei 13.979/2020 se incorporam materialmente (e não formalmente), durante sua vigência, ao conteúdo normativo das Leis 8.666/1993 (ou 13.303/2016 para as estatais) e 10.520/2002.

### **3ª) Em termos práticos, como as regras da Lei 13.979/2020 se incorporam materialmente, durante sua vigência, ao conteúdo normativo das Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 13.303/2016?**

Considerando que o art. 4º da Lei 13.979/2020 configura hipótese de dispensa de licitação fundada na situação de ESPIN, e que o seu art. 4º-G trata de licitação na modalidade pregão para aquisição de objetos igualmente necessários ao enfrentamento da pandemia do coronavírus, o conteúdo da Lei 13.979/2020, no que tange às contratações públicas, deve ser compreendido da seguinte forma:

I) em relação à contratação direta (sem prévio processo licitatório): como **nova hipótese de dispensa de licitação**, acrescida temporariamente às hipóteses previstas nas Leis 8.666/1993 e 13.303/2016, assemelhando-se à hipótese de ‘contratação emergencial’ que estas já contemplam (arts. 24, inciso IV, e 29, inciso XV, respectivamente), mas com objeto específico (destinado ao enfrentamento da ESPIN) e requisitos próprios; e

II) quanto à licitação na modalidade pregão (eletrônico ou presencial): como uma **espécie de pregão** para determinado ‘objeto comum’ (necessário ao

enfrentamento da ESPIN), em que se adotam procedimentos mais céleres (nas fases interna e externa) se comparados ao rito ordinário previsto na Lei 10.520/2002 e nos seus decretos regulamentares; é o chamado **pregão simplificado ou pregão express**.

Se em matéria de contratações públicas, pelas razões já aduzidas anteriormente, os dispositivos da Lei 13.979/2020 não estão dissociados das Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 13.303/2016, não se pode concluir pela desnecessidade de o assessor (parecerista) jurídico examinar a minuta de um contrato a ser firmado por dispensa de licitação fundada no art. 4º da Lei 13.979/2020 simplesmente em razão da ausência de tal exigência nesta lei, haja vista que ela está presente no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. De igual forma, essa mesma dispensa de licitação teria que ser ratificada pela autoridade superior, em cumprimento ao disposto no art. 26, *caput*, da Lei 8.666/1993. Deverá também ser observado, no pregão simplificado, o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar 123/2006, haja vista o conteúdo do art. 5º-A da Lei 8.666/1993, aplicado subsidiariamente ao pregão por força do art. 9º da Lei 10.520/2002.

Idêntico raciocínio deve ser feito em relação à formalização das contratações (e eventuais aditativas), especificamente quanto ao instrumento a ser utilizado, uma vez que sobre isso nada dispôs a Lei 13.979/2020. Deve aqui ser observado o regramento estabelecido no art. 62 da Lei 8.666/1993, aplicado de forma subsidiária ao pregão (art. 9º da Lei 10.520/2002). Caso não adotássemos essa linha argumentativa, muitas perguntas seriam de difícil resposta, como por exemplo: Quais as sanções administrativas aplicáveis no âmbito da Lei 13.979/2020? Que regras legais de recebimento provisório e/ou definitivo do objeto contratado devem ser observadas? Quais as hipóteses legais de rescisão contratual? Há conteúdo penal na Lei 13.979/2020 (conforme o art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”)? E outras tantas, que surgem naturalmente ante a ausência de regramento expresso na Lei 13.979/2020.

Essa contextualização é, portanto, de suma importância para a adequada interpretação dos dispositivos da Lei 13.979/2020, necessariamente em conjunto com as demais leis gerais que disciplinam contratações públicas. Não se deve simplesmente ignorar os outros regimes jurídicos nesse momento excepcional de pandemia e compreender a Lei 13.979/2020 como o único regime a ser utilizado no enfrentamento da situação de ESPIN. Não foi isso que propôs o legislador da 13.979/2020.

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

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

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

Mas a diferença mais significativa é a que se extrai do *caput* do art. 4º-B da Lei 13.979/2020, segundo o qual as condições de dispensa de licitação fundada na situação de ESPIN *“presumem-se atendidas”*. Significa dizer, em termos práticos, que, no processo administrativo, a fim de propiciar máxima celeridade à contratação emergencial, a presença dos seus pressupostos não carece de demonstração; não há, pois, necessidade de comprovar (justificar) o atendimento, um a um, dos requisitos do art. 4º-B, embora tal procedimento seja altamente recomendável, mormente como forma de conferir a máxima transparência aos atos da Administração perpetrados em tempos de pandemia.

Trata-se, no entanto, de presunção relativa e não absoluta, admitindo-se prova em contrário, que poderá ser produzida pelos tribunais de contas quando da apreciação da matéria, ou por algum outro órgão no exercício de sua missão institucional. Isso porque, diferentemente do comando do art. 113 da Lei 8.666/1993, segundo o qual compete aos *“órgãos interessados da Administração”* a responsabilidade pela *“demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução”*, há aqui a presunção legal de que a dispensa de licitação calcada na ESPIN atende aos pressupostos do art. 4º-B da Lei 13.979/2020, presunção que só poderá ser afastada mediante prova em sentido contrário. Configura-se a chamada inversão do ônus da prova.

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

A dúvida surge em função da literalidade do *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020, que alude a “*bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos*” destinados ao enfrentamento da emergência”. Portanto, sob a ótica da legalidade estrita, a realização de obras não estaria respaldada no aludido dispositivo. Não se pode olvidar também ser postulado da Hermenêutica Jurídica que as hipóteses de exceção – a exemplo da dispensa de licitação, que é procedimento excepcional ao dever constitucional de licitar – devem ser interpretadas restritivamente.

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

A corroborar o acima exposto, cabe ressaltar que, de acordo com os arts. 1º e 2º da Emenda Constitucional 106/2020, a qual “*Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia*”, o Poder Executivo federal, “*durante a vigência de estado de calamidade pública nacional reconhecido pelo Congresso Nacional*” – até 31/12/2020, conforme o Decreto Legislativo 6/2020 –, poderá adotar processos simplificados de contratação de “*obras, serviços e compras que assegurem, quando possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes*”. À luz da Hermenêutica Jurídica, acreditamos não restar ao aplicador do direito outra opção que não conferir ao art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020 interpretação conforme a EC 106/2020.

O segundo argumento é de ordem lógico-pragmática. Ora, caso não fosse possível, juridicamente, a contratação emergencial da construção de um hospital de campanha para enfrentamento da situação de ESPIN com amparo no *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020, a base legal utilizada pela Administração, em tempos de pandemia, seria necessariamente o inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, ou seja, promover-se-ia, de qualquer forma, a dispensa de licitação. Mesmo que não fosse cabível, utilizando-se a Lei 8.666/1993, a presunção de atendimento às condições do art. 4º-B da Lei 13.979/2020, ainda sim teríamos uma contratação direta, isto é, sem prévia licitação. A propósito, releva frisar que contratação sem prévia licitação (art. 4º da Lei 13.979/2020) não significa contratação sem planejamento prévio (art. 4º-E, § 1º).



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

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

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

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

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

A segunda diferença é que, no âmbito dos pregões simplificados, os recursos somente terão efeito devolutivo (art. 4º-G, § 2º), o que nos parece destituído de sentido lógico quando a peça recursal for apresentada contra a habilitação ou

inabilitação de licitante, bem como contra o julgamento das propostas. Nestes casos, a não atribuição de eficácia suspensiva ao recurso poderá colocar em risco a celeridade almejada no processo licitatório, a exemplo de situação em que venha a ser dado provimento ao recurso interposto pelo licitante cuja proposta mais vantajosa fora indevidamente desclassificada pelo pregoeiro. Não por outra razão a Lei 8.666/1993, em seu art. 109, § 2º, confere efeito suspensivo ao recurso interposto nesses dois casos específicos.

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

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

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

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

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

A propósito, em observância ao § 3º do art. 1º do sobredito Decreto 10.024/2019, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns pelos entes federativos, com a utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, a adoção da forma eletrônica do pregão é obrigatória.

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

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

Considerando que o referido dispositivo não estabelece prazo específico (faz uso apenas do advérbio ‘imediatamente’) para divulgação – em sites oficiais – dos dados referentes a contratações destinadas ao enfrentamento da situação de ESPIN, sugerimos a adoção do prazo de cinco dias, por aplicação analógica do art. 26, *caput*, da Lei 8.666/1993.

Isso não significa, em absoluto, o afastamento da exigência de ‘publicação na imprensa oficial’ a que alude o sobredito *caput* do art. 26 da Lei 8.666/1993 para hipóteses de dispensa de licitação. Idêntico raciocínio deve ser feito em relação à publicidade exigida na legislação do pregão. Por oportuno, cabe mencionar aqui o Decreto Federal 10.031/2019, que, alterando o Decreto Federal 9.215/2017, dispôs sobre a isenção de cobrança para as publicações no Diário Oficial da União realizadas por órgãos e entidades que integram o Orçamento Geral da União.

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

A interpretação deve ser, portanto, no sentido de dar ampla publicidade/transparência aos atos da Administração, e não no sentido de reduzi-la, até mesmo como forma de propiciar, em sua máxima amplitude, o inafastável controle social. É cediço que a transparência é um dos instrumentos mais eficazes de prevenção à corrupção, de inibição à prática de atos oportunistas, como os que infelizmente poderão vir a ser praticados em tempos de pandemia. Simplificar e agilizar processos de contratação não implica afastar mecanismos de controle – por parte da sociedade civil, da imprensa e dos próprios tribunais de contas – aptos a minimizar riscos de malversação dos escassos recursos públicos.

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

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

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

Portanto, o que faz o art. 4º, § 3º, da Lei 13.979/2020 é flexibilizar, nas contratações por inexigibilidade de licitação (e não por dispensa) envolvendo fornecedor ou prestador de serviços exclusivo, a vedação a que alude, por exemplo, o art. 38, inciso III, da Lei 13.303/2016, segundo o qual estaria *“impedida de participar de licitações e de ser contratada pela empresa pública ou sociedade de economia mista”* a empresa *“declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal ou pela unidade federativa a que está vinculada a empresa pública ou sociedade de economia mista, enquanto perdurarem os efeitos da sanção”*.

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

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

em contratações anteriores com o Poder Público, por isso foram severamente apenadas.

Portanto, havendo fornecedor não impedido juridicamente de firmar novas avenças administrativas, a contratação com empresa inidônea ou suspensão de licitar e contratar com o Poder Público implicaria, como regra, a prática de ato irregular, salvo se diferenças de preço e condições de fornecimento fossem realmente muito favoráveis à Administração, o que também, por outro lado, aumentaria significativamente, por razões óbvias, o risco de inexecução.

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

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

Considerando que o art. 20, § 2º, alínea "b", da Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017 já dispensa a realização de estudos preliminares em todas as contratações emergenciais de serviços (objeto de disciplina dessa norma), é forçoso concluir que a orientação contida no art. 4º-C da Lei 13.979/2020, para órgãos e entidades que se submetem ao regramento da IN 5/2017 (integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG, instituído pelo Decreto 1.094/1994), alcançou agora os pregões envolvendo objetos (comuns) necessários ao enfrentamento da ESPIN (pregões simplificados), não apenas serviços, mas também bens (fornecimentos). Portanto, em nenhuma contratação realizada por tais órgãos e entidades com base na Lei 13.979/2020, será exigida a elaboração de estudos técnicos preliminares.

Para órgãos e entidades que não se vinculam à IN 5/2017, mas contêm normativo determinando a realização de estudos preliminares no planejamento de toda e qualquer contratação, a orientação contida no art. 4º-C da Lei 13.979/2020 alcançou as dispensas de licitação para "*aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos*", de natureza comum, destinados ao enfrentamento da ESPIN e também os pregões simplificados.

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

De acordo com o art. 4º-D da Lei 13.979/2020, o gerenciamento de riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato. Considerando que o art. 20, § 2º, alínea "b", da Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017 já

estabelece, para as contratações emergenciais de serviços, gerenciamento de riscos apenas relacionado à fase de gestão do contrato, é forçoso concluir que a previsão contida no art. 4º-D da Lei 13.979/2020, para órgãos e entidades que se submetem ao regramento da IN 5/2017, alcançou agora os contratos que tenham por objeto serviços comuns necessários ao enfrentamento da ESPIN, celebrados mediante prévia licitação na modalidade pregão (pregão simplificado). Para órgãos e entidades que não se vinculam à IN 5/2017, mas têm normativo determinando a realização de gerenciamento de riscos em toda e qualquer fase da contratação, a orientação contida no art. 4º-D da Lei 13.979/2020 alcançou, de fato, ambas as situações.

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

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

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

Sim, mas de forma simplificada, o que significa dizer que a Lei 13.979/2020 não autoriza a realização de contratação aleatória, isto é, sem prévio planejamento. De acordo com o art. 4º-E, *caput*, da Lei 13.979/2020, nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da ESPIN, tanto nas dispensas de licitação quanto nos pregões, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado, cujo conteúdo está disciplinado no § 1º do próprio art. 4º-E, conteúdo esse que guarda semelhança com o do art. 30 da Instrução Normativa Seges-MPDG nº 5/2017.

Exige-se: I) descrição do objeto; II) fundamentação simplificada da contratação; III) descrição resumida da solução apresentada; IV) requisitos da contratação; V) critérios de medição e pagamento; VI) estimativas dos preços (que podem ser dispensadas, como veremos nos comentários à 15ª questão); e VII) adequação orçamentária.

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

Os parâmetros estabelecidos no art. 4º-E, § 1º, inciso VI, alíneas “a” a “e”, da Lei 13.979/2020 são, em essência, os mesmos previstos no art. 2º da Instrução Normativa Seges-MPOG 5/2014, à exceção da fonte “Portal de Compras do Governo Federal”, prevista na Lei 13.979/2020, em vez do “Painel de Preços” da IN 5/2014.

Mas a principal diferença reside no fato de que, diferentemente da previsão contida no art. 2º, § 1º, da referida instrução normativa, não há, em relação aos parâmetros estabelecidos nas alíneas “a” a “e” do inciso VI do § 1º do art. 4º-E, a obrigatoriedade da priorização das fontes públicas (“Portal de Compras do Governo Federal” ou “contratações similares de outros entes públicos”).

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

Embora a Lei 13.979/2020 tenha sido omissa em relação ao número mínimo de fornecedores a serem consultados, recomenda-se que a pesquisa seja realizada com pelo menos três, aplicando-se assim, por analogia, o conteúdo do § 6º do art. 2º da IN 5/2014, segundo o qual “Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores”. Essa orientação, vale frisar, está em consonância com a “Jurisprudência Selecionada” do TCU, na qual encontramos o seguinte enunciado extraído do Acórdão 1565/2015-Plenário: “A justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima; (ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas.”.

Cabe, por fim, chamar a atenção para a fonte de consulta inserida na alínea “d” do inciso VI do § 1º do art. 4º-E da Lei 13.979/2020, qual seja, “*contratações similares de outros entes públicos*”, expressão de cuja literalidade extrai-se conclusão no sentido de que preços de contratações similares realizadas pelo próprio órgão ou entidade contratante não podem servir como parâmetro. Todavia, tal interpretação não se coaduna com a “Jurisprudência Seleccionada” do TCU, a exemplo do Acórdão 713/2019-Plenário, do qual foi extraído o seguinte enunciado: “*A pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro, a exemplo de contratações públicas similares, sistemas referenciais de preços disponíveis, pesquisas na internet em sítios especializados e contratos anteriores do próprio órgão.*”.

Chamamos aqui a atenção para o fato de que os preços de contratos celebrados antes da pandemia muito provavelmente estarão defasados em relação aos preços atuais de mercado, servindo tão somente para comprovar a elevação excepcional verificada. No futuro “pós-pandemia”, os preços de contratações realizadas nos tempos atuais (de pandemia) deverão ser, pelas mesmas razões, desconsiderados como parâmetros em pesquisas de preços.

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

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

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

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



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

Cabe, por fim, ressaltar que a dispensa da estimativa dos preços nas contratações sob a égide da Lei 13.979/2020 pode comprometer, irremediavelmente, o juízo de vantajosidade apto a fundamentar a opção pelo pagamento antecipado na situação de que trata a alínea “b” do inciso II do art. 1º da MP 961/2020 (“propicie significativa economia de recursos”).

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

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

A propósito, conforme o art. 31, § 1º, inciso I, da Lei 13.303/2016, há sobrepreço *“quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado”*.

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

Esse mesmo entendimento pode ser estendido ao pregão simplificado. Se o orçamento fosse elaborado a partir de uma *“pesquisa realizada com os potenciais fornecedores”*, ou com base numa fonte pública (Portal de Compras do Governo Federal) e, entre o momento da realização da estimativa de preços e a data do julgamento das propostas/lances pelo pregoeiro, os valores de mercado sofressem oscilações aceitáveis em tempos de pandemia, a situação enquadrar-se-ia no § 3º do

art. 4º-E da Lei 13.979/2020, servindo, portanto, de justificativa para a contratação por valores superiores aos consignados no orçamento estimado.

Recomendamos enfaticamente que a metodologia empregada e os documentos obtidos junto às fontes consultadas/pesquisadas constem, em quaisquer situações, dos autos do processo de contratação.

**17ª) No âmbito do pregão simplificado (art. 4º-G da Lei 13.979/2020), é cabível a adjudicação do objeto a licitante que esteja em situação de irregularidade trabalhista, ou mesmo que não atenda às exigências de qualificação econômico-financeira, isso com fundamento no art. 4º-F da referida lei?**

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

O problema reside, no entanto, em definir o significado (alcance) dessa “restrição” do mercado fornecedor, o que, justamente em razão da ausência de parâmetros legais objetivos, só poderá ser feito à luz do caso concreto, em função do objeto de demanda e do próprio mercado em que ele estiver inserido. Uma vez configurada a restrição quanto ao número de fornecedores ou, conforme o caso, de prestadores de serviço, poderá sim ser dispensada, “*excepcionalmente e mediante justificativa*”, a apresentação de “*documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação*” (art. 4º-F da Lei 13.979/2020).

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

Entende-se que, na hipótese de dispensa de licitação a que alude o art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020, havendo “*restrição de fornecedores ou prestadores de*

*serviço*”, alguns desses documentos poderão também, excepcionalmente, não ser exigidos para fim de contratação, mediante a devida motivação.

**18ª) Para as aquisições de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da ESPIN, considera-se regular a contratação, por dispensa de licitação, de empresa que esteja em situação de irregularidade com a Seguridade Social?**

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

Esse cenário normativo mudou, no entanto, após a publicação da Emenda Constitucional nº 106 (08/5/2020), especificamente em decorrência do conteúdo do parágrafo único do seu art. 3º, que assim dispõe: *“Durante a vigência da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, não se aplica o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal.”* Em termos práticos, nas *“contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia”* (ementa da EC nº 106), sendo a urgência *“incompatível com o regime regular”* (art. 1º da EC nº 106), não mais prevalece a ressalva acerca da regularidade relativa à Seguridade Social constante da parte final do art. 4º-F da Lei 13.979/2020.

É importante ressaltar que aqui se trata de hipótese de dispensa de licitação, e não de inexigibilidade. Caso houvesse no mercado um único fornecedor de determinado equipamento imprescindível ao enfrentamento da situação de ESPIN (caso hipotético de respiradores), obviamente que o fato de ele se encontrar em situação de irregularidade com a Seguridade Social não poderia servir de obstáculo ao fornecimento.

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

Não, porque de acordo com o art. 4º-H da Lei 13.979/2020, os contratos regidos por esta lei terão prazo de duração de até seis meses, podendo ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de

enfrentamento dos efeitos da situação de ESPIN, não se lhes aplicando, por exemplo, o disposto no art. 57, inciso II, da Lei 8.666/1993.

Se a aludida necessidade se exaurir na vigência do contrato, este deverá ser executado até o seu término, obedecendo assim ao prazo de vigência nele estabelecido, conforme dispõe o art. 8º da Lei 13.979/2020 – afastada obviamente a possibilidade de nova prorrogação –, devendo a Administração providenciar a realização do devido processo licitatório, não mais sob a égide da Lei 13.979/2020.

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

De acordo com o art. 4º-H da Lei 13.979/2020, “os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos”. A interpretação isolada da expressão “contratos regidos por esta Lei” certamente levaria à conclusão de que o aludido dispositivo aplicar-se-ia tanto a contratos de duração continuada (exaurem-se pelo decurso do seu prazo de vigência) quanto a contratos por escopo (encerram-se com a efetiva conclusão do seu objeto). Fazendo-se, no entanto, a interpretação sistêmica do aludido dispositivo, o uso da expressão “poderão ser prorrogados por períodos sucessivos” permite conclusão no sentido de que os contratos que se subsomem ao art. 4º-H da Lei 13.979/2020 contêm objetos cuja necessidade da Administração em relação a eles poderá perdurar por todo o período de enfrentamento dos efeitos da situação de ESPIN.

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

A novidade trazida pelo art. 4º-H da Lei 13.979/2020 é que ele cria, na prática, a figura do ‘fornecimento contínuo’ (prolongado), a par da já existente ‘prestação de serviço contínuo’. Não se trata, portanto, de aplicar o aludido dispositivo às contratações por escopo e sim de admitir, tacitamente, a possibilidade temporária da existência de um ‘fornecimento continuado’ – como a compra de máscaras para proteção dos profissionais da saúde ou de álcool em gel para utilização nos hospitais de pronto atendimento –, à semelhança da inovação trazida pelo art. 6º, inciso XV, do Projeto de Lei 1.292/1995 (definição para “*serviços e fornecimentos contínuos*”), projeto da nova lei de licitações, aprovado em definitivo pela Câmara dos Deputados e que se encontra em tramitação no Senado Federal. Por seu turno, as regras de duração e prorrogação dos contratos por escopo continuarão sendo extraídas da Lei 8.666/1993 e, conforme o caso, da Lei 13.303/2016.

**21ª) A vigência do “estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus”, a que alude o art. 8º da Lei 13.979/2020, coincide com a vigência do “estado de calamidade pública” reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020, o qual produzirá efeitos até 31 de dezembro de 2020?**

Não necessariamente, uma vez que, de acordo com o art. 1º do Decreto Legislativo 6/2020, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, foi reconhecida exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar 101/2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei 13.898/2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar 101/2000. Portanto, a cessação dos efeitos do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020 não implicará, automaticamente, o término da vigência da Lei 13.979/2020, já que poderá persistir a necessidade de enfrentamento dos efeitos da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus.

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

De acordo com o art. 4º-I da Lei 13.979/2020, os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta lei – dispensas de licitação e pregões simplificados – poderão prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto pactuado, em até 50% do valor inicial atualizado do contrato. Em termos práticos, no que diz respeito a tais contratos, o limite percentual de 25%, previsto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 para as alterações contratuais unilaterais quantitativas, poderá ser majorado para até 50%.

Por simetria, e com base em sedimentada jurisprudência do TCU segundo a qual *“tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93”* (Decisão 215/1999-Plenário), esse novo percentual também se aplica às alterações unilaterais qualitativas. Em ambas as situações, subsiste a necessidade do restabelecimento, por aditamento, do equilíbrio econômico-financeiro inicial, conforme prevê o art. 65, § 6º, da Lei 8.666/1993.

É importante frisar que se trata de uma faculdade da Administração, nada impedindo que, nos contratos decorrentes dos procedimentos previstos na Lei 13.979/2020, seja adotado o limite percentual constante do art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 (25%). Não se pode olvidar que esse aumento percentual poderá implicar maior insegurança – gerar risco maior – ao contratado no contexto da pandemia do coronavírus, levando provavelmente a uma majoração dos preços por

ele ofertados (precificação do risco), ou poderá mesmo restringir o número de competidores interessados em contratar com o Poder Público.

Por outro lado, não se deve cogitar da aplicação desse percentual majorado de 50% nos contratos celebrados com base na Lei 8.666/1993 (ou na Lei 13.303/2016, conforme o caso) que já se encontravam vigentes quando da publicação da Lei 13.979/2020, por absoluta falta de amparo legal, além do que o percentual mais elástico só se justifica em razão de a contratação respaldada na Lei 13.979/2020 ser precedida de planejamento mais simplificado (art. 4º-E, § 1º), por vezes mais precário, e ter seu curso num cenário de maior imprevisibilidade, decorrente da situação de ESPIN.

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

De acordo com o art. 6º-A, *caput*, da Lei 13.979/2020, os limites constantes dos seus incisos I (R\$ 330.000,00 para serviços de engenharia) e II (R\$ 176.000,00 para compras em geral e outros serviços) foram estabelecidos para o uso do suprimento de fundos (por item de despesa), “quando a movimentação for realizada por meio de Cartão de Pagamento do Governo”, nas aquisições e contratações a que se refere o *caput* do art. 4º, isto é, somente nas hipóteses de dispensa de licitação, e não nas contratações precedidas de licitação na modalidade pregão.

A reforçar tal assertiva, extrai-se da leitura do art. 4º-H da Lei 13.979/2020, ante o uso da expressão “Os contratos regidos por esta Lei”, conclusão no sentido de que quando o legislador quis se reportar tanto aos contratos celebrados por dispensa de licitação (art. 4º, *caput*) quanto àqueles celebrados mediante prévio pregão (art. 4º-G, *caput*), ele o fez expressamente.

Portanto, em todas as contratações precedidas de pregão simplificado, bem como naquelas decorrentes de dispensas de licitação que envolvam objeto com valor acima dos referenciados nos incisos I e II do art. 6º-A da Lei 13.979/2020, o suprimento de fundos não poderá ser utilizado – sob a ótica da legalidade estrita – como forma de pagamento.

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

Não se pode olvidar aqui o conteúdo do *caput* e parágrafo único do art. 20 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), na redação dada pela Lei 13.655/2018, segundo os quais, “nas esferas

*administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”, bem como que “*a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas*”. A análise das consequências práticas é, portanto, fundamental para a tomada de decisão, ainda mais no contexto de uma pandemia.

Urge invocar também o *caput* e § 1º do art. 22 da Lindb, segundo os quais, “*na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor*”, assim como, “*em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente*”. Tais dispositivos deixam claro que os obstáculos e as dificuldades reais devem ser levados em consideração quando da tomada de decisão. Em apertada síntese, deve-se sempre perseguir a justiça material, ou seja, a melhor decisão à luz do caso concreto.

A propósito, de acordo com o art. 3º, incisos I, IV e V, da Medida Provisória 966/2020, as mesmas circunstâncias acima descritas – já contempladas na Lindb – deverão ser sopesadas, entre outras, para fim de responsabilização de agentes públicos por atos relacionados à pandemia da Covid-19.

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

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

Ainda nesse contexto de pretensão punitiva, impende ressaltar que, por intermédio da Medida Provisória 951/2020, foi introduzido o art. 6º-D na Lei 13.979/2020, estabelecendo a suspensão do “*transcurso dos prazos prescricionais para aplicação de sanções administrativas previstas na Lei nº 8.666, de 1993, na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e na Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011*”. Importante frisar que, de acordo com o art. 8º da Lei 13.979/2020, o transcurso de tais prazos prescricionais ficará suspenso “*enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus*”.

**25ª) A Medida Provisória 951/2020 (que alterou a Lei 13.979/2020) instituiu sistema de registro de preços autônomo, a exemplo do SRP previsto na Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), regulamentado, na esfera federal, pelo Decreto 7.581/2011?**

Deve-se atentar, inicialmente, para o comando do art. 4º, § 4º, da Lei 13.979/2020 – na redação dada pela MP 951/2020 –, segundo o qual, na hipótese de “dispensa de licitação de que trata o caput, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, o sistema de registro de preços, de que trata o inciso II do caput do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderá ser utilizado”.

A conclusão que se extrai da parte final do aludido dispositivo é que a MP 951/2020 não instituiu sistema de registro de preços autônomo, a exemplo do SRP previsto no art. 32 da Lei 12.462/2011 (RDC), regulamentado, na esfera federal, pelo Decreto 7.581/2011 (arts. 87 a 108). Caso se tratasse de sistema de registro de preços (SRP) com eficácia própria, não haveria razão para remeter o aplicador da norma ao sistema de registro de preços de que trata a Lei 8.666/1993. Portanto, no âmbito da Lei 13.979/2020, confere-se à Administração Pública a faculdade de utilização do SRP a que alude o inciso II do *caput* do art. 15 da Lei 8.666/1993, regulamentado, na esfera federal, pelo Decreto 7.892/2013.

Considerando que o art. 66 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) dispõe que o *“Sistema de Registro de Preços especificamente destinado às licitações de que trata esta Lei reger-se-á pelo disposto em decreto do Poder Executivo”* – além das disposições que a própria Lei das Estatais estabelece acerca do SRP –, é forçoso reconhecer que, no âmbito da Administração federal direta e indireta, o conteúdo do Decreto 7.892/2013 será o parâmetro para registros de preços, precedidos de dispensa de licitação, visando à aquisição de *“bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento”* da situação de ESPIN (art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020).

Levando em conta que a Lei 13.979/2020 veicula normas com eficácia obrigatória temporária junto a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e que o Decreto 7.892/2013 é de índole apenas federal, o § 5º do art. 4º da Lei 13.979/2020 estabelece que, na *“hipótese de inexistência de regulamento específico, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal sobre registro de preços”*.

Por oportuno, cabe frisar que a autorização para aplicação da norma regulamentar federal pelo ente federativo que não dispõe de regulamento específico (§ 5º do art. 4º da Lei 13.979/2020) não se confunde com a faculdade conferida a órgãos e entidades municipais, distritais ou estaduais de *“adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal”*, conforme disposto no § 9º do art. 22 do Decreto 7.892/2013, faculdade essa que em nada foi alterada e que, uma vez exercida no contexto do art. 4º da Lei 13.979/2020, deverá continuar a observar os limites quantitativos estabelecidos nos §§ 3º e 4º do art. 22 do Decreto 7.892/2013.



## **26ª) O § 4º do art. 4º da Lei 13.979/2020 autoriza a constituição de atas de registro de preços a partir de quaisquer dispensas de licitação?**

O comando do § 4º do art. 4º da Lei 13.979/2020 faculta a utilização do *“sistema de registro de preços de que trata o inciso II do caput do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”* na hipótese de dispensa de licitação fundada na situação de ESPIN (art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020). Em termos práticos, a constituição da ata de registro de preços é precedida de dispensa de licitação, e não de procedimento licitatório.

Fazendo-se interpretação sistêmica do art. 15, inciso II e § 3º, inciso I, da Lei 8.666/1993, c/c o art. 11 da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão), chega-se à conclusão de que o SRP é um conjunto de procedimentos para realização, mediante licitação na modalidade pregão ou concorrência, do registro formal de preços visando a futuras contratações de bens e de serviços. Esse mesmo entendimento pode ser extraído da leitura conjunta dos arts. 2º, inciso I, e 7º, *caput*, do Decreto 7.892/2013.

Dito isso, seria então possível concluir que o § 4º do art. 4º da Lei 13.979/2020 está a permitir agora a constituição de atas de registro de preços a partir de quaisquer dispensas de licitação, uma vez que, antes da edição da MP 951/2020, isso só era possível a partir de licitações realizadas nas modalidades pregão ou concorrência? A resposta é não, senão vejamos.

O conteúdo da Lei 13.979/2020 deve ser compreendido, no que concerne à contratação direta, como nova hipótese de dispensa de licitação, adicionada temporariamente às previstas nas Leis 8.666/1993 e 13.303/2016, assemelhando-se à hipótese de ‘contratação emergencial’ que elas já contemplam (arts. 24, inciso IV, e 29, inciso XV, respectivamente), mas com requisitos e objetos próprios, razão por que deve ser tratada como hipótese independente.

Portanto, o que faz o § 4º do art. 4º da Lei 13.979/2020 é permitir, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento da situação de ESPIN, que a constituição de ata de registro de preços possa ser precedida da dispensa de licitação fundada exclusivamente no art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020. A autorização legislativa restringe-se, em caráter absolutamente transitório, à hipótese de dispensa de licitação para aquisição de *“bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento”* da ESPIN.

No entanto, isso não impede que a ata de registro de preços seja precedida de pregão simplificado (eletrônico ou presencial), a que alude o art. 4º-G da Lei 13.979/2020, com vistas à aquisição futura de ‘objeto comum’ necessário ao enfrentamento da ESPIN. Em termos práticos, o comando do art. 11 da Lei 10.520/2002, segundo o qual *“As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico”*, continua perfeitamente aplicável ao pregão simplificado.

**27ª) Quais são as hipóteses, entre as previstas no art. 3º do Decreto Federal 7.892/2013, autorizadoras da adoção do SRP mediante a dispensa de licitação a que alude o *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020?**

Atente-se para o comando do § 4º do art. 4º da Lei 13.979/2020 (“na hipótese de dispensa de licitação de que trata o *caput*, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, o sistema de registro de preços, de que trata o inciso II do *caput* do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderá ser utilizado”). A expressão sublinhada permite inferir que, no âmbito da Lei 13.979/2020, só há uma única hipótese, entre as previstas no art. 3º do Decreto 7.892/2013, autorizadora da adoção do SRP mediante a dispensa de licitação a que alude o *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020, qual seja, “*compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade*”, isto é, “quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade” (inciso III do art. 3º do Decreto 7.892/2013).

E é justamente nesse contexto que cabe enaltecer a inovação trazida pela MP 951/2020, ao permitir que, num cenário de pandemia, o sistema de registro de preços possa: a) ser um valioso instrumento à disposição dos órgãos e entidades públicas para, em conjunto, realizarem compras urgentes e vantajosas, com significativa redução de preços ante o grande quantitativo de demanda (economia de escala); b) contribuir, sobremaneira, para a mitigação da indesejável competição que ora se verifica entre entes públicos na busca frenética por equipamentos e insumos médico-hospitalares indispensáveis ao enfrentamento da Covid-19.

À luz do § 4º do art. 4º da Lei 13.979/2020, não há amparo para que órgão ou entidade, isoladamente, realize dispensa de licitação visando ao registro de preços para contratações futuras, valendo-se, para tanto, de uma das demais hipóteses de adoção do SRP previstas nos incisos I, II e IV do art. 3º do Decreto 7.892/2013. Nada impede, no entanto, que esse mesmo órgão ou entidade se valha de qualquer dessas outras hipóteses do art. 3º do Decreto 7.892/2013 para constituir ata de registro de preços precedida de pregão simplificado.

**28ª) De acordo com o § 4º do art. 4º-G da Lei 13.979/2020, as dispensas de licitação realizadas por meio de SRP são consideradas ‘compras nacionais’, assim definidas nos termos do inciso VI do art. 2º do Decreto Federal 7.892/2013?**

Apenas os pregões simplificados – e não as dispensas de licitação – realizados por meio de SRP serão considerados, conforme o § 4º do art. 4º-G da Lei 13.979/2020, “compras nacionais, nos termos do disposto no *regulamento federal*”, isto é, “*compra ou contratação de bens e serviços, em que o órgão gerenciador conduz os procedimentos para registro de preços destinado à execução descentralizada de programa ou projeto federal, mediante prévia indicação da demanda pelos entes federados beneficiados*” (inciso VI do art. 2º do Decreto 7.892/2013).

Nesse cenário, o “*órgão participante de compra nacional*” é contemplado no registro de preços “*independente de manifestação formal*” (inciso VII do art. 2º do Decreto 7.892/2013), haja vista que sua demanda é indicada ao órgão gerenciador pelo próprio ente federado beneficiado. Assim sendo, uma vez “*comprovada a vantajosidade, fica facultado aos órgãos ou entidades participantes de compra nacional a execução da ata de registro de preços vinculada ao programa ou projeto federal*” (§ 3º do art. 6º do Decreto 7.892/2013).

Ademais, conforme o § 4º do art. 6º do Decreto 7.892/2013, os entes federados participantes de compra nacional, ao realizarem suas “*demandas de aquisição no âmbito da ata de registro de preços de compra nacional*”, poderão utilizar “*recursos de transferências legais ou voluntárias da União, vinculados aos processos ou projetos objeto de descentralização*”.

Acerca da utilização da ata de registro de preços por órgãos ou entidades não participantes, deverão ser observados, na hipótese de compra nacional, os limites quantitativos estabelecidos nos incisos I e II do § 4º-A do art. 22 do Decreto 7.892/2013.

#### **29ª) Qual o regramento trazido pela Lei 13.979/2020 acerca da Intenção de Registro de Preços (IRP)?**

Para melhor compreensão do regramento trazido pela Lei 13.979/2020 acerca da Intenção de Registro de Preços (IRP), procedimento que, conforme o art. 4º, *caput*, do Decreto 7.892/2013, “*deverá ser utilizado pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, para registro e divulgação dos itens a serem licitados*”, cabe destacar o conteúdo do § 1º-A do art. 4º do Decreto 7.892/2013, segundo o qual o prazo para que outros órgãos e entidades “*manifestem interesse em participar de IRP*” será de “*oito dias úteis, no mínimo, contado da data de divulgação da IRP no Portal de Compras do Governo federal*”.

De acordo com o § 6º do art. 4º da Lei 13.979/2020, o prazo estabelecido pelo órgão gerenciador para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar do sistema de registro de preços – constituído por dispensa de licitação fundada no *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020 – não será de “*oito dias úteis, no mínimo*” (regra geral) e sim “*entre dois e quatro dias úteis*”, contado da “*data de divulgação da intenção de registro de preço*”. Frise-se que este prazo é para que haja manifestação quanto ao interesse de participação no SRP e não para fim de adesão à ata de registro de preços que vier a ser formatada.

Mais especificamente, não se deve confundir ‘órgão participante’, o qual “*participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços*”, com ‘órgão não participante’ (também chamado de carona), que, “*não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços*” (art. 2º, incisos IV e V, do Decreto 7.892/2013).

A propósito, a parte final do § 4º do art. 4º-G da Lei 13.979/2020, que trata dos pregões simplificados realizados por meio de sistema de registro de preços (compras nacionais), prevê a observância do *“prazo estabelecido no § 6º do art. 4º”,* qual seja, *“entre dois e quatro dias úteis”,* para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar do SRP. Parece ter havido aqui equívoco por parte do legislador, uma vez que, conforme o inciso VII do art. 2º do Decreto 7.892/2013, em se tratando de compra nacional, o órgão ou entidade participante é contemplado no registro de preços *“independente de manifestação formal”,* bastando tão somente, de acordo com o inciso VI do art. 2º do Decreto 7.892/2013, a *“prévia indicação da demanda pelos entes federados beneficiados”.*

Em termos práticos, significa dizer que o procedimento de Intenção de Registro de Preços (art. 4º do Decreto 7.892/2013) não se coaduna com a hipótese de compra nacional, tendo em vista que a demanda do órgão participante é indicada ao órgão gerenciador pelo próprio ente federado beneficiado. A menos que esse *“prazo estabelecido no § 6º do art. 4º”,* isto é, *“entre dois e quatro dias úteis”,* referenciado no § 4º do art. 4º-G da Lei 13.979/2020, seja tomado como prazo para a *“prévia indicação da demanda pelos entes federados beneficiados”* (inciso VI do art. 2º do Decreto 7.892/2013).

### **30ª) Qual a vigência da ata de registro de preços constituída com base na Lei 13.979/2020?**

Para fim de definição do prazo de vigência da ata de registro de preços constituída com base na Lei 13.979/2020, é importante destacar, preliminarmente, que, segundo o art. 12 do Decreto Federal 7.892/2013, o prazo de validade da ata de registro de preços *“não será superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações, conforme o inciso III do § 3º do art. 15 da Lei nº 8.666, de 1993”.* Dito isso, seria então correto afirmar que, a despeito de a vigência da ata ser definida em doze meses, só terá ela eficácia enquanto perdurar a situação de ESPIN?

A despeito de se reconhecer que a natureza jurídica da ata de registro de preços difere da natureza jurídica do contrato dela decorrente, sugere-se aqui invocar, para responder à indagação acima, o comando do art. 8º da Lei 13.979/2020 e concluir, com base em interpretação lógico-sistêmica, que, conquanto a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de ESPIN venha a se exaurir no período de validade da ata de registro de preços, esta poderá ser utilizada até o seu término, obedecendo assim ao prazo de vigência nela estabelecido, afastada obviamente a possibilidade de prorrogação.

Outra interpretação razoável, tendo em vista a ausência de previsão na Lei 13.979/2020, acena no sentido de que, embora a ata de registro de preços possa ter duração de até doze meses (art. 12 do Decreto Federal 7.892/2013), no caso de a situação de emergência decorrente do coronavírus findar durante a vigência da ata, esta será encerrada automaticamente, por não ter mais utilidade para a Administração que a constituiu; tal procedimento deverá estar amparado em cláusula resolutiva. Em termos práticos, a ata extinguir-se-ia de duas formas: ou com

o término da sua vigência – por causa das oscilações ocasionadas pela variação de preços em tempos de pandemia, não se recomenda a fixação de prazo muito longo – ou com o término da situação de ESPIN, o que ocorresse primeiro.

**31ª) As inovações trazidas pela Medida Provisória 961/2020 (fixação de novos limites para as dispensas de licitação em razão do valor, ampliação do uso do RDC e autorização do pagamento antecipado) se aplicam a quaisquer contratações ou estão adstritas à aquisição de objetos destinados ao enfrentamento da situação de emergência decorrente do coronavírus?**

Deve-se atentar para a finalidade da MP 961/2020 estampada em sua ementa, qual seja, *“Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”*.

A conclusão que se extrai é no sentido de que as inovações trazidas pela MP 961/2020 se aplicam a quaisquer contratações, vale dizer, não estão adstritas à aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da situação de ESPIN, a que se refere a Lei 13.979/2020.

O vínculo de pertinência direto ou indireto entre o objeto demandado e o enfrentamento da situação de ESPIN não é requisito necessário à prática dos atos e à celebração dos contratos autorizados pela referida MP, os quais transcendem o escopo da Lei 13.979/2020. A restrição imposta foi tão somente quanto ao lapso temporal das inovações implementadas, aptas à produção de efeitos apenas enquanto durar o *“estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”*, isto é, até 31 de dezembro de 2020, conforme previsto no art. 1º do aludido decreto.

De acordo com o art. 1º da MP 961/2020, as autorizações conferidas à *“administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos”* estão relacionadas:

I) à dispensa de licitação de que tratam os incisos I e II do *caput* do art. 24 da Lei 8.666/1993;

II) à aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), de que trata a Lei 12.462/2011; e

III) ao pagamento antecipado nos contratos firmados pela Administração.

**32ª) Quais os novos parâmetros tomados como limite para as dispensas de licitação em razão do valor?**

Uma das inovações trazidas pela MP 961/2020 diz respeito à dispensa de licitação em razão do valor da contratação, a que aludem os incisos I e II do *caput* do art. 24 da Lei 8.666/1993, dispositivos que possuíam a seguinte redação:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

A partir da entrada em vigor da MP 961 (07/5/2020) e enquanto durar o “estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”, tais dispositivos passam a ter, em termos práticos, a seguinte redação (art. 1º, inciso I, alíneas “a” e “b”, da MP 961/2020):

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou, ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras no valor de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Exsurgem, de imediato, três importantes conclusões:

1ª) os parâmetros tomados como limite para as dispensas de licitação em razão do valor deixam de ser percentuais aplicados sobre o maior valor estimado possível de uma licitação na modalidade convite, contido nos incisos I e II do art. 23 da Lei 8.666/1993 (na redação dada pelo Decreto Federal 9.412/2018), e passam a ser valores fixos;

2ª) os novos parâmetros foram definidos pela MP 961/2020 de forma a equiparar os limites da Lei 8.666/1993 àqueles já consignados nos incisos I e II do art. 29 da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais); e

3ª) continua vedado o fracionamento da despesa, caracterizado quando esta é fragmentada de forma a enquadrar-se a contratação na hipótese de dispensa de licitação em razão do valor (na dicção do Acórdão 4509/2020-TCU-Primeira Câmara, “O uso de dispensas de licitação, em preterição à realização de certame que leve em conta o valor total estimado do objeto, caracteriza fracionamento de despesa e, conseqüentemente, fuga ao necessário procedimento licitatório”).

Aumenta-se, assim, o espectro de contratações diretas (sem prévia licitação) em razão do valor realizadas por órgãos e entidades da Administração Pública durante o “estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”, propiciando-lhes maior agilidade na aquisição, por óbvio, de objetos que não guardem pertinência com o enfrentamento da situação de ESPIN (materiais de expediente, por exemplo), haja vista que as demandas indispensáveis a esse enfrentamento, e que não podem aguardar a realização de processo licitatório, continuarão sendo realizadas por dispensa de licitação fundada no art. 4º, *caput*, da Lei 13.979/2020.

A corroborar essa maior agilidade no processo de aquisição, cabe enfatizar, à luz do art. 51, incisos I e II, do Decreto Federal 10.024/2019, a obrigatoriedade da adoção do sistema de dispensa eletrônica pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (Sisg) – bem como pelos entes federativos que estiverem gerindo recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, nos termos do art. 1º, § 3º, do Decreto 10.024/2019 – nas contratações diretas fundadas nos incisos I e II do *caput* do art. 24 da Lei 8.666/1993. Some-se a isso o ganho na simplificação da instrução processual dessas contratações, as quais prescindirão de prévio processo licitatório, num momento em que se constata significativa redução de pessoal decorrente de medidas de isolamento social implementadas por diversos órgãos e entidades públicas.

Não é demais ressaltar que, consoante o inciso IV do art. 49 da Lei Complementar 123/2006 (na redação dada pela Lei Complementar 147/2014), as contratações realizadas com base nos incisos I e II do *caput* do art. 24 da Lei 8.666/1993 deverão ser realizadas, preferencialmente, com microempresas e empresas de pequeno porte. Essa preferência se torna mais premente ante o cenário atual, em que é notória a difícil situação econômica por que passam tais empresas durante a pandemia do coronavírus.

### **33ª) Qual a inovação trazida pela Medida Provisória 961/2020 acerca da utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)?**

Inovação de grande relevância trazida pelo art. 1º, inciso III, da MP 961/2020 diz respeito à ampliação do escopo do RDC, de que trata a Lei 12.462/2011, podendo ser aplicado, enquanto durar o “estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”, isto é, até 31 de dezembro de 2020, a licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações.

É importante destacar que a Lei 12.462/2011 foi editada em razão da necessidade de agilizar as contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, advindo como consequências desse disciplinamento: 1º) maior celeridade em comparação com as contratações realizadas com amparo na Lei 8.666/1993; 2º) base para a edição da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) e para a consolidação de outras normas que disciplinam licitações e contratos administrativos, em vias de concretização por

meio do Projeto de Lei 1292/1995, aprovado em definitivo pela Câmara dos Deputados e remetido, em 10/10/2019, ao Senado Federal.

Fato é que, em razão das vantagens propiciadas pelo uso do RDC, mormente em relação à celeridade e à economicidade nas contratações públicas, o art. 1º da Lei 12.462/2011 foi sendo paulatinamente alterado de forma ampliar o seu escopo. No âmbito da União, o RDC é regulamentado pelo Decreto 7.581/2011. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios detêm a prerrogativa de regulamentar o RDC de acordo com suas peculiaridades.

Em termos práticos, o que faz a MP 961/2020 é permitir que licitações e contratações públicas antes realizadas obrigatoriamente com espeque na Lei 8.666/1993 possam agora, independentemente do objeto demandado, tomar como parâmetro a Lei 12.462/2011, cujo rito da licitação, conforme se extrai do seu art. 12, é praticamente idêntico ao disciplinado na legislação do pregão (Lei 10.520/2002 e regulamentos correlatos).

A corroborar o acima exposto, cabe destacar que, de acordo com o art. 1º, § 2º, da Lei 12.462/2011, a opção pelo RDC *“deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”*. Significa dizer que a adoção do regime diferenciado é opcional e, ao contrário do que ocorre com a modalidade pregão, a Lei 8.666/1993 não tem aplicação subsidiária ao RDC, só sendo aplicada quando a Lei 12.462/2011 expressamente prevê, a exemplo do disciplinamento dos contratos administrativos celebrados com base no RDC, os quais, conforme o art. 39 da Lei 12.462/2011, *“reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei”*.

Chama a atenção também o conteúdo do art. 13 da Lei 12.462/2011, segundo o qual as licitações *“deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica”* (RDC Eletrônico), orientação de suma importância em tempos de pandemia, período em que medidas de distanciamento social vêm sendo impostas pelas autoridades públicas, notadamente a execução remota de atividades administrativas pelos servidores, a exemplo do que determina a Instrução Normativa nº 19, de 12/3/2020, do Ministério da Economia.

Considerando que, sob a ótica da legalidade estrita, a realização de obras não estaria respaldada no *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020, que alude tão somente a *“bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos” destinados ao enfrentamento da emergência* decorrente do coronavírus, poder-se-ia argumentar que a MP 961/2020 estaria assim a trazer solução jurídica para a necessidade de contratação, de forma mais célere, da construção de um hospital de campanha para atender a pacientes infectados com a Covid-19. Compartilhamos parcialmente desse entendimento.

Há, a nosso ver, argumentos consistentes na defesa da contratação de obras com amparo na própria Lei 13.979/2020, dois dos quais merecem destaque. O primeiro consiste no uso da técnica da interpretação sistêmica (teleológica) e não literal (gramatical), harmonizando-se o conteúdo do *caput* do art. 4º da Lei



13.979/2020 com a finalidade da própria norma que cria o regime especial transitório, explicitada em seu art. 1º, qual seja, estabelecer “medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”. Como não concluir ser uma dessas medidas a construção, em tempo recorde, de um hospital de campanha para atender a pacientes infectados com a Covid-19?

O segundo argumento é de ordem lógico-pragmática. Ora, caso não fosse possível, juridicamente, a contratação emergencial da construção de um hospital de campanha para enfrentamento da situação de ESPIN com amparo no *caput* do art. 4º da Lei 13.979/2020, a base legal utilizada pela Administração Pública, em tempos de pandemia, seria necessariamente o inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, e não a Lei 12.462/2011 (RDC), ou seja, promover-se-ia, de qualquer forma, a dispensa de licitação.

De outro tanto, considerando que o art. 4º-G da Lei 13.979/2020 admite a realização de pregão – em detrimento da dispensa de licitação – para a aquisição de objetos comuns necessários ao enfrentamento da ESPIN (pregão simplificado), obviamente quando for possível aguardar, sem prejuízo a esse enfrentamento, lapso de tempo necessário à realização do processo licitatório, e considerando que não há amparo legal para a licitação de obra por meio de pregão, conforme já sedimentado na jurisprudência do TCU (Acórdão 980/2018-Plenário), a utilização do rito do RDC, e não da Lei 8.666/1993, certamente dará mais celeridade ao processo licitatório que tenha por objeto ‘obra’.

### **34ª) Quais as novidades trazidas pela Medida Provisória 961/2020 no que diz respeito ao pagamento antecipado em contratações públicas?**

Preliminarmente, cabe ressaltar que, de acordo com o art. 40, inciso XIV, alínea “a”, da Lei 8.666/1993, é prerrogativa da Administração contratante, em tempos de normalidade, realizar pagamentos até trinta dias depois do adimplemento da obrigação por parte da contratada, o que acaba se tornando empecilho em tempos de pandemia.

Fazendo-se a interpretação sistemática dos arts. 40, inciso XIV, alínea “d”, e 65, inciso II, alínea “c”, ambos da Lei 8.666/1993, c/c o art. 38 do Decreto Federal 93.872/1986, chega-se à conclusão de que até a entrada em vigor da MP 961/2020, havia a seguinte orientação normativa acerca do pagamento antecipado em contratações realizadas pela Administração Pública:

I) para contratos já celebrados, estes poderiam ser alterados, por acordo das partes, com o objetivo de modificação da forma de pagamento, mantendo-se o seu valor inicial atualizado, sendo vedada, no entanto, a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

II) para novas contratações, o edital de licitação ou o instrumento formal de adjudicação direta poderia admitir eventuais antecipações de pagamentos, mas somente em duas situações:

a) condicionadas à concessão de descontos por parte da futura contratada, em relação ao valor pactuado; ou então

b) mediante a apresentação das devidas garantias, por vezes custosas ao particular e, via de consequência, à própria Administração contratante.

Nesse mesmo sentido, cabe trazer à colação os seguintes excertos extraídos da “Jurisprudência Seleccionada” do Tribunal de Contas da União (TCU):

“O pagamento antecipado em contrato administrativo é procedimento excepcional que somente deve ser admitido quando presentes as devidas justificativas e observadas certas condições, como a prestação de garantia e a concessão de desconto pelo contratado.” (Acórdão 817/2018-Plenário)

“São requisitos para a realização de pagamentos antecipados: i) previsão no ato convocatório; ii) existência, no processo licitatório, de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; e iii) estabelecimento de garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação.” (Acórdão 2856/2019-Primeira Câmara)

É fato que uma das graves consequências da crise do coronavírus tem sido, além obviamente da lamentável perda de inúmeras vidas humanas, o impacto negativo na atividade econômica do nosso país, com sérios prejuízos à comercialização de bens e serviços, indispensáveis ou não ao enfrentamento da situação de ESPIN, cujos preços tendem a se elevar ante a própria escassez do objeto de demanda no mercado ou então por conta das dificuldades operacionais e logísticas que envolvem a sua contratação e o consequente fornecimento pelas empresas aptas a contratar com o Poder Público.

Nesse contexto, o pagamento antecipado surge como instrumento eficiente de estímulo à produção – de forma a garantir inclusive a sobrevivência de muitas empresas, especialmente os micro e pequenos empresários – e de ampliação da competitividade, propiciando condições mais vantajosas de aquisição pelo consumidor, aqui se inserindo, por óbvio, a Administração Pública. Não se pode olvidar, ainda, que o pagamento antecipado tem o efeito de mitigar a desconfiança do particular – certamente objeto de precificação quando da formulação de sua proposta – quanto ao inadimplemento do pagamento a cargo do Poder Público contratante.

Ante a nítida percepção de que, no atual cenário de pandemia, o pagamento antecipado deve ser considerado como solução cabível e sobretudo oportuna – às vezes até a única forma de se adquirir determinado item de vital demanda junto a um fornecedor no exterior, a exemplo da comercialização de respiradores –, foi ele autorizado formalmente no inciso II do art. 1º da MP 961/2020, sem algumas das

condicionantes normativas acima explicitadas, bastando que a antecipação de pagamento “represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço” ou “propicie significativa economia de recursos”, o que deverá restar devidamente evidenciado no processo de contratação. Ressalte-se aqui, por oportuno, a dificuldade de se demonstrar a “significativa economia de recursos” na hipótese de contratação em que a autoridade competente dispensa a prévia estimativa de preços com amparo no § 2º do art. 4º-E da Lei 13.979/2020.

Ao se aproximar da práxis do setor privado, o pagamento antecipado vai ao encontro da orientação consignada no inciso III do art. 15 da Lei 8.666/1993, segundo o qual as compras da Administração Pública, sempre que possível, deverão “submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado”.

Além disso, conforme o § 1º do art. 1º da MP 961/2020, a antecipação de pagamento deverá estar prevista “em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta”, bem como a Administração deverá, na hipótese de inexecução do objeto, “exigir a devolução integral do valor antecipado”.

De acordo com o § 2º do art. 1º da MP 961/2020, a Administração “poderá” – trata-se, pois, de faculdade, de discricionariedade do Poder Público – também prever “cauteladas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual”, tais como (rol exemplificativo, não exaustivo):

I) a comprovação da execução, pelo contratado, de parte ou de etapa inicial do objeto pactuado, como condição para a antecipação do valor remanescente;

II) a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 56, § 1º, da Lei 8.666/1993, de até trinta por cento do valor do objeto; até a publicação da MP 961/2020, o aludido percentual não poderia exceder, como regra, a cinco por cento do valor do contrato, podendo excepcionalmente ser elevado para dez por cento, em conformidade com os §§ 2º e 3º do art. 56 da Lei 8.666/1993;

III) a emissão de título de crédito pelo contratado;

IV) o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da Administração; e

V) a exigência de certificação do produto ou do fornecedor, até então somente formulada para aferir a qualidade técnica do produto a ser entregue ou então a aptidão técnica do seu fornecedor.

O administrador público deverá então, conforme o caso concreto, realizando juízo de conveniência e oportunidade, apresentar a devida motivação quanto à medida (cautela) eventualmente implementada para reduzir o risco de inadimplemento. Nada obsta a que mais de uma medida seja adotada. Poderá também, obviamente, não exigir a apresentação de qualquer garantia por parte da contratada, se essa for, por exemplo, condição imposta pelo mercado para a comercialização do bem necessário ao enfrentamento da situação de ESPIN. Ou então exigi-la em função do histórico e da reputação do fornecedor no mercado

internacional. Enfim, a decisão que melhor prestigie o interesse público – devidamente motivada – deverá ser tomada à luz do caso concreto.

Frise-se, por oportuno, que não há falar em discricionariedade quanto à demonstração, no processo de contratação, do atendimento a uma das condições estabelecidas no inciso II do art. 1º da MP 961/2020, bem como quanto à previsão “*em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta*” (§ 1º do art. 1º). A faculdade reside apenas na adoção, a partir de detida análise da situação fática, de cautelas aptas à mitigação do risco de inadimplemento contratual (§ 2º do art. 1º).

### **35ª) É cabível a inclusão de cláusula de antecipação de pagamento, mediante termo aditivo, em contrato administrativo celebrado antes da publicação da Medida Provisória 961/2020?**

Considerando que as justificativas para o pagamento antecipado, insertas nas alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 1º da MP 961/2020, deverão necessariamente constar do processo de contratação;

Considerando que, conforme o § 1º do art. 1º da MP 961/2020, é indispensável a autorização desse procedimento “*em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta*”; e

Considerando que, segundo o parágrafo único do art. 2º da referida MP, o disposto nesta norma “*aplica-se aos contratos firmados no período de que trata o caput*”, isto é, “*durante o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020*”, independentemente da vigência contratual ou do prazo de suas prorrogações;

É forçoso concluir que as novas diretrizes acerca da antecipação de pagamento só poderão alcançar os futuros editais de licitação (e, por consequência, os subsequentes instrumentos de contratação) e os futuros instrumentos de contratação direta, não havendo assim respaldo, sob a ótica da legalidade estrita, para que seja implementada alteração contratual (aditivação) com esse propósito específico.

Todavia, a depender da situação concreta e mediante a devida motivação (demonstração das condições estabelecidas nas alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 1º da MP 961/2020), não seria desarrazoada a aplicação, em caráter absolutamente excepcional, das regras da aludida MP referentes ao pagamento antecipado a situações por ela não formalmente contempladas, admitindo-se assim, via de consequência, a alteração consensual do contrato com o objetivo de modificação da forma de pagamento.

Esse entendimento encontra amparo nos arts. 20 e 22 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), alterado pela Lei 13.655/2018, segundo os quais, nas esferas administrativa, controladora e judicial, “*não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”, bem como, “*na interpretação de*

*normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados*”. Em resumo, deve-se sempre perseguir a justiça material, ou seja, a melhor decisão à luz do caso concreto.

**36ª) No que concerne à responsabilização de agentes públicos, quais as principais diferenças entre o conteúdo do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), na redação dada pela Lei 13.655/2018, e o teor da Medida Provisória 966/2020?**

Em primeiro lugar, diferentemente da Lindb, de conteúdo bem mais abrangente, a MP 966/2020 versa especificamente sobre a responsabilização de agentes públicos pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de “enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19” e de “combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19” (incisos I e II do art. 1º da MP 966/2020).

Em segundo lugar, a Lindb trata somente da responsabilização administrativa de agentes públicos por ação ou omissão, assertiva que encontra respaldo na própria jurisprudência do TCU, segundo a qual “*O art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (LINDB), que trata da responsabilização pessoal do agente em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica ao particular contratado pela Administração Pública e se refere exclusivamente à aplicação de sanções, visto que o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer graduação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).*” [Acórdão 2768/2019-Plenário]. Por seu turno, a MP 966/2020 versa sobre a responsabilização de tais agentes nas esferas civil e administrativa.

Ambos os diplomas assinalam que a responsabilização só ocorrerá caso reste caracterizado dolo ou erro grosseiro na conduta do agente público (art. 28 da Lindb e art. 1º, *caput*, da MP 966/2020). Por outro lado, no caso da Lindb, tanto o alcance da expressão “erro grosseiro” quanto os parâmetros a serem considerados para a aferição da sua ocorrência encontram-se disciplinados no art. 12 do seu regulamento (Decreto Federal 9.830/2019), ao passo que, no caso da MP 966/2020, tais elementos fazem parte do seu próprio texto (arts. 2º e 3º).

Ainda quanto à caracterização do chamado “erro grosseiro” no contexto da pandemia do coronavírus, cabe destacar que, ao apreciar pedido de medida cautelar em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas contra a MP 966/2020, o Plenário do STF, por maioria de votos, concedeu parcialmente a cautelar para, conferindo à MP interpretação conforme a Constituição, deixar assente que:

1º) configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado por inobservância: i) de normas e critérios científicos e técnicos; ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção;

2º) a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas; e ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

## PARTE 2

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

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

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



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

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

Dias depois, em 7 de fevereiro de 2020, foi publicada e entrou em vigor a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (alterada pelas Medidas Provisórias 926, 927, 928 e 951, todas de 2020), dispondo sobre as medidas para enfrentamento da já declarada situação de emergência - ESPIN, e que foi objeto, até o momento, de duas regulamentações: Decreto 10.282, de 20 de março de 2020 (alterado pelos Decretos 10.292, 10.329, 10.342 e 10.344, todos de 2020) e Decreto 10.288, de 22 de março de 2020.

No contexto do enfrentamento às consequências sociais e econômicas decorrentes da pandemia, outras normas foram editadas, a exemplo da Emenda Constitucional 106/2020 (DOU 8.5.2020) e das Medidas Provisórias 927 (DOU 22.3.2020), 944 (DOU 4.4.2020) e 966 (DOU 14.5.2020).

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

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

Nosso objetivo, a par de convidar à reflexão os atores envolvidos na gestão dos contratos, é contribuir com subsídios para a eficaz e segura tomada de decisões pelos agentes públicos, de modo que elas tenham não apenas efetividade, mas também sejam harmônicas com o ordenamento jurídico vigente.

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

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

Considerando que certamente serão tomadas decisões com a celeridade que as circunstâncias exigem, num ambiente de multiplicidade de comandos normativos, por vezes ambíguos e conflitantes, justificando assim, a nosso sentir, a mitigação da responsabilização dos gestores, é esperado que os órgãos de controle, ao apreciarem os atos praticados pelos gestores públicos durante o período da ESPIN, apliquem com sensibilidade o art. 22, caput e § 1º, e o art. 28, ambos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

*Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*

*§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.*

[...]

*Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.*



**1ª) A Lei 13.979/2020 estabelece regime jurídico próprio, a afastar a incidência da Lei 8.666/93 e da Lei 13.303/2016, no que diz respeito aos contratos administrativos que já estavam em execução quando da sua edição (DOU de 7.2.2020)?**

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

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

A corroborar o entendimento que aqui sustentamos, cite-se o Projeto de Lei 2139/2020, de iniciativa do Senado Federal, que objetiva instituir normas de caráter transitório durante o período da ESPIN, aplicáveis aos contratos administrativos em curso. Detido exame do texto revela que a quase totalidade das soluções propostas podem, com tranquilidade, ser adotadas com amparo na normatividade vigente (alterações qualitativas ou quantitativas do objeto; suspensão contratual; modificação do regime de execução etc.). Uma medida prevista no projeto que pode ser interpretada como inovação em relação às regras atuais é a autorização para extrapolação, por consenso entre as partes, dos limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93 para os acréscimos quantitativos do objeto (vide § 1º do art. 3º do Projeto).

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

Cite-se como exemplo de ato da Administração que pode ensejar a necessidade de alteração contratual a observância das "*Recomendações COVID-19 - Contratos de prestação de serviços terceirizados*", veiculadas pelo Ministério da

Economia e disponibilizadas no Portal de Compras do Governo Federal na internet. A recomendação 2 daquele documento diz que os órgãos e entidades que compõem o Sistema de Serviços Gerais (SISG) devem "*notificar as empresas contratadas quanto à necessidade de adoção de meios necessários para intensificar a higienização das áreas de maior fluxo de pessoas e superfícies mais tocadas...*" Essa intensificação da higienização de superfícies certamente implicará em maior consumo de materiais, relativamente ao quantitativo estimado inicialmente previsto, ou, até mesmo, a inclusão de insumos não previstos no projeto básico ou termo de referência. Do que certamente decorrerá a necessidade de promover-se a alteração contratual necessária e o consequente reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tudo em conformidade com as regras legais vigentes.

De igual maneira, as regras contratuais pactuadas devem ser observadas até que sejam modificadas. Não se pode olvidar que o contrato administrativo deve ser, como regra geral, cumprido pelas partes, nos termos em que pactuado.

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

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

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

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

Lembre-se que, sempre que a Administração pretender promover (unilateralmente ou mediante acordo) alterações no negócio originalmente pactuado, é garantida ao particular a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, estabelecido originalmente quando do recebimento da proposta de preços (vide, quanto a essa garantia, o inc. XXI do art. 37 da Constituição

Federal; o § 1º do art. 57, os §§ 1º e 2º do art. 58, o § 6º do art. 65, todos da Lei 8.666/93; e o § 6º do art. 81 da Lei 13.303/2016).

Por fim, importa destacar, em reforço à nossa percepção - de que não se tem, para os contratos já em curso, o afastamento das normas vigentes pelo fato em si do advento do estado de ESPIN -, o expresso conteúdo do art. 1º da recentíssima Emenda Constitucional 106 (DOU 8.5.2020), que autoriza a União a adotar "**regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular**" (destacamos).

Evidencia o texto da Emenda Constitucional 106, acima transcrito, que subsiste "regime regular" que rege as contratações públicas, somente afastável temporariamente mediante a edição de norma com tal exclusivo propósito. Podemos citar exemplo de norma nesse sentido - embora anterior à Emenda - a Medida Provisória 961, de 6 de maio de 2020 (DOU 7.5.2020), que, dentre outras disposições, estabelece a possibilidade de pagamento antecipado ao contratado, observadas as condições que impõe.

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

Segundo o inc. I do art. 2º da Lei 13.979/2020, **isolamento** é a separação de pessoas doentes ou contaminadas. Tal medida é prescrita por médico e tem por objetivo evitar a propagação da infecção e conter a transmissão local (vide art. 3º, caput, da Portaria 356, de 11 de março de 2020, do Ministro de Estado da Saúde).

A **quarentena**, por sua vez, é a "restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação" das demais pessoas saudáveis (inc. II do art. 2º da Lei 13.979/2020). Essa medida só pode ser determinada por ato formal da autoridade política de saúde local (Secretário de Saúde do Município, Estado ou Distrito Federal ou Ministro de Estado da Saúde), ou seus superiores em cada nível de gestão (Prefeito, Governador e Presidente da República, respectivamente), conforme expressamente dispõe o § 1º do art. 4º da Portaria 356/2020, do Ministro de Estado da Saúde, c/c o § 7º do art. 3º da Lei 13.979/2020.

O objetivo da quarentena é, mediante a contenção da propagação desenfreada da doença, "garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado", podendo, para sua efetivação, contar as autoridades locais com o auxílio, caso necessário, da força policial (art. 8º da Portaria Interministerial 5, de

17 de março de 2020, dos Ministros de Estado da Saúde e da Justiça e Segurança Pública).

Ante os contornos jurídicos dos institutos, **não é juridicamente possível** que o fiscal ou gestor do contrato - ou qualquer outra autoridade da Administração contratante - expeça ordem determinando que o contratado providencie o isolamento ou quarentena de seus empregados.

Não obstante, extraímos das "*Recomendações COVID-19 - Contratos de prestação de serviços terceirizados*", veiculadas pelo Ministério da Economia e disponibilizadas no Portal de Compras do Governo Federal na internet, a seguinte diretriz (destacamos):

*Os órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, considerando a classificação da situação mundial do novo coronavírus (COVID-19) como pandemia, **deverão seguir as seguintes recomendações:***

[...]

*4º - proceder a levantamento de quais são os prestadores de serviços que se encontram no grupo risco (portadores de doenças crônicas, histórico de contato com suspeito ou confirmado para COVID-19 nos últimos 14 dias, idade acima de 60 anos etc.), **para que sejam colocados em quarentena** com suspensão da prestação do serviços ou, em casos excepcionalíssimos, a substituição temporária na prestação dos serviços desses terceirizados.*

Tal orientação parece-nos significar clara ingerência da Administração contratante na gestão de pessoas do contratado, exigindo-lhe a adoção de medida que sequer é da competência da empresa, impondo-lhe elevados custos adicionais para executar os serviços, custos esses que - muito provavelmente - não foram previstos na proposta de preços apresentada na licitação.

A observância da medida certamente ensejará, uma vez mantidas as demais condições pactuadas, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, num momento de notória restrição financeira, decorrente da queda de arrecadação dos entes federados.

A recomendação revela, ademais, incompreensão da Lei 13.979/2020 (inc. II do art. 2º), pois sugere que as pessoas "classificadas" aleatoriamente (porquanto não há indicação de ato normativo no qual tal classificação tenha amparo) como pertencentes ao chamado "grupo de risco" oferecem risco de contágio aos servidores e demais cidadãos que frequentam as dependências do órgão ou entidade contratante, quando o que ocorre é justamente o oposto: tais pessoas do "grupo de risco" devem ser protegidas (como de resto todas as demais) e não tratadas como potenciais agentes transmissores da doença!

Portanto, determinar ao contratado que coloque tais pessoas em quarentena é comando absolutamente ilegal.

Tem-se invocado como fonte normativa para sustentar tal ato de ingerência a Instrução Normativa 19, de 12 de março de 2020 (e alterações posteriores), do Secretário de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia; norma que, no art. 4º-B, determina a execução de atividades remotamente pelos servidores ou empregados públicos mencionados no dispositivo, ora transcrito, o que sinaliza no sentido de que tais pessoas integrem o chamado "grupo de risco":

*Art. 4º-B Deverão executar suas atividades remotamente enquanto perdurar o estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19):*

*I - os servidores e empregados públicos:*

*a) com sessenta anos ou mais;*

*b) com imunodeficiências ou com doenças preexistentes crônicas ou graves, relacionadas em ato do Ministério Saúde;*

*c) responsáveis pelo cuidado de uma ou mais pessoas com suspeita ou confirmação de diagnóstico de infecção por COVID-19, desde que haja coabitação; e*

*d) que apresentem sinais e sintomas gripais, enquanto perdurar essa condição.*

*II - as servidoras e empregadas públicas gestantes ou lactantes.*

Ocorre que tal norma infrarregulamentar disciplina organização administrativa e relação jurídica que se trava entre a Administração federal e seus servidores ou empregados - no âmbito do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal (SIPEC) -, extensível aos contratados temporariamente e aos estagiários (art. 7º-B, acrescido pela IN 27/2020). Não se trata, a toda evidência, de norma que se aplique a trabalhadores de empresas prestadoras de serviços, com os quais a Administração sequer mantém relação jurídica. Logo, não há amparo para determinar-se comando dirigido a empresa contratada, com fundamento em tal norma.

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

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

*I - possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus;*

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

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

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

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

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

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

Para o deslinde da questão, impende apresentar, em breves linhas, os **elementos caracterizadores do contrato de terceirização**.

O objeto do contrato de terceirização é um serviço contínuo. Na dicção da Lei 8.666/1993, serviço é, genericamente, "*toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração*" (art. 6º, inciso II). Se apreciada a necessidade a ser satisfeita com a execução do objeto contratado em função de sua essencialidade e perenidade, os serviços podem ser classificados como contínuos ou não-contínuos.

São não-contínuos aqueles serviços que têm como escopo a entrega de produtos ou a realização de serviços específicos em um período predeterminado contratualmente. A necessidade da Administração é plenamente atendida com o esaurimento do objeto contratado; dito de outro modo, a necessidade não se renova no tempo e ininterruptamente (vide conceito dado pelo art. 16 da Instrução Normativa 5/2017, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI - do extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MPDG).

Já os serviços de natureza continuada (serviços contínuos) são aqueles considerados essenciais e que, por isso, constituem necessidade perene da

Administração, a reclamar execução continuada, sob pena de, na sua falta, se colocar em risco o funcionamento do órgão ou entidade, podendo até mesmo comprometer a realização da atividade típica, o alcance da missão institucional ou o interesse público, razão de existir de toda e qualquer organização administrativa (vide: § 2º do art. 115 da Instrução Normativa 971/2009 da Receita Federal do Brasil - RFB - e art. 15 da IN SEGES/MPDG 5/2017).

Não basta, contudo, que o objeto do contrato seja classificado como contínuo para ter-se um contrato de terceirização. É necessário que o modo de execução, estipulado pela Administração contratante, exija a cessão da mão de obra pela empresa contratada.

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

Verifica-se que cessão de mão de obra (elemento caracterizador da terceirização nos contratos públicos) consiste num modo de execução do objeto (serviços contínuos).

Não se trata, portanto, de mera locação ou disponibilização de mão de obra, vedada no âmbito dos contratos públicos. Tem-se a contratação de serviços contínuos, os quais, por exigência do contratante, deverão ser executados mediante disponibilização de trabalhadores pelo contratado.

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

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

O dispositivo é expresso em autorizar, tão somente, a contratação de serviços especializados; não há autorização legislativa para promover-se a intermediação de mão de obra mediante contrato administrativo; nem poderia a lei fazê-lo, porquanto resvalaria na regra constitucional do concurso público, condição necessária à

contratação de pessoal pela Administração Pública (art. 37, inc. II, da Constituição Federal).

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

Como decorrência do ordenamento jurídico que disciplina a terceirização de serviços, no âmbito das contratações públicas, pode-se concluir que não há autorização para que a Administração contratante pratique atos de ingerência na gestão da mão de obra da empresa prestadora de serviços (vide art. 7º do Decreto 9.507/2018; e arts. 4º e 5º da IN SEGES-MPDG 5/2017).

É fundamental que a Administração compreenda os propósitos e limites do contrato de terceirização. Não é lícito presumir que o contrato administrativo autoriza a prática de atos de ingerência, como, por exemplo, determinar que um terceirizado seja afastado da execução dos serviços e seja colocado em isolamento.

Isso porque a Administração mantém relação jurídica com a empresa contratada. Toda e qualquer alteração no modo de execução dos serviços pactuados, ou nas rotinas estabelecidas, deve ser direcionada à empresa - observadas as regras e limites legalmente estabelecidos - por intermédio do seu representante, denominado preposto (art. 68 da Lei 8.666/93).

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

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

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

No âmbito da fiscalização administrativa do contrato (disciplinada, ainda que imprecisamente, no Anexo VIII-B da IN SEGES-MPDG 5/2017), deve-se verificar a continuidade do pagamento, pela empresa, da remuneração devida ao trabalhador



que eventualmente esteja em isolamento ou quarentena (§ 3º do art. 3º da Lei 13.979/2020, c/c a alínea "a" do inc. VII do art. 8º do Decreto 9.507/2018).

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

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

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

Não obstante a imposição da glosa, conforme exposto, tal situação pode legitimamente ensejar pleito de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pelo contratado. Isso porque o valor considerado no item "substituto na cobertura de ausências legais", consignado no submódulo 4.1 do modelo de planilha de custos e formação de preços da IN SEGES-MPDG 5/2017, é cotado pela empresa para fazer face à despesa com substituição do trabalhador por qualquer motivo legalmente previsto, configurado como ausência sem prejuízo da remuneração, como se dá no caso de doença até o 15º dia de afastamento (vide arts. 59 e 60 da Lei 8.213/91).

Ocorre que essa despesa é cotada na planilha por probabilidade de ocorrência (expressa em taxa percentual no mais das vezes), variável que pode ser fortemente impactada neste período de pandemia, a depender de comprovação objetiva por parte da empresa.

Demais disso, pode-se entender que norma superveniente à contratação (no caso, a Lei 13.979/2020) teria criado novas espécies de afastamento autorizado (isolamento e quarentena) antes não previstos - afora o fato de estarmos diante de doença para a qual ainda não há cura ou imunização eficiente - hipótese que, no exame do caso concreto, pode ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, que será forçosamente necessário na hipótese de imposição, por ato da

Administração, de isolamento ou quarentena de empregados da empresa contratada.

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

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

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

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

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

Num cenário de enormes dificuldades operacionais que podem ser enfrentadas pelas empresas prestadoras de serviços, consideramos adequada a avaliação, em cada caso concreto, quanto à possibilidade de suspensão das metas objeto de monitoramento pelo IMR, mediante termo aditivo ou compromisso firmado com o contratado, por aplicação analógica do art. 26, caput e § 1º, do Decreto-lei 4.657/42 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB (destacamos):

*Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.*

*§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:*

*I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;*

II - (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

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

Uma das medidas que podem ser adotadas no enfrentamento da ESPIN é a restrição excepcional e temporária da locomoção no interior das cidades, entre estas e entre Estados, a partir de recomendação técnica da Agência de Vigilância Sanitária, se o ato emanar da União (alínea "b" do inc. VI do art. 3º da Lei 13.979/2020, na redação dada pela MP 926/2020), ou de órgão equivalente no âmbito do Estado, Distrito Federal ou Município, sob o mesmo fundamento (conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no Referendo à MC na ADI 6341 e no Referendo à MC na ADI 6343).

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

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

Assim, para ilustrar, havendo decreto municipal no mesmo sentido, os terceirizados que trabalham na limpeza e higienização de hospitais públicos não poderiam ser impedidos de utilizar o transporte público coletivo (caso disponível) para se dirigirem ao local de execução dos serviços, a despeito de eventual restrição à circulação de pessoas na cidade; isso porque o serviço que executam é imprescindível ao funcionamento de serviços públicos e/ou atividades essenciais, conforme estabelece o Decreto 10.282/2020, podendo tal permissivo constar também de decreto da municipalidade.

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

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

A demonstração da chamada onerosidade excessiva é, na hipótese em análise, dispensável, por aplicação do § 5º do art. 65 da Lei 8.666/93 (ou do § 5º do art. 81 da Lei 13.303/2016, no caso das estatais), porquanto um ato do Poder Público ("fato do príncipe"), de efeito geral (Decreto do Prefeito, por exemplo), geraria ao particular contratado, como consequência, o direito à revisão, incumbindo a este o ônus de demonstrar tão somente a repercussão nos preços contratados (incursão efetiva em novos custos suportados com o transporte dos trabalhadores, superiores aos cotados na proposta para o vale-transporte).

Eventuais atrasos e, até mesmo, inexecução parcial dos serviços contratados legitimam a instauração de processo administrativo sancionador; porém, os prazos processuais em desfavor do acusado não correrão até 31.12.2020, por força do art. 6º-C da Lei 13.979/2020 (introduzido pela Medida Provisória 928/2020).

Ademais, ao decidir pela instauração, a autoridade competente deverá sopesar as circunstâncias do caso concreto, considerando os possíveis reflexos da pandemia do coronavírus, tendo em mente que só poderá aplicar a sanção prevista no contrato caso não afastada a culpabilidade do contratado, pois não se admite a aplicação de penalidade no âmbito dos contratos administrativos sem a presença do elemento subjetivo da culpabilidade, diretriz que se extrai do art. 86, *caput*, da Lei 8666/93 ("*O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato*").

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

Determina o art. 6º-C da Lei 13.979/2020 (introduzido pela Medida Provisória 928/2020): "*Não correrão os prazos processuais em desfavor dos acusados e entes privados processados em processos administrativos enquanto perdurar o estado de calamidade de que trata o Decreto Legislativo nº 6, de 2020.*"

O citado Decreto Legislativo reconheceu, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, "*a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020*". Pois bem, enquanto presente a situação (até 31.12.2020), os prazos processuais em desfavor de fornecedores acusados, em processos administrativos nos quais se discute a possibilidade de aplicar penalidades, permanecerão suspensos, só voltando a correr a partir de 1º de janeiro de 2021.

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

As notificações e intimações expedidas pela Administração enquanto durar o estado de calamidade pública devem consignar expressamente a suspensão do prazo, em favor do particular, em conformidade com o art. 6º-C da Lei 13.979/2020.

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

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

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

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

Não. A Instrução Normativa 19, de 12 de março de 2020, editada pelo Secretário de Gestão e Desempenho de Pessoal do Ministério da Economia, "*estabelece orientações aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal - SIPEC, quanto às medidas de proteção para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19)*", como, por exemplo, a execução de atividades remotamente por servidores e empregados públicos: com 60 anos ou mais; portadores de doenças preexistentes crônicas ou graves; que coabitem com pessoa diagnosticada com COVID-19; gestantes ou lactantes (vide art. 4º-B).

Claramente, o objetivo do normativo infrarregulamentar é veicular orientações - logo, sem caráter cogente, visto que as autoridades máximas dos órgãos e entidades aos quais se dirige têm competência para dispor sobre as medidas a serem adotadas internamente - objetivando prevenir ou conter a disseminação do coronavírus.

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

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

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

Referida IN 19/2020 registra que o Ministro de Estado ou autoridade máxima da entidade poderá, a seu exclusivo critério, adotar as medidas que entender hábeis a prevenir ou reduzir a transmissão do coronavírus, dentre as quais podemos citar: a adoção de turnos alternados de revezamento; trabalho remoto a ser realizado por parcela ou totalidade dos servidores (vide art. 6º-A da IN 19/2020, incluído pela IN 21/2020).

É o que vários órgãos e entidades públicas da Administração federal têm feito, o que, por óbvio pode ter reflexos nas rotinas de execução dos serviços objeto dos contratos de terceirização, tema que abordaremos na questão a seguir.

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

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

Outro exemplo pode ser extraído da já citada IN 19/2020: adoção, parcial ou total, de trabalho remoto, resultando no "quase fechamento" das dependências dos órgãos e entidades que adotarem tal medida.

Agora, imaginemos que um dado serviço terceirizado (serviço de secretaria, por exemplo) seja prestado nas dependências do órgão ou entidade que esteja com suas atividades total ou parcialmente interrompidas. Que medidas podem ser adotadas pelos gestores desse contrato de serviço terceirizado?

Como dissemos anteriormente, não há um regime jurídico novo, excepcional, "pandêmico", a disciplinar a execução dos contratos administrativos vigentes quando da publicação da Lei 13.979/2020. Continuam sendo aplicadas as regras previstas na Lei 8.666/93 e na Lei 13.303/2016 e decretos regulamentares.

Tanto não há um regime excepcional, novo, desconectado das regras vigentes - fundado unicamente na invocação de princípios - que o Senado Federal aprecia o Projeto de Lei 2139/2020, que dispõe sobre o "Regime Jurídico Emergencial e Transitório" aplicável aos contratos administrativos em execução no período de calamidade pública vigente até 31.12.2020 (Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020).

O problema hipotético ora examinado pode ser resolvido aplicando-se alguns institutos previstos na legislação vigente. Qual o instituto adequado? As circunstâncias e particularidades do caso concreto enfrentado é que ditarão a providência mais adequada a ser adotada pela autoridade competente. Apresentaremos, a seguir, as possibilidades previstas na legislação vigente.

### **Alteração qualitativa do objeto**

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

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

As alterações qualitativas são legitimadas ante a ocorrência de fato posterior à contratação - é o caso - que revela a inadequação, ainda que temporária (como pode se dar na situação extraordinária ora vivenciada), da solução originalmente concebida, em seus aspectos técnicos: especificações, projetos, rotinas, modo de execução, métricas e critérios de medição e pagamento inicialmente pactuados.

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

### **Alteração quantitativa do objeto**

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

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

De fato, a orientação do Ministério da Economia (extraída das "*Recomendações COVID-19 - Contratos de prestação de serviços terceirizados*", disponibilizadas no Portal de Compras do Governo Federal) é no sentido de que "1º - *A atuação presencial de serviços terceirizados deve ficar limitada a*



*atender **atividades consideradas essenciais pelo órgão ou entidade, em patamar mínimo** para a manutenção das atividades, a exemplo de segurança patrimonial e sanitária, dentre outros" (destaques no original).*

Assim como nas alterações qualitativas, a ocorrência de fato ou circunstância superveniente à contratação pode tornar desnecessário o quantitativo fixado ou estimado originalmente (decorrendo daí a supressão), ou exigir maior volume quantitativo do objeto pactuado (tendo como consequência o acréscimo), para o adequado atendimento à necessidade da Administração, mantidas as especificações do objeto cujo quantitativo é acrescido ou suprimido. Nada impedindo, entretanto - desde que presentes os pressupostos autorizadores - que se promova conjuntamente alterações de índole qualitativa e quantitativa.

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

Registre-se que, no caso de contratações destinadas especificamente ao enfrentamento da situação de ESPIN, estará a Administração autorizada, contanto que previsto em contrato, a promover alteração unilateral quantitativa (acréscimos ou supressões) até o limite de 50% do valor inicial atualizado, conforme autoriza o art. 4º-I da Lei 13.979/2020 (*"Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato"*).

### **Suspensão da execução do contrato**

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

*Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:*

*[...]*

*XIV - a **suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública,***

*grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;*

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

O Ministério da Economia tem recomendado (conforme "*Recomendações COVID-19 - Contratos de prestação de serviços terceirizados*", disponibilizadas no Portal de Compras do Governo Federal) a suspensão da execução do contrato "*Caso haja diminuição do fluxo de servidores dos órgãos ou entidades (estejam executando as suas atribuições remotamente) ou expediente parcial (rodízio), poderão - após avaliação de pertinência, e com base na singularidade de cada atividade prestada - suspender os serviços prestados pelas empresas terceirizadas ou reduzir o quantitativo até que a situação se regularize.*"

A ordem de suspensão deve ser dada por ato escrito e fundamentado da autoridade competente (a mesma que assinou o contrato que, em geral, é a autoridade máxima do órgão ou entidade; ou a quem haja delegado competência), no qual delimita o alcance da suspensão (total ou parcial) e o prazo de duração da medida, que, em regra, não poderá ser superior a 120 dias, ressalvada a situação em que a suspensão decorra de calamidade pública, como é o caso da ESPIN.

Muito embora esteja a Administração autorizada a determinar unilateralmente a suspensão da execução do contrato, recomendamos que, na medida do possível, a decisão seja precedida de negociação com o contratado, objetivando discutir e precisar os reflexos da suspensão em termos de custos a serem suportados pelo contratado com a desmobilização e posterior mobilização decorrente da retomada.

Não se exige formalização por termo aditivo; mas, nada obsta que assim se proceda; ao contrário, é ato recomendável, contanto que não signifique postergação injustificada da tomada de decisão, que pode ser requerida em caráter emergencial, com vistas a reduzir ao máximo possível prejuízos suportados pelas partes, o que, num contexto como o atual, é inevitável.

Um dos efeitos possíveis da suspensão da execução do contrato é a necessidade de prorrogar-se o prazo de execução, conforme autoriza os incisos II e III do § 1º do art. 57, c/c o § 5º do art. 79, ambos da Lei 8.666/93.

A prorrogação de prazo de execução, com possível e consequente prorrogação da vigência do contrato, se amolda aos contratos de obras, de fornecimento parcelado e de serviços por escopo.

Interpretação finalística dos mencionados dispositivos, sistemicamente apreciados em conjunto com o inc. II do caput do art. 57 da Lei 8.666/93, permite-nos afirmar que solução semelhante se aplica aos contratos que tenham por objeto serviços contínuos (chamados contratos por prazo, em contraste aos contratos por escopo), vale dizer, a suspensão por ordem da Administração pode resultar na "prorrogação automática" da vigência contratual.

Deve o ato que decidir pela suspensão, ou o termo aditivo assinado pelas partes, consignar expressamente a data de início da suspensão e, se for o caso, de seu término.

Outro efeito decorrente da suspensão da execução do contrato é o dever da Administração de indenizar o contratado. De fato, o inc. XIV do art. 78 da Lei 8.666/93, acima transcrito, assegura ao contratado o direito de ser indenizado "*pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas*" no contrato.

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

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

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

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

Aqueles que defendem esse procedimento o fazem **invocando** os mais variados **princípios, valores, objetivos, fundamentos e direitos sociais** insculpidos na Constituição Federal (a dignidade da pessoa humana - art. 1º, III; os valores sociais do trabalho - art. 1º, IV; construir uma sociedade livre, justa e solidária - art. 3º, I; garantir o desenvolvimento nacional - art. 3º, II; valorização do trabalho e livre iniciativa - art. 170, caput; direitos à vida - art. 5º, caput - e à saúde - art. 196), **para afastar a aplicação de regras legais vigentes**, ou pior, para **criar regra extraordinária ancorada unicamente em princípios**, em confronto com a normatividade posta.

Consideramos equivocada a invocação de princípios jurídicos para simplesmente negar aplicabilidade a regras vigentes, o que, a nosso sentir, significa negar vigência à norma vigente, equivalendo a declaração implícita de inconstitucionalidade.

Não se está a negar - diga-se com ênfase - que os princípios podem e devem ser manejados para, por meio deles, buscar-se a interpretação mais adequada da regra posta; mas nunca para legitimar o administrador público a simplesmente recusar observância às regras legais e contratuais vigentes e válidas.

Por exemplo, manter pagamentos por serviços não prestados, invocando-se, para tanto, a dignidade da pessoa humana, é, a nosso sentir, praticar ato administrativo com base diretamente em valor constitucional, ignorando-se as regras (legais e contratuais) que regem a relação contratual. Trata-se de evidente desvirtuamento.

Em suma, o princípio deve ser manejado para interpretar a regra, não para ignorar deliberadamente a sua observância.

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

Os ajustes na execução contratual (como é o caso da suspensão ora em comento) poderão ter reflexos na relação jurídica entre a empresa prestadora de serviços e os seus empregados (terceirizados empregados na execução). Entretanto, a adoção, por exemplo, das alternativas estabelecidas pela Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020 (entre outras: teletrabalho; antecipação de férias; férias coletivas), ou pela Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020 (redução da

jornada, com correspondente diminuição do salário; ou suspensão do contrato de trabalho), ficará a cargo da empresa contratada, única responsável pela gestão dos seus próprios empregados.

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

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

Pagamento antecipado em contrato de terceirização, embora possível, não é usual (com certeza não seria justificável pagamento antecipado dos custos relacionados com encargos relacionados à mão de obra); de fato, não há vedação expressa na Lei 8.666/93.

Entretanto, a recentíssima Medida Provisória 961, de 6.5.2020 (DOU de 7.5.2020), veda expressamente a antecipação de pagamentos em contratos de terceirização (§ 3º do art. 1º daquela Medida Provisória). Vedação que, embora para nós incompreensível, sinaliza para o descabimento do pagamento por serviços não executados, em caso de suspensão da execução do contrato. Ora, se há comando normativo vedando expressamente o pagamento antecipado em contratos de terceirização (o menos), como se justificar o pagamento sem contraprestação (o mais)?

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

Poderíamos, em outros termos, dizer que o administrador público deve judiciosamente avaliar as consequências de ordem prática das suas decisões e atos praticados, não lhe sendo lícito fundamentá-las tão somente, exclusivamente, em princípios e valores jurídicos abstratos.

Vale dizer, o ato administrativo deve conformar-se à normatividade vigente, da qual extrai seu fundamento de validade.

Não obstante, parece-nos inconteste que os gestores necessitarão, com vistas a uma maior segurança jurídica (e tranquilidade psicológica, por que não dizê-lo) na tomada da decisão, de um comando normativo específico, mais direto, autorizando-os expressamente a decidir pela suspensão da execução contratual sem prejuízo da manutenção de pagamentos mensais à empresa, a exemplo do comando contido no **art. 3º da Lei 17.335, de 27 de março de 2020, do Município de São Paulo/SP** (regulamentada pelo Decreto 59.321, de 1º de abril de 2020; no mesmo sentido, vide a Lei 15.634, de 14 de maio de 2020, do Município de Curitiba/PR e a Lei 20.270/2020 do Estado do Paraná), que assim dispõe (grifos acrescentados):

*Art. 3º. Como **medida excepcional**, a Administração Pública Municipal fica autorizada a **manter o pagamento mensal do contrato naqueles ajustes para os quais for indicada a suspensão total ou parcial dos serviços**, deduzidas as despesas diretas e indiretas que efetivamente deixem de incorrer, **garantindo o pagamento das despesas devidamente comprovadas com pessoal e encargos dos trabalhadores que deixem de prestar os serviços** em razão da emergência e calamidade pública.*

O § 3º do artigo acima transcrito determina que a empresa contratada mantenha a mão de obra cedida em regime de "prontidão", devendo "estar preparados para prontamente retornar às unidades para retomada dos serviços".

Em se adotando tal peculiar regime de "prontidão", decorrente da suspensão do contrato, parece-nos não haver qualquer dúvida de que deverão ser mantidos hígidos, integrais, os pagamentos devidos à empresa contratada; eventuais decréscimos devem ser objeto de negociação, mas nunca de imposição, porquanto as cláusulas de conteúdo econômico do contrato (o preço, no caso) são protegidas pela lei contra atos unilaterais da Administração, por expressa determinação do § 1º do art. 58 da Lei 8.666/93 ("As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado"). Recomenda-se, caso se adote a solução ora em comento (regime de "prontidão"), que a fiscalização administrativa do contrato exija da empresa a regular apresentação da documentação comprobatória do adimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias relativamente à mão de obra cedida.

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

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

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

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

Mais uma razão para **privilegiar-se solução negociada**, ao invés da imposição unilateral de medidas pela Administração.

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

Recomenda-se, considerado o cenário atual, que a Administração, mesmo que legitimada a promover alteração unilateral qualitativa, promova **negociação com o contratado**, como se exige nas alterações que objetivem a modificação do regime de execução inicialmente pactuado ou da forma de pagamento (o que inclui critérios de medição e pagamento, métricas adotadas etc.).

A negociação tem como virtude adicional possibilitar ao contratado colaborar com o Poder Público na identificação de soluções que, em sendo adotadas, se revelem as mais adequadas, eficientes e econômicas para atender às necessidades da Administração.

A busca de soluções negociadas evitará potenciais litígios judiciais e permitirá uma discussão sadia quanto ao impacto das alterações promovidas no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que deve ser objeto de discussão (§ 6º do art. 65 da Lei 8.666/93).

Recomendamos que a Administração se organize para o processo de negociação com o contratado, constituindo **equipe multidisciplinar** - composta por servidores das áreas de fiscalização e gestão contratual; das áreas técnicas relacionadas ao objeto; da auditoria interna; da área financeira; um membro da equipe de assessoria do ordenador de despesas e um assessor jurídico.

Tal equipe teria a incumbência de analisar **todos os contratos em execução que podem sofrer impacto** pelas medidas adotadas no âmbito interno do órgão ou entidade (normas internas) ou decorrentes de normas de conteúdo geral (emendas constitucionais, leis, medidas provisórias, decretos regulamentares) editadas no enfrentamento da ESPIN; em seguida, organizar os contratos analisados por meio de medida que se revele a mais adequada (contratos a sofrerem alteração qualitativa; contratos a sofrerem alteração quantitativa; contratos cuja execução deva ser suspensa).

Feito esse exame preliminar, a equipe então se reuniria (preferencialmente por videoconferência) com os prepostos ou representantes da empresa, para com eles discutir os detalhes das medidas mais adequadas ao caso concreto e as suas repercussões, tanto nas rotinas de execução quanto no preço pactuados.

Realizada a negociação com a empresa, a equipe elaboraria relatório circunstanciado, devidamente fundamentado, por meio do qual a equipe proporia para a autoridade competente as medidas consideradas as mais adequadas para o caso concreto, incluindo expressamente, em capítulos próprios do relatório, pareceres dos componentes das áreas técnicas (quanto às medidas a adotar e os seus reflexos no preço) e do assessor jurídico (quanto aos aspectos de legalidade).

O relatório da equipe seria, então, submetido ao ordenador de despesas, para que a autoridade possa deliberar, adotando a medida que considerar a mais adequada. Promovendo-se, na sequência, as providências de formalização necessárias (formalização por termo aditivo ou comunicação do ato da autoridade à empresa contratada).

Consideramos que os procedimentos ora sugeridos são simples, observam a legislação de regência (com as adaptações que as circunstâncias do momento



justificam plenamente), conferem celeridade à apreciação de cada caso concreto, conferindo aos antes públicos envolvidos na análise e na tomada de decisão, bem como aos contratados, segurança jurídica e dando celeridade aos processos decisórios, medida adequada ao momento vivenciado.

As tratativas com a empresa contratada devem ser registradas (e-mail, ofício entregue eletronicamente, ata de reunião realizada por videoconferência etc.), e as alterações/suspensão promovidas devidamente formalizadas por termo aditivo ou ato da autoridade competente, que podem perfeitamente ser produzidos e assinados eletronicamente, para que tenham validade jurídica (art. 10 da Medida Provisória 2.200-2, c/c o art. 2º-A da Lei 12.682/2012, na redação dada pela Lei 13.874/2019, e os arts. 10 e 11 do Decreto 8.539/2015).

Recomenda-se que todos os procedimentos e reuniões sejam registrados eletronicamente e que a formalização por termo aditivo também se dê por documento eletrônico, com publicação no Diário Oficial eletrônico, a qual, no âmbito da União, não tem custo, conforme nova redação do art. 15 do Decreto 9.215/2017, dada pelo Decreto 10.031/2019. Em síntese: os meios eletrônicos de processamento e produção de documentos permitem análise e tomada de decisão de forma célere e em conformidade com a normatividade vigente.

Para garantir maior segurança jurídica aos gestores de contratos e autoridades com competência decisória, o ideal seria que, no âmbito do Sistema de Serviços Gerais - SISG (instituído pelo Decreto 1.094/94), o Ministério da Economia, como órgão central com função normativa (inc. I do art. 2º do Decreto 1.094/94), expedisse **atos normativos orientadores**, de modo a dar concretude ao art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("*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.*"), conferindo maior segurança jurídica aos atos praticados neste momento em que muitos gestores se encontram perplexos.

A propósito, acerca dessa temática, é possível concluir que as "*Recomendações COVID-19 - Contratos de prestação de serviços terceirizados*", publicadas no dia 21.3.2020 no Portal de Compras do Governo Federal (<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1270-recomendacoes-covid-19-servicos-terceirizados>), possuem caráter normativo e, portanto, devem ser observadas (força cogente) pelos órgãos e entidades integrantes do SISG?

Entendemos que ditas recomendações não têm caráter normativo, porquanto: 1º) não veiculadas por nenhuma das autoridades legitimadas a expedir atos de cunho normativo no âmbito do SISG, conforme disciplina a Instrução Normativa MP nº 4, de 24 de julho de 2018

(<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/966-in-mp-04-2018>); e 2º) não foram revestidas de nenhuma das formas previstas naquela norma que estabelece as diretrizes e procedimentos para elaboração de atos normativos pelo órgão central do SISG.

Convém esclarecer que são espécies de atos normativos expedidos pelo órgão central do SISG a instrução normativa, a portaria normativa e a orientação normativa, todos baixados por autoridade com competência fixada pela mencionada IN MP 4/2018.

Logo, como as aludidas “Recomendações” não foram veiculadas pelos instrumentos normativos adequados, tampouco indicam a autoridade que as expediu, forçoso é concluir que não se revestem de caráter normativo, devendo, portanto, ser interpretadas como sugestões de boas práticas.

Nesse sentido, reputamos temerário parecer jurídico que venha a adotar como fundamento de validade para a prática de atos pelos gestores públicos tão somente as aludidas recomendações, pois o fundamento jurídico válido para a prática de atos administrativos se extrai das normas vigentes, material e formalmente válidas, sob pena de as decisões envolvendo a gestão de recursos públicos serem legitimadas em puro ato de vontade do administrador.

A tomada de decisão, em matéria de execução contratual, desvinculada de norma válida expõe à fragilidade o ato do administrador.

O quadro atual reclama, reiteramos, a expedição de ato normativo orientador pelo órgão central do SISG, no caso o Ministério da Economia.

**8ª) Seria possível, por aplicação da Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020, suspender a execução do contrato administrativo, mantendo-se, porém, os pagamentos mensais à empresa prestadora de serviços, objetivando a preservação do emprego e da renda do trabalhador terceirizado?**

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

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

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

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

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

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

Ademais, não está a Administração contratante legitimada a determinar que a empresa contratada reduza a jornada ou suspenda os contratos de trabalho dos empregados desta. Isso configuraria um ato de ingerência, vedado pelo ordenamento jurídico vigente, como já dissemos reiteradas vezes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para ilustrar a fragilidade à qual se expõe o gestor público que mantém pagamentos a fornecedores sem contraprestação, destacamos recentíssima decisão da Administração do Tribunal Superior do Trabalho deliberando pela rescisão unilateral do contrato que aquele Tribunal mantinha com empresa prestadora de serviços terceirizados na área do berçário, envolvendo 33 trabalhadores. Nota pública daquela Corte Superior informou que o contrato fora mantido por 2 meses, conquanto suspensas as atividades do berçário, todavia, "atendendo aos princípios da Administração Pública, a direção do TST fica impossibilitada por lei a manter um

contrato de prestação de serviço sem que haja efetivamente o cumprimento deste, por preservação dos cofres públicos”.

**9ª) A Administração contratante pode impor à empresa prestadora de serviços a adoção das medidas trabalhistas previstas na Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020?**

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

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

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

*I - o teletrabalho;*

*II - a antecipação de férias individuais;*

*III - a concessão de férias coletivas;*

*IV - o aproveitamento e a antecipação de feriados;*

*V - o banco de horas;*

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

*VII - o direcionamento do trabalhador para qualificação; e*

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

Por exemplo: em virtude de alterações contratuais promovidas pela Administração Pública contratante quanto às rotinas de execução, poderá a empresa contratada determinar ao empregado a realização de suas atividades em regime de teletrabalho (inc. I); em virtude de suspensão da execução do contrato por 30 dias, poderá a empresa antecipar as férias de seus empregados (inc. II).

Ciente de que não é possível impor à contratada a adoção das medidas previstas na Medida Provisória 927/2020, o Ministério da Economia veiculou

recomendação, disponibilizada no Portal de Compras do Governo Federal na internet ("*Recomendações COVID-19 - Contratos de prestação de serviços terceirizados*") no sentido de que os órgão e entidades integrantes do SISG **podem negociar** com a empresa prestadora de serviços, para que a empresa, caso queira, adote uma ou mais das medidas previstas na Medida Provisória.

Por óbvio que a decisão da empresa, negociada com a Administração contratante, decorrerá da medida que esta propuser seja adotada (alteração qualitativa ou quantitativa do objeto; suspensão parcial ou total da execução do contrato).

Frise-se: primeiro a Administração avalia as particularidades do contrato administrativo - por equipe multidisciplinar, como sugerimos anteriormente -, negocia com a empresa as medidas consideradas as mais adequadas; em consequência, como parte do processo de negociação, a empresa analisa as medidas propostas pela Administração e, a partir daí, avalia qual a melhor alternativa, à luz da legislação trabalhista, a ser por ela adotada na gestão dos seus empregados.

Feitas essas considerações, apresentaremos, em breve síntese, na análise da questão seguinte, as principais medidas previstas na Medida Provisória 927/2020 e como cada uma delas pode impactar nos preços pactuados.

### **10ª) A adoção, pela empresa, das medidas previstas no art. 3º da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, podem repercutir no preço do contrato administrativo, impondo o reequilíbrio econômico-financeiro?**

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

#### **Teletrabalho, trabalho remoto ou a distância**

O empregador poderá alterar o regime de trabalho do seu empregado, de presencial para teletrabalho, remoto ou a distância (art. 4º da MP 927/2020), consistente este na prestação dos serviços fora das dependências da empresa ou do tomador (órgão ou entidade contratante, no caso), passando os serviços a serem realizados em outro local, ordinariamente a própria casa do empregado.

Qual seria a repercussão de tal medida nos custos de prestação dos serviços pela empresa contratada?

Os custos com a mão de obra poderiam sofrer as seguintes reduções:

- haveria desnecessidade da entrega do vale-transporte, eis que este encargo constitui insumo (cotado no submódulo 2.3 do modelo de planilha da IN SEGES-MPDG 5/2017) destinado ao custeio do transporte público coletivo utilizado pelo empregado para deslocamento no trajeto casa-local de trabalho-casa, conforme dispõe o art. 1º da Lei 7.418/85.

- havendo disposição expressa em norma coletiva de trabalho no sentido de não ser devido o auxílio-alimentação na hipótese de teletrabalho ou trabalho remoto, também haveria a redução desse insumo na planilha do contrato (cotado também no submódulo 2.3);

- a depender da duração do trabalho remoto, poderia ser desnecessário o fornecimento de uniforme no quantitativo inicialmente previsto, a ensejar a redução desse custo, cotado no módulo 5 da planilha;

- outro custo que poderia ser eliminado temporariamente da planilha do contrato seria relativo à substituição do trabalhador em gozo de intervalo intrajornada (art. 71, caput, da CLT), cotado no submódulo 4.2 do modelo de planilha da IN SEGES-MPDG 5/2017, porquanto desnecessária a substituição, ante a inexistência, por razões óbvias, de concessão do intervalo - e consequente substituição - por absoluta impossibilidade de controle.

Por outro lado, pode haver incremento de despesa em desfavor da empresa prestadora de serviços decorrente do teletrabalho, em razão de:

- aquisição, instalação e manutenção de equipamentos para uso do trabalhador;

- instalação e manutenção da infraestrutura (cabearamento de rede; roteador; acesso à internet de alta velocidade; linha telefônica; conexão com os sistemas informatizados do tomador de serviços etc.) necessária à execução remota dos serviços pactuados;

- assinatura, instalação e manutenção de programas de informática;

- se necessário, mobiliário adequado para execução das atividades (mesas, cadeiras, aparelho de telefone etc.).

Tais despesas, acrescidas em virtude de modificação nas rotinas de execução impostas pela Administração, podem constituir-se despesas novas, não previstas originalmente, porquanto não suportadas em situação de normalidade, em que os serviços são, ordinariamente, executados nas dependências do tomador, utilizando-

se os empregados da empresa contratada dos equipamentos e instalações do tomador contratante.

### **Antecipação de férias individuais e concessão de férias coletivas**

Dispõe o art. 6º da Medida Provisória 927/2020 que o empregador, a seu exclusivo critério, pode conceder férias cujo direito já tenha sido adquirido pelo empregado, mediante simples aviso com antecedência de 48 horas do início das férias.

As férias ainda não adquiridas pelo empregado podem ser antecipadas pelo empregador, contanto que pactuadas por escrito pelas partes (§ 2º do art. 6º).

O pagamento da remuneração do período de férias poderá ser feito até o 5º dia útil do mês subsequente ao de início das férias (art. 9º).

Quanto ao adicional de férias (terço constitucional), pode o empregador pagá-lo na mesma data acima referida ou optar por fazê-lo quando do pagamento do 13º salário (art. 8º).

Poderá também a empresa, a seu exclusivo critério, conceder férias coletivas aos trabalhadores cedidos para o órgão ou entidade contratante (tomador dos serviços), mediante simples notificação por escrito ao conjunto de empregados alcançados pela medida (art. 11).

A antecipação de férias individuais ou a concessão de férias coletivas pode obrigar o contratado a captar recursos no mercado financeiro para fazer face aos custos com pagamento das remunerações correspondentes ao período de férias (antecipação do salário) e do adicional de férias (terço constitucional de férias).

Isso porque o custo com férias dos trabalhadores empregados na execução dos serviços está "diluído" na planilha de custos e formação de preços do contrato (remuneração do trabalhador consignada no módulo 1 e adicional de férias no submódulo 2.1) para ser amortizado ao longo de 12 meses de execução contratual (férias cujo direito está em processo de aquisição - período aquisitivo), seria integralmente suportado, por força das circunstâncias, pelo contratado, no momento da concessão antecipada das férias (ressalvada a possibilidade de postergação do pagamento do terço constitucional de férias, como dissemos acima). Pode não haver recursos provisionados em conta vinculada (ou retidos pela Administração que impôs o pagamento pelo "fato gerador") suficientes para fazer face integralmente a essa despesa. Nesse caso, impõe-se uma negociação entre Administração e contratado, para pactuar-se o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato objetivando modificar o cronograma de desembolsos, ou, em outros termos, as condições e critérios de pagamento, de modo a permitir o pagamento pela



Administração da despesa suportada integralmente, de forma antecipada, pelo contratado em caráter excepcional.

Por outro lado, Administração contratante e contratado deverão avaliar os reflexos no preço pactuado de eventual inexigência de substituição dos trabalhadores em gozo de férias antecipadas ou férias coletivas, sugerindo-se que se faça um "encontro de contas" na apuração do efetivo impacto no preço do contrato administrativo. Explicando.

Pode a Administração prever no contrato a exigência de substituição do trabalhador em gozo de férias, para que não haja interrupção na execução dos serviços, hipótese em que o licitante cota no submódulo 4.1 do modelo de planilha da IN SEGES-MPDG 5/2017 valor necessário e suficiente para custear tal substituição.

Se, contudo, por força da presente situação de ESPIN, a Administração dispensar a substituição, as partes podem pactuar a supressão ou redução, ainda que temporária - válida somente pelo período em que suspensa a execução do contrato - dessa despesa na planilha, compensando-se os valores até então pagos ao contratado dos créditos a que ele fizer jus pelos custos incorridos para conceder férias antecipadas ou coletivas.

Registre-se, contudo, que, ao término do período de ESPIN, se a Administração pretender reintroduzir a exigência de substituição, deverá promover negociação com o contratado, para reincorporação da despesa na planilha de custos do contrato.

### **Banco de horas**

O chamado banco de horas é um regime de compensação de horas extras num determinado interregno temporal.

A Constituição Federal determina que a jornada de trabalho normal terá duração máxima de 8 horas por dia e de 44 horas semanais (art. 7º, inc. XIII), permitida a compensação de horários, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Permite igualmente a Constituição Federal a extrapolação da jornada regular diária de trabalho, mediante remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à da hora normal (art. 7º, XVI).

Porém, a Constituição Federal não estabeleceu limite para a realização de serviço extra; o fez a CLT no art. 59, caput, que fixou em no máximo 2 horas extras diárias, mediante pagamento do respectivo adicional (§ 1º do art. 59), dispensado, não obstante, caso adotado o regime de compensação (banco de horas) no período

máximo de um ano, se pactuado por norma coletiva de trabalho (§ 2º do art. 59) ou no período máximo de seis meses, se pactuado por escrito entre patrão e empregado (§ 5º do art. 59).

Ao trabalhador em jornada de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso não se aplica o banco de horas, por absoluta impossibilidade de compensação, incompatível com essa jornada especial (art. 59-A da CLT).

A Medida Provisória 927/2020 autoriza o empregador a interromper completamente suas atividades e a constituir banco de horas em favor do empregado, por meio de acordo coletivo ou individual escrito, para compensação no prazo de até 18 meses, contado de 1º.1.2021 (art. 14, caput).

Durante o período de compensação, o empregador poderá exigir do trabalhador a compensação diária de, no máximo, 2 horas por dia (§ 1º do art. 14), até a completa compensação, observado o prazo máximo de 18 meses fixado no caput do art. 14.

Assim, para ilustrar, se um trabalhador que labora em jornada de 44 horas semanais (220 horas por mês) tiver sua atividade interrompida por 1 mês, ficará "devedor" de 220 horas (crédito da empresa), a serem compensadas oportunamente. Para tanto, terá esse trabalhador de realizar 2 horas extras durante 110 dias de trabalho para "zerar" o "saldo negativo" no banco de horas.

A utilização do banco de horas na execução de contrato de terceirização é, no nosso entendimento, de difícil implementação pela empresa, isso porque a realização de serviços extraordinários para o tomador (Administração contratante) pode não demandar a "utilização" de todo o "saldo negativo" que tiver o terceirizado no banco de horas pactuado com seu empregador, no caso a empresa prestadora de serviços. Além disso, não é possível a execução contratual com realização de horas extras habituais, porquanto implicaria desvirtuamento do instituto, ou, o que é pior, manutenção de mão de obra ociosa nas dependências do tomador contratante com o único fim de "fazer hora".

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

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

### **11ª) É possível a execução de serviço de terceirização mediante teletrabalho pelo terceirizado, durante o período de enfrentamento da ESPIN?**

Sim, contanto que o modo de execução seja alterado para prever a execução dos serviços em regime remoto. A empresa está autorizada pelos arts. 3º e 4º da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, a adotar, temporariamente, regime de teletrabalho. Não se trata de nenhuma novidade, pois o teletrabalho já era autorizado pelos arts. 75-A e seguintes da CLT (introduzidos pela reforma trabalhista - Lei 13.467/2017), cujos contornos básicos são os seguintes (a partir da análise sistêmica da CLT e da MP 927/2020):

- o teletrabalho é realizado fora das dependências do empregador (art. 75-B da CLT e § 1º do art. 4º da MP 927/2020), mediante a utilização de recursos de tecnologia da informação e comunicação; logicamente, também não poderá ser realizado nas dependências do tomador dos serviços (contratante);

- em regra, o teletrabalho é estabelecido pelo empregador, em cláusula do contrato de trabalho, na qual devem constar especificamente as atividades que serão realizadas pelo empregado (art. 75-C CLT);

- durante o período de ESPIN, o empregador poderá, a seu exclusivo critério, alterar o regime de trabalho, de presencial para teletrabalho, sem necessidade de alteração do contrato individual de trabalho (art. 4º, caput, MP 927/2020);

- a CLT exige mútuo acordo para alteração entre regime presencial e teletrabalho, formalizado por aditivo contratual (§ 1º do art. 75-C, CLT), bem como para o retorno ao regime presencial, garantido, neste caso, período de transição mínimo de 15 dias (§ 2º do art. 75-C, CLT); a MP 927/2020 confere ao empregador o direito de alterar unilateralmente o regime, bastando que comunique o empregado com antecedência de, no mínimo, 48 horas (§ 2º do art. 4º da MP 927/2020);

- conforme a CLT, a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento de equipamentos e da infraestrutura necessária ao teletrabalho, ou reembolso de despesas arcadas pelo empregado, será definida em contrato (art. 75-D); disposição no mesmo sentido consta dos §§ 3º e 4º do art. 4º da MP 927/2020, sendo, entretanto, permitida a formalização do termo aditivo ao contrato de trabalho 30 dias após a mudança do regime de trabalho; ademais, prevê que, se o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho: I - o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou II - na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador.

- determina a CLT que o empregador deverá instruir os seus empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções que estes devem adotar a fim de evitar doenças e acidentes do trabalho, impondo-se ao trabalhador assinar termo de compromisso de observar as instruções recebidas (art. 75-E CLT).

Esses são os contornos básicos de como funciona o regime de teletrabalho.

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

O conceito de teletrabalho dado pelo § 1º do art. 4º da citada MP deve ser interpretado sistemicamente, para compatibilizar-se com a execução de serviços mediante cessão da mão de obra, sob pena de, a partir de uma interpretação restrita, inviabilizar-se completamente a execução dos serviços pactuados, não restando outra alternativa à Administração que não a suspensão do contrato, medida que pode vir a ser a mais danosa ao interesse público.

São exemplos de serviços que podem, ante as circunstâncias, ser executados em regime de teletrabalho: atendimento em serviço de protocolo, para recepção e processamento de documentos eletrônicos ou digitalizados, que passe a operar virtualmente; serviços burocráticos de apoio administrativo; serviços de secretariado.

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

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

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

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

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

### **Necessidade de fiscalização efetiva e controles rígidos de produtividade**

Importa destacar com forte ênfase que, sendo possível a alteração no modo de execução dos serviços, de presencial para remoto, a Administração contratante deve estruturar adequadamente a equipe de fiscalização (fiscal técnico, fiscal administrativo e, especialmente, os fiscais setoriais) para acompanhar com mais rigor a execução.

Controles efetivos de produtividade devem ser adotados, para verificação e registro da efetiva execução das tarefas pactuadas, mediante parâmetros e critérios objetivos de mensuração e pagamento, preferencialmente mensuráveis mediante a utilização de ferramentas de informática.

Se não houver possibilidade de controlar efetivamente a produtividade, por critérios objetivos que permitam aferir os serviços efetivamente entregues, observando-se os critérios de prazo e qualidade, a execução remota não será recomendada.

Simplesmente deixar os terceirizados de "prontidão" para execução de tarefas em volume significativamente inferior ao que vinha sendo executado presencialmente não é medida consentânea com o interesse público.

Fato notório ocorrido no âmbito da execução de contrato de terceirização do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) revela quão desastrosa pode ser a ausência ou negligência da fiscalização a cargo da Administração no acompanhamento da execução de trabalho remoto por terceirizado. No caso (conhecido a partir de notas públicas emitidas pelo Ministério e pela empresa contratada), um trabalhador terceirizado iniciou a prestação dos serviços no dia 5.2.2020.

Noticiou o MMFDH que, a partir do dia 6.4.2020, quando o terceirizado já se encontrava em trabalho remoto, "deixou de responder todas as tentativas de contatos telefônicos e e-mails da unidade" que recebia os serviços por ele executados.

Somente no dia 23.4.2020 o MMFDH pediu à empresa prestadora dos serviços a substituição do trabalhador, data na qual a empresa logrou contatá-lo. No interregno, os serviços deixaram de ser prestados e as notas públicas emitidas não esclarecem se houve glosa ou aplicação de penalidade decorrentes da inexecução.

O episódio revela quão temerário é pactuar prestação de serviço terceirizado remotamente sem que o órgão ou entidade contratante esteja devidamente estruturado para exercer rigoroso controle da entrega dos serviços pactuados, especialmente quando a empresa contratada não exerce a contento o seu papel - indeclinável e intransferível - de coordenar, supervisionar e controlar adequadamente as tarefas executadas por seus empregados e a manutenção do nível esperado de produtividade destes.

Frise-se: é a empresa contratada que tem a obrigação precípua de coordenar, orientar, controlar efetivamente o trabalho desenvolvido por seus empregados. Aos fiscais e gestores públicos compete exigir a entrega dos produtos, tarefas e relatórios de produtividade pactuados.

Reiteramos, para que a prestação dos serviços terceirizados na modalidade remota seja possível, é imprescindível a realização de efetivo controle da entrega de tarefas ou produtos objetivamente verificáveis e mensuráveis, inclusive para fins de liquidação e pagamento da despesa contratual (vide arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64).

**12ª) Durante o período de enfrentamento da ESPIN, é possível a Administração determinar à empresa contratada que conceda férias antecipadas aos terceirizados, com amparo no art. 6º da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020?**

Não é impor a medida à empresa contratada. A antecipação de férias do empregado é medida que **pode** ser adotada pela empresa (art. 3º, inc. II, c/c o art. 6º, ambos da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020). A aplicação das opções que a legislação trabalhista oferece é matéria afeta à gestão de pessoal exercida pelo empregador, não podendo a Administração contratante determinar que se adote a medida, pois tal determinação importaria em ingerência na gestão do fornecedor privado, o que é vedado.

Em outros termos, a adoção dessa ou de outras medidas de natureza trabalhista é da exclusiva alçada da empresa contratada. Nada impede, contudo, que

a Administração **negocie** com a empresa e **sugira** a adoção da medida, caso seja suficiente para, por exemplo, minorar o impacto financeiro da suspensão temporária do contrato administrativo. A decisão, não obstante, é sempre privativa da empresa.

Destaque-se que, caso a empresa opte pela antecipação das férias, deverá observar as seguintes diretrizes e procedimentos (art. 6º), a ser objeto de controle pela fiscalização administrativa do contrato:

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

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

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

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

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

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

### **13ª) Em caso de suspensão do contrato administrativo de terceirização por 30 dias, é possível que a empresa prestadora dos serviços conceda férias coletivas aos seus empregados?**

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

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

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

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

**14ª) Durante o período da ESPIN, a fiscalização administrativa do contrato poderá exigir a apresentação de exame médico admissional ou demissional?**

Os arts. 8º e 9º do Decreto 9.507/2018 e o Anexo VIII-B da IN SEGES-MPDG 5/2017 estabelecem uma série de controles a serem exercidos pela fiscalização administrativa do contrato de terceirização. Um desses controles diz respeito à apresentação dos exames médicos ocupacionais dos terceirizados.

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

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

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

Ocorre que, enquanto durar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 (portanto, até 31 de dezembro de 2020), os empregadores estarão dispensados de realizar os exames médicos admissionais e periódicos, sendo obrigados, no entanto, a providenciar a realização de exames médicos quando da demissão dos trabalhadores. É o que prescreve o art. 15, *caput*, da Medida Provisória 927/2020 ("*Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, fica suspensa a obrigatoriedade de realização dos exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, exceto dos exames demissionais.*").

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



Os fiscais administrativos de contratos de terceirização só poderão exigir a apresentação de exames médicos admissionais e periódicos após o "*prazo de sessenta dias, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública*" (§ 1º do art. 15). Caso o contrato administrativo seja encerrado antes disso, o documento não poderá mais ser exigido; em consequência, a ausência desse documento não pode constituir empecilho ao pagamento da última nota fiscal apresentada pela empresa (art. 64 da IN SEGES-MPDG 5/2017) nem à liberação do saldo residual existente na conta vinculada (item 15 do Anexo XII da IN SEGES-MPDG 5/2017).

**15ª) Qual o reflexo, na fiscalização administrativa do contrato, do diferimento dos depósitos no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço autorizado pelo art. 19 da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020? Quais são as consequências da prorrogação do prazo para recolhimento da contribuição previdenciária a cargo da empresa, autorizada pela Portaria 139, de 3 de abril de 2020, do Ministro de Estado da Economia?**

Os arts. 8º e 9º do Decreto 9.507/2018 e o Anexo VIII-B da IN 5/2017 estabelecem uma série de controles a serem exercidos pela fiscalização administrativa do contrato de terceirização. Um desses controles diz respeito à verificação do efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS dos trabalhadores cedidos para execução dos serviços pactuados.

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

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

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

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

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

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

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

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

Importa noticiar que a suspensão da exigibilidade, de que aqui se cuida, é disciplinada operacionalmente pela Circular Caixa 893, de 24 de março de 2020 (DOU de 25.3.2020). Esclarece aquela norma, no item 1.1.3, que *"o empregador que não prestar a declaração da informação do FGTS até o dia 07 de cada mês (...) deve realizá-la impreterivelmente até a data limite de 20 de junho de 2020 para fins de não incidência de multa e encargos (...)"*.

Admite-se, ademais, o pagamento do FGTS em 6 parcelas fixas (como autoriza a MP 927/2020), com vencimento cada dia 07 do mês, com início em julho de 2020 e fim em dezembro de 2020.

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

Registre-se que tanto a MP 927/2020 quanto a Portaria ME 139/2020 não dispõem sobre diferimento no recolhimento da Contribuição Previdenciária Sobre a Receita Bruta (CPRB), de que trata a Lei 12.546/2011, mas tão somente as contribuições estabelecidas no art. 22 da Lei 8.212/91 (contribuição sobre a folha de pagamento).

Entendemos que a fiscalização administrativa do contrato deverá continuar a exigir a apresentação (a nosso sentir, mensalmente, por força do tópico 9 do Anexo VIII-B da IN 5/2017 e por força dos arts. 8º e 9º do Decreto 9.507/2018), conforme determinado em cláusula contratual, da documentação comprobatória do lançamento da contribuição previdenciária e do FGTS (relatórios que compõem a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP e/ou DARF gerado pelo eSocial, este documento exclusivamente para recolhimento das contribuições previdenciárias pelas empresas que prestam informações por meio do eSocial).

Contudo, não poderá a empresa ser considerada inadimplente se fizer os lançamentos corretos no Sistema SEFIP e transmitir a GFIP até 20.6.2020 e optar pelo recolhimento parcelado do FGTS (a ocorrer até a competência 12/2020). Não poderá a Administração exigir antecipação da quitação caso o contrato administrativo seja extinto no interregno (ou seja, antes do recolhimento do FGTS da competência 12/2020).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Da mesma forma, não há impedimento à contratação, à concessão de repactuação ou à renovação do contrato; ademais, prevê a citada Circular Caixa a prorrogação dos Certificados de Regularidade (CRF) vigentes em 22.3.2020 por 90 dias, a contar da data do seu vencimento.

Todas essas circunstâncias objeto das normas mencionadas não impedem, reiterar-se, a contratação, o deferimento de repactuação ou a renovação do contrato, bem como não constituem impedimento ao levantamento de importância da conta vinculada (Anexo XII da IN SEGES-MPDG 5/2017).

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

Os procedimentos para pagamento mediante ocorrência do "fato gerador" estão disciplinados em Caderno de Logística (§ 3º do art. 18 da IN 5/2017) publicado pelo extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (atual Ministério da Economia) em 2018.

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

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

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

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

Não pode a Administração se negar a efetuar os pagamentos devidos ao contratado, sob a alegação de que não terá havido comprovação do recolhimento do FGTS e das contribuições previdenciárias. Suspensa a exigibilidade do recolhimento,

não há situação de inadimplemento por parte da empresa contratada. Não se pode impor qualquer consequência negativa.

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

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

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

**16ª) A empresa prestadora de serviço terceirizado estará obrigada a, durante o período de enfrentamento da ESPIN, observar os dispositivos de acordos ou convenções coletivas de trabalho que tenham sua vigência expirada nesse período?**

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

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

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

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

Essa "prorrogação" da validade e eficácia da norma coletiva de trabalho não traz qualquer repercussão no preço do contrato administrativo. Por outro lado, se a

empresa não "prorrogar" a vigência do instrumento coletivo, não se obrigará à sua observância, por óbvio; em tal hipótese, a fiscalização do contrato deverá atentar para a extinção da norma coletiva, de modo que não poderá exigir da empresa o seu cumprimento.

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

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

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

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

Os respectivos Serviços Nacionais de Aprendizagem tiveram suas alíquotas também reduzidas à metade: de 1% para 0,5%.

Com a medida, as alíquotas serão devidas pela metade nas competências abril, maio e junho de 2020.

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

**A redução, ainda que temporária, da alíquota de encargos de natureza tributária dá ensejo à revisão de preços?** Tecnicamente sim, por aplicação do § 5º do art. 65 da Lei 8.666/93 ("*Quaisquer tributos ou encargos legais criados,*

*alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.").*

Não obstante ser tecnicamente cabível a revisão de preços, deve-se ponderar que processar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato tem custo (alto !!) para a Administração contratante. Como a diminuição das alíquotas das contribuições para o "Sistema S" terá impacto relativamente pequeno no preço total dos contratos de terceirização, e por tempo limitado (somente até 30 de junho de 2020), o mais recomendável é, excepcionalmente, deixar para proceder os ajustes necessários (com as devidas compensações) por ocasião da repactuação ou da renovação do contrato, o que ocorrer primeiro.

Em tal hipótese, consideramos defensável até mesmo a dispensa, em caráter excepcionalíssimo, de formalização por termo aditivo, contanto que devidamente fundamentada no processo de pagamento a onerosidade ou inconveniência, ante as circunstâncias do caso concreto, da adoção dos procedimentos formais de revisão, notadamente neste momento de forte restrição das atividades administrativas de vários órgãos e entidades públicas, que não estavam preparados para o trabalho remoto.

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

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

Não consideramos justificável, à luz dos mencionados princípios, proceder-se mensalmente - durante o período de redução das alíquotas - ao cálculo e à glosa dos valores correspondentes à diminuição de preço do contrato. Tal procedimento implica realizar-se, mensalmente, o cálculo da revisão, o que não se justifica sob nenhum ângulo de análise, por consistir em procedimento até mesmo mais custoso que a própria revisão.



Deriva da questão a problemática relativa às licitações processadas entre 1º.4.2020 e 30.6.2020 (período de vigência da redução das alíquotas). Como devem os licitantes cotar tais contribuições? Nas alíquotas normais ou reduzidas?

Somos de opinião que, em homenagem aos já mencionados princípios da eficiência e da economicidade (aplicados em face das excepcionais circunstâncias presentes), os quais devem conduzir a opções de atuação administrativa mais céleres, menos burocráticas e menos onerosas - e atentos à necessidade de correto planejamento orçamentário -, que:

- a Administração considere, ao elaborar o orçamento estimado da contratação, as alíquotas vigentes em cada competência, a partir de abril de 2020;

- do mesmo modo, que o edital da licitação exija que o licitante ofereça sua proposta considerando, na elaboração das planilhas de custos e formação de preços e na apuração do preço global ofertado, as alíquotas a serem efetivamente suportadas em cada competência, no período de redução das alíquotas, devendo apresentar planilhas que expressem a redução de alíquotas no período de abril a junho de 2020 e alíquotas normais nos demais meses.

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

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

Logo após a publicação da mencionada Medida Provisória, expressamos o entendimento de que a extinção do Fundo PIS-PASEP teria como consequência a revisão de preços dos contratos, objetivando a exclusão da contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) da planilha de custos e formação de preços do contrato de terceirização. E o fizemos nos seguintes termos:

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

*contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.").*

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

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

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

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

Após reflexão e detido exame da legislação que rege a aplicação dos recursos originários da contribuição para o PIS - a cargo das empresas -, **retificamos nosso entendimento**. A despeito da redação pouco clara da Medida Provisória 946, **parece-nos que a contribuição a cargo das empresas para o PIS subsistirá**, mesmo com a extinção do Fundo PIS-PASEP, porquanto o produto da arrecadação tem sua destinação determinada pela Constituição Federal e passou a alimentar, com a Lei 7.998, de 11 de janeiro de 1990, o **Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT)**. Vejamos.

A Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) foi instituída pela **Lei Complementar 7/70**, objetivando originalmente “*promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas*” (art. 1º). O financiamento do programa dar-se-ia mediante contribuição, a cargo das empresas empregadoras, em “Fundo de Participação”, gerido pela Caixa Econômica Federal (art. 2º), sendo a contribuição calculada sobre o faturamento (letra “b” do art. 3º).

Ainda segundo a Lei Complementar 7/70, o trabalhador teria participação no produto arrecadado, mediante depósitos em contas individuais, abertas em nome de cada empregado, sendo os recursos originários da contribuição recolhida pela empresa empregadora (art. 7º).

Posteriormente, em 25.06.1974, foi editada a **Lei Complementar 19/74**, que determinou a utilização, de forma unificada, dos recursos gerados pelo Programa de Integração Social (PIS) e pelo Programa de Formação do Patrimônio de Servidor Público (PASEP), para o custeio - preferencial - de "*programas especiais de investimentos*" (art. 1º), elaborados e gerenciados pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE), atual BNDES (parágrafo único do art. 1º).

A partir de 1º de julho de 1976, estes dois fundos (PIS e PASEP) foram unificados sob a denominação Fundo PIS-PASEP, constituído por recursos oriundos das contribuições para os respectivos programas, por disposição da Lei Complementar 26/75 (art. 1º).

Quanto às contas individuais dos trabalhadores, a mencionada Lei Complementar determinou que a unificação dos fundos não afetaria "os saldos das contas individuais existentes em 30 de junho de 1976" (parágrafo único do art. 1º), contas individuais essas que passariam a ser alimentadas unicamente com juros anuais mínimos de 3%, pela correção monetária anual do saldo credor e pelo resultado líquido das operações realizadas com os recursos do fundo (art. 3º).

O exame das normas até aqui mencionadas permite concluir que, a partir de 1º.07.1976, as contribuições para o PIS, a cargo das empresas, passaram a alimentar o novel Fundo PIS-PASEP.

Com a edição do **Decreto-lei 2.052, de 3 de agosto de 1983**, o Banco do Brasil S.A., a Caixa Econômica Federal e seus agentes credenciados continuaram a ser operadores responsáveis pela arrecadação dos recursos do Fundo PIS-PASEP; entretanto, todos os recursos passariam a ser aplicados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

A **Constituição Federal de 1988** alterou a destinação dos recursos oriundos das contribuições para o PIS e o PASEP, determinando que o produto da arrecadação da contribuição passaria, a partir da promulgação da nova Carta Magna, a ter por finalidade financiar o abono anual para trabalhadores de baixa renda e o seguro-desemprego (**art. 239, na redação original**), bem como financiar "programas de desenvolvimento econômico" gerenciados pelo BNDES.

Posteriormente, a **redação do caput do art. 239 da Constituição Federal** foi alterada pela **Emenda Constitucional 103 (em vigor a partir de 13.11.2019)**, para estabelecer que o produto da arrecadação das contribuições para o PIS e o PASEP destinar-se-iam "*a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do*

*seguro-desemprego, outras ações da previdência social e o abono de que trata o § 3º deste artigo".*

Ademais, o § 1º do art. 239 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 103, determinou que apenas 28% dos recursos do PIS-PASEP passariam a ser "*destinados para o financiamento de programas de desenvolvimento econômico, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social*".

Com a nova formatação constitucional dada às contribuições para o financiamento do PIS e do PASEP, podemos concluir que:

- o patrimônio até então acumulado pelo Fundo PIS-PASEP restou preservado, "*para depósito nas contas individuais dos participantes*" cotistas inscritos até 4.10.1988 (um dia antes da promulgação da CF/88);

- as contribuições mensais das empresas para o PIS e o PASEP passaram a ser destinadas exclusivamente ao custeio dos benefícios e programas anteriormente mencionados.

Posteriormente, o abono salarial e o seguro-desemprego passaram a ser disciplinados pela **Lei 7.998, de 11 de janeiro de 1990** (DOU de 12.1.1990), que criou o **Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT)**, "*destinado ao custeio do Programa de Seguro-Desemprego, ao pagamento do abono salarial e ao financiamento de programas de educação profissional e tecnológica e de desenvolvimento econômico*" (art. 10), sendo tal fundo abastecido com os recursos originários da "arrecadação das contribuições devidas ao PIS e ao PASEP" (inciso I do art. 11).

Determinou, ademais, a mencionada Lei 7.988/1990 que, "*No prazo de trinta dias [a contar da publicação da Lei - 12.1.1990] as contribuições ao PIS e ao PASEP, arrecadadas a partir de 5 de outubro de 1988 e não utilizadas nas finalidades previstas no art. 239 da Constituição Federal, serão recolhidas como receita do FAT*" (art. 28).

À vista do histórico legislativo aqui apresentado, podemos concluir que, a partir de 12.1.1990, as receitas oriundas das contribuições para o PIS e o PASEP passaram a compor, exclusivamente, o Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT).

Com a edição da **Medida Provisória 946, de 7 de abril de 2020, o Fundo PIS-PASEP será extinto em 31.5.2020** (arts. 1º e 2º), operando-se a transferência de seu patrimônio para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), preservando-se, contudo, as "*contas individuais dos participantes*".

Com a extinção do Fundo PIS-PASEP, caberá à Caixa Econômica Federal, como agente operadora do FGTS cadastrar contas vinculadas individuais dos

cotistas do fundo extinto (§ 1º do art. 2º). Com isso, pode-se inferir que o saldo das cotas de cada trabalhador que tenha conta no Fundo PIS-PASEP passará a compor conta vinculada individual desse mesmo trabalhador no FGTS (art. 3º). Vide, a propósito, a Portaria 210, de 13 de maio de 2020, do Ministro de Estado da Economia (DOU de 15.5.2020).

**Assim, considerando que FAT não foi extinto pela Medida Provisória 946, concluímos que a contribuição para o PIS subsiste**; continua a ser recolhida pelas empresas prestadoras de serviços terceirizados normalmente.

Releva frisar que a contribuição para o PIS compõe o custo de prestação de serviços terceirizados, sendo alocada, conforme o modelo de planilha de custos e formação de preços estabelecido pela Instrução Normativa SEGES-MPDG 5/2017, no Módulo 6 (custos indiretos, lucro e tributos).

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

Assim, por se tratar de contribuição incidente sobre o faturamento, compõe o preço final dos serviços objeto da contratação.

Registre-se que a Medida Provisória 927/2020 e a Portaria ME 139/2020 dispõem sobre o diferimento no recolhimento da contribuição para o PIS/PASEP, relativa às competências março e abril de 2020, a ser realizado nas competências julho e setembro de 2020, respectivamente.

Tal postergação não tem repercussão na planilha de custos e formação de preços do contrato, seja na proposta apresentada na licitação, seja na planilha de cálculo dos valores resultantes de repactuação de preços.

### **19ª) Quais são os reflexos, na execução do contrato administrativo, da prorrogação do prazo de validade do CRF e da CND?**

O art. 25 da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, determinou a prorrogação por 90 dias dos Certificados de Regularidade do FGTS (CRF's) emitidos anteriormente à data de entrada em vigor daquela Medida, ou seja, 22.3.2020.

A fim de orientar o cumprimento da disposição legal, a Circular Caixa 893, de 24 de março de 2020 (DOU de 25.3.2020), noticiou a prorrogação da vigência dos CRF's vigentes em 22.3.2020 por 90 dias, a contar do vencimento do documento.

A mesma Medida Provisória 927/2020 (art. 37) alterou o § 5º do art. 47 da Lei 8.212/91 para estender o prazo de validade das Certidões Negativas de Débitos Relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CND) - ou Positivas com Efeito de Negativas - em até 180 dias da data da emissão da certidão, conforme regulamentação conjunta da Secretaria Especial da Receita Federal do Ministério da Economia e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. A regulamentação foi feita pela Portaria Conjunta 555, de 23 de março de 2020 (DOU 24.3.2020), por meio da qual foi prorrogada por 90 dias, a contar da publicação deste ato, a validade das certidões expedidas por aqueles órgãos, contanto que as certidões estivessem válidas em 24.3.2020.

Tais medidas repercutem desde o processo de seleção do fornecedor, ou seja, o interessado poderá ser contratado normalmente durante o período de prorrogação de validade da CND e do CRF.

No âmbito da execução contratual, a extensão de validade da CND e do CRF não importará em restrições ou consequências negativas para o contratado: os pagamentos mensais poderão ser feitos, vedada a retenção; não poderão ser instaurados processos de aplicação de penalidades por suposta irregularidade fiscal; a repactuação de preços poderá ser deferida e a renovação contratual poderá ser pactuada, sem necessidade de exigir-se da empresa renovação da CND ou do CRF.

**20ª) Qual o reflexo, na execução dos contratos de terceirização, da prorrogação do prazo para recolhimento, pela microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) optante pelo Simples Nacional, autorizada pela Resolução CGSN 154, de 3 de abril de 2020?**

Por meio da Resolução 154, de 3 de abril de 2020 (DOU de 3.4.2020), o Comitê Gestor do Simples Nacional resolveu prorrogar os prazos para pagamento dos tributos elencados no art. 13 da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, da seguinte forma:

- o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;
- o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;
- a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

- a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS;

- a Contribuição para o PIS/Pasep; e

- a Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar; serão pagos observando-se as seguintes datas de exigibilidade:

Competência	Vencimento
3/2020	20/10/2020
4/2020	20/11/2020
5/2020	21/12/2020

- o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS; e

- o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS; serão pagos observando-se as seguintes datas de exigibilidade:

Competência	Vencimento
3/2020	20/7/2020
4/2020	20/8/2020
5/2020	21/9/2020

O diferimento ora em exame não terá nenhuma repercussão nas contratações de serviços terceirizados, não reclamando, por consequência, qualquer preocupação ou providência por parte dos fiscais ou gestores de contrato. Vejamos.

A Lei Complementar 123/2006 veda, em regra, a realização de serviços mediante cessão de mão de obra por empresas optantes do Simples Nacional (inc. XII do caput do art. 17).

Contudo, o § 1º do art. 17 estabelece as exceções que permitem o recolhimento de tributos no Simples Nacional pela ME ou EPP que realize as atividades expressamente indicadas nos §§ 5º-B a 5º-E do art. 18, com exclusividade ou em conjunto com atividade outra não vedada ao optante pelo Simples.

Na hipótese do § 5º-C (que inclui diversos serviços que podem ser realizados mediante cessão de mão de obra, tais como, vigilância - inc. VI; limpeza - inc. VI; serviços de paisagismo - inc. I; obras de engenharia - inc. I), o recolhimento da

contribuição previdenciária não é feita de forma unificada (na forma do art. 13 da Lei Complementar 123/2006), mas mediante lançamento por meio do Sistema SEFIP (que gera a guia de recolhimento - GPS) ou por meio do eSocial (que gera o documento de arrecadação da contribuição - DARF).

Assim, a fiscalização administrativa será feita normalmente, exigindo-se mensalmente da ME ou EPP documentos semelhantes aos exigidos de qualquer empresa (relatórios da GFIP, GRF, GPS ou DARF).

Ocorre que o diferimento de que trata a Resolução 154 do CGSN não se aplica a ME ou EPP optante pelo Simples nacional que realize as atividades de prestação de serviço referidas no mencionado § 5º-C do art. 18, **especificamente** no que se refere à **contribuição previdenciária** de que trata o art. 22 da Lei 8.212/91.

Como os demais tributos contemplados no diferimento são indiferentes para fins de fiscalização administrativa mensal, os fiscais da Administração não sofrerão qualquer impacto no exercício do seu múnus em virtude da Resolução em comento.