

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE PIRITIBA

PROCESSO Nº 07769e20

PARECER Nº 00855-20

EMENTA: CONSULTA. MEDIDAS RESPALDADAS NAS PREVENÇÕES AO COMBATE À PANDEMIA DO COVID-19. CONTINUIDADE DE PAGAMENTO À EMPRESA TERCEIRIZADA CONTRATADA PARA A REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES-MEIO NO PERÍODO DE SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES LETIVAS. POSSIBILIDADE LEGAL DE NEGOCIAÇÃO. 1. Entende-se que não existe nada no ordenamento jurídico que impeça o não pagamento pela Administração dos valores correspondentes aos salários dos empregados das empresas prestadoras de serviços terceirizados de vigilância e limpeza realizados nas unidades de ensino do município, que por conta da proliferação da Covid-19, tiveram as atividades escolares paralisadas, observadas as ressalvas destacadas a seguir, por ser uma medida absolutamente coerente com o esforço de redução das interações sociais como forma de preservar vidas e evitar o colapso econômico-social. 2. Com base nas medidas previstas no art. 3º da MP nº 927/2020 e o quanto disposto no art. 63 da Lei 4.320/64 (necessidade de liquidação da despesa), deve o gestor considerar a possibilidade de negociação com a empresa prestadora de serviços, implementando: i) antecipação de férias, concessão de férias individuais ou decreto de férias coletiva; ii) fixação de regime de jornada de trabalho em turno alternados de revezamento; iii) redução de jornada de trabalho com a criação de bancos de horas para posterior compensação; e iv) realização mediante teletrabalho, quando couber. 3. Por derradeiro, caso não seja possível a realização de negociações contratuais à luz de várias possibilidades legalmente cabíveis, após avaliação criteriosa do contexto que permeia cada situação, hão de estar consideradas, as possíveis opções: i) rescisão contratual – plena ou parcial; ii) suspensão temporária com base no art. 57, § 1º, inciso II, da Lei nº 8.666/93; iii) supressão ou acréscimo do valor contratual nos limites permitidos; ou iv) verificação do reequilíbrio econômico financeiro do

contrato, com fulcro no art. 65, inciso II, alínea 'd' da Lei nº 8.666/93.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Samuel Oliveira Santana, Prefeito do **Município de Piritiba/BA**, endereçada a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, por meio do expediente aqui protocolado sob o nº 07769e20, através da qual questiona-nos:

(...) viemos formular a presente Consulta a Vossas Senhorias enquanto representantes deste órgão de controle externo, solicitando opinativo sobre a possibilidade de continuidade do pagamento dos serviços de mão de obra terceirizada pelo Município, com base no critério de medição: Hora/Homem, especialmente no que tange aos servidores terceirizados lotados na Educação, em que pese a suspensão das Aulas.

Inicialmente, importante registrar que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto delineado no Município de Piritiba/BA, em especial, sobre as medidas efetivas a serem tomadas pelo Gestor, no período da pandemia relacionada ao COVID-19.**

As orientações traçadas neste opinativo possuem o condão de elucidar, em linhas gerais, eventuais dúvidas a respeito da exegese das normas especiais que estão surgindo no cenário da calamidade pública oriunda da pandemia da COVID-19, sem a pretensão de esgotar o tema.

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Prestados tais esclarecimentos, cabe-nos registrar, que o conceito de terceirização, na sua acepção ampliada, é utilizado para designar todo e qualquer serviço público delegado pela Administração Pública ao particular. Tal instituto decorre da tendência desestatizadora dos serviços públicos, através da qual a Administração vem enxugando seus quadros e dinamizando a execução de suas atividades com a contratação de terceiros.

Com efeito, o Legislador Infraconstitucional, ao promover as alterações na Lei nº 6.019/74, através da Lei nº 13.429/2017, regulamentou duas modalidades de prestação de serviços no

âmbito do Direito do Trabalho, quais sejam: trabalho temporário e prestação de serviços por meio de trabalhadores terceirizados.

Ao contratar um trabalhador terceiro, está se contratando, na verdade, um serviço. Por isso não há formação de vínculo empregatício. Vide Súmula nº 331 do Tribunal superior do Trabalho:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

(...)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

(grifos aditados)

A terceirização dos serviços de mão-de-obra é voltada tanto para a redução de custos quanto para o aumento da eficiência operacional da Administração Pública. Esse instituto possibilita a redução de estruturas administrativas e permite a especialização na prestação de determinados serviços acessórios e complementares.

Insta observar que na administração pública a atividade objeto da terceirização deve corresponder a uma atividade-meio, e também não deve haver previsão de função equivalente no plano de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade.

Portanto, pode-se afirmar que a terceirização só é admitida na Administração Pública, sem violar o núcleo essencial do princípio do concurso público, quando cumpridas cumulativamente as seguintes condições: 1) tratar-se de atividade-meio; 2) não constante do quadro de cargos, empregos e funções do órgão ou entidade; e, 3) inexistentes na relação os elementos de pessoalidade, habitualidade e subordinação direta.

Dito isto, vê-se como permissiva a contratação terceirizada de serviços de vigilância e de limpeza. Adicionalmente, destaca o Consultante que os serviços de mão de obra terceirizada pelo Município foram realizados com base no critério de medição: hora/homem (H/H).

Sem adentrar no mérito da escolha contratual (tipo e forma de medição definidas no edital), cumpre-nos observar que há que se ter cuidado com a medição correta para o tipo de contrato. No contrato devem existir os itens por profissionais e os valores do preço do homem-hora por item ou profissional, assim como as quantidades previstas em determinado prazo de execução dos serviços desses profissionais. A aferição de esforço por meio da métrica homens-hora deverá ser utilizada mediante justificativa e sempre vinculada à entrega de produto/serviços de acordo com prazos e qualidade previamente definidos.

Feitas as explanações gerais sobre a prestação de serviços terceirizados, adentraremos na temática central desta consulta, qual seja: *“opinitivo sobre a possibilidade de continuidade do pagamento dos serviços de mão de obra terceirizada pelo Município, (...) especialmente no que tange aos servidores terceirizados lotados na Educação, em que pese a suspensão das Aulas”*.

É de conhecimento geral a situação excepcional e preocupante que o mundo todo está vivendo em face da rápida disseminação e contaminação propagada pelo novo coronavírus (Covid-19). Pois bem; em face deste cenário calamitoso, o TCM/BA já orientou diversos jurisdicionados por meio de pareceres consultivos, todos de consulta livre no portal do Tribunal.

Essa Assessoria Jurídica (AJU/TCM-BA), em resposta ao processo de consulta nº **05850e20** e nas considerações manifestadas na **Nota Técnica AJU/TCM-BA nº 07¹**, se posicionou referente a temática sob exame:

POSSIBILIDADE LEGAL DE NEGOCIAÇÃO COM EMPRESA TERCEIRIZADA CONTRATADA PARA A REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES-MEIO NO PERÍODO DE SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES LETIVAS.

Diante do contexto acima exposto e à luz de várias possibilidades legalmente cabíveis, **entende-se ser viável, dentro da discricionariedade de cada gestão e de outras possibilidades de negociações, a continuidade do adimplemento do contrato celebrado entre a administração municipal e a respectiva empresa terceirizada, para o exercício de atividades-meio (merendeiras, vigilantes, faxineiros)**, que são realizadas nas unidades de

1 Disponível na página do TCM-BA
<<https://www.tcm.ba.gov.br/wp-content/uploads/2020/05/edespecialnotatecnicaaju.pdf>>

ensino do município, acha vista, como já mencionado a paralisação das atividades desse empregados foram realizadas por força maior, e encontram respaldo legal nas normas condizentes.

Entendeu a AJU/TCM-BA:

Diante deste contexto fático, (...) em que **existe contratação de empresa terceirizada em andamento relacionada a atividade-meio no âmbito do funcionamento das atividades escolares no município, que agora precisam ser reorganizadas, diante da atual pandemia, em decorrência das restrições de locomoção das pessoas e da paralisação temporária das atividades escolares**, indaga-se sobre a legalidade no pagamento do referido contrato no afã de remunerar esses trabalhadores.

[...]

(...) o Ministério Público Federal, editou documento intitulado Recomendação PRDC/RS Circular nº 12/20020, que assim preceitua:

“(...)

(iv) Ajuste, com as empresas terceirizadas, a redução do fluxo de terceirizados nas dependências do serviço público em que atuam, suspendendo a cobrança de adimplemento da obrigação imposta aos contratados estabelecida no contrato de terceirização, em especial, afastando das atividades as pessoas que estejam no grupo de risco do COVID-19, sem que qualquer prejuízo seja imposto a eles ou aos empregados terceirizados, notadamente que esses não sejam demitidos enquanto perdurar a providência aqui permitida;

[...]

Cabe ressaltar que não se pode impor ao contratado a adoção de qualquer medida de índole trabalhista, sendo caracterizada tal iniciativa, como 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 pandemia não obrigam nem mesmo os empregadores, pois são todas elas medidas opcionais (art. 1º). Assim prevê o art. 3º da mencionada Medida Provisória:

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. (grifo nosso)

[...]

Nesta direção, caso a empresa adote as medidas previstas no art. 3º da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, assim como se **em virtude de alteração qualitativa ou quantitativa do objeto (por termo aditivo), ou em virtude de suspensão total ou parcial da execução do contrato (por**

ato formal da autoridade competente), a empresa considerar mais adequada a adoção de algumas das medidas prescritas no art. 3º da Medida Provisória 927, de 22 de março de 2020, como, por exemplo, determinar a realização de teletrabalho pelos terceirizados (se for possível, tal realização), pode haver repercussão no preço pactuado no âmbito do contrato administrativo.

No cotejo das especificações contidas na Lei Federal nº 8.666/93, que rege as relações contratuais no âmbito da administração pública, assevera-se as seguintes possibilidades legais para o enfrentamento do contexto fático advindo do COVID-19, nos contratos que envolvam empresas terceirizadas, vejamos: rescisão contratual – plena ou parcial, supressão ou acréscimo do valor contratual nos limites permitidos, ou a verificação do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com fulcro no art. 65, inciso II, alínea “d” da referida norma.

Com efeito, em que pese a possibilidade da Administração Pública possuir meios legais para a rescisão contratual de forma unilateral por razão de interesse público, entende-se que tal conduta deve ser imposta quando não houver outros meios de negociação, haja vista que a perda dos meios de subsistência destes trabalhadores terceirizados vem a contribuir para o aumento dos efeitos da crise.

Desta maneira, para tentar amenizar o cenário atual, imprescindível se faz privilegiar negociações com os respectivos envolvidos, e após exaurido tais possibilidades, impor instrumentos unilaterais previstos na legislação em prol da administração. Por outro lado, necessário afirmar que o gestor deve respaldar suas condutas tendo como premissa um dos princípios basilares da administração pública, o da legalidade. (grifos do original e aditados)

Nesse sentido, de primeiro exaurir as negociações com a contratada, privilegiando as indicações previstas no art. 3º da Medida Provisória 927/2020, o Governo Federal, editou algumas medidas em relação aos contratos de prestação de serviços terceirizados em andamento, dos quais destacamos:

Recomendações COVID-19 - Contratos de prestação de serviços terceirizados²

Publicado: Segunda, 16 de Março de 2020, 11h59

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:

1º - notificar as empresas contratadas quanto à necessidade de adoção de meios necessários para intensificar a higienização das áreas com maior fluxo

2 Governo Federal. Portal de Compras <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1264-recomendacoes-covid-19-terceirizados>> visitado em 21 de maio de 2020.

de pessoas e superfícies mais tocadas, com o uso de álcool gel (maçanetas, corrimões, elevadores, torneiras, válvulas de descarga etc.);

2º - solicitar que as empresas contratadas procedam a campanhas internas de conscientização dos riscos e das medidas de prevenção para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), observadas as informações e diretrizes estabelecidas pelo Ministério da Saúde;

3º - 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 avaliação da necessidade de haver suspensão* ou a substituição temporária na prestação dos serviços desses terceirizados;

4º - 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 - reduzir* ou suspender* os serviços prestados pelas empresas terceirizadas, até que a situação se regularize. * Suspensão ou redução - Nota Técnica nº 66/2018 – Delog/Seges/MP
(grifos aditados)

Recomendações COVID-19 - Contratos de prestação de serviços terceirizados³

Publicado: Segunda, 21 de Março de 2020, 10h40

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:

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.

[...]

5º - 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.

6º - Caso a **ausência** do prestador de serviço (“falta da mão de obra alocada”), decorrente da situação de calamidade atual, esteja enquadrada no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, o órgão ou entidade deverá observar o § 3º da referida Lei, hipótese em que será “considerado falta justificada”.

3 Governo Federal. Portal de Compras <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1270-recomendacoes-covid-19-servicos-terceirizados>> visitado em 21 de maio de 2020.

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:

[...]

§ 3º Será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo.

7º - É facultada a negociação com a empresa prestadora de serviços, visando às seguintes medidas:

(i) antecipação de férias, concessão de férias individuais ou decretação de férias coletivas;

(ii) fixação de regime de jornada de trabalho em turnos alternados de revezamento;

(iii) execução de trabalho remoto ou de teletrabalho para as atividades compatíveis com este instituto e desde que justificado, sem concessão do vale transporte, observadas as disposições da CLT;

(iv) redução da jornada de trabalho com a criação de banco de horas para posterior compensação das horas não trabalhadas. (grifos no original e aditados)

Sobre a temática, também se posicionou a Advocacia Geral da União (AGU), em resposta a consulta encaminhada pela Subsecretaria de Assuntos Administrativos - SAA/MEC por meio do Ofício Nº 933/2020/GAB/SAA/SAA-MEC, de 17 de março de 2020 (Sei nº 1961431), acerca da viabilidade jurídica da dispensa dos prestadores de serviços terceirizados e seus reflexos tanto no contrato administrativo, quanto no contrato de trabalho, em razão da pandemia causada pelo COVID19 (coronavírus), entendeu a AGU:

PARECER n. 00310/2020/CONJUR-MEC/CGU/AGU

NUP: 23000.009019/2020-79

INTERESSADOS: SAA - SUBSECRETARIA DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS/MEC

ASSUNTOS: CONSULTA SOBRE O PROCEDIMENTO A SER ADOTADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO NO QUE SE REFERE AOS PRESTADORES DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS EM RAZÃO DA PANDEMIA CAUSADA PELO COVID-19

VALOR ECONÔMICO: NÃO SE APLICA

I – Direito administrativo. Direito constitucional. Contratações públicas.

II – **Consulta jurídica sobre a viabilidade de dispensa dos prestadores de serviços terceirizados e seus reflexos no contrato administrativo e no contrato de trabalho em decorrência da pandemia causada pelo COVID-19 (coronavírus) declarada pela Organização Mundial de Saúde – OMS em 11 de março de 2020.**

III – Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde. Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011. Decreto-lei 4.657/1942, de 04 de setembro de 1942. Instruções Normativas nº 19, 20 e 21, de 2020 do Ministério da Economia.

Portaria nº 84, da Advocacia-Geral da União. Portaria nº 491, de 19 de março de 2020, do Ministério da Educação.

IV – Pela possibilidade desde que obedecidas as balizas dispostas neste parecer jurídico. (grifos aditados)

Do supramencionado parecer destacamos, a seguir, os itens que tratam dos procedimentos a serem adotados pela Administração no que se refere aos prestadores de serviço terceirizados, da recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo, as considerações finais e conclusão:

II.2.3 Do Procedimento a ser adotado pela Administração no que se refere aos prestadores de serviço terceirizados

37. Diante disso, faz-se necessário separar dois grupos, quais sejam: 1) empregados terceirizados que se enquadrem no grupo de risco (agentes com maior exposição aos riscos de contaminação e infecção pelo COVID-19), e; 2) empregados terceirizados que não estão enquadrados dentro do grupo de risco (agentes com menor exposição aos riscos de contaminação e infecção pelo COVID-19).

(...)

47. Portanto, forçoso reconhecer que **aqueles que se encontram no “grupo de risco” deverão sem sombra de dúvidas deverão serem afastados, já que a recomendação do Ministério da Economia autorizou essa ação (interrupção do contrato de trabalho)**, como adiante veremos, para esse caso o afastamento deve ser considerado como falta justificada, conforme assentado pela lei, nessa situação, existindo possibilidade/necessidade de substituição do trabalhador afastado deverá ser feito requerimento à empresa para esse proceder. Caso não haja necessidade (deverá ser avaliado o caso concreto, posto que se o serviço puder ser prestado de forma satisfatória pelos que não estão no grupo de risco, considerada a possibilidade de revezamento de turnos por esses, não estará configurada a necessidade de substituição dos que se encontram no grupo de risco) ou na impossibilidade em ser feito (não há previsão contratual) não será feita a substituição dos empregados afastados nessa categoria.

[...]

II.2.6 Da Recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo

74. Cabe destacar que as alterações unilaterais do contrato administrativo são processadas nas cláusulas de execução do contrato, nesse sentido, caso venham a refletir no preço ajustado elas deverão ser negociadas, em atendimento ao art. 37, XXI, da Constituição da República.

75. Posto isso, conclui-se que o equilíbrio econômico-financeiro não pode ser retirado nem por força de lei. Ademais disso, pelas disposições constantes da Orientação Normativa AGU nº 22/2009, de 1º de abril de 2009 foi reconhecido que **o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é**

possível independentemente de disposição contratual, na hipótese elencada no art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/1993.

76. As cláusulas econômicas podem sofrer modificação em três diferentes situações, quais sejam: a) no caso de eventos que tornem o negócio excessivamente oneroso; b) na ocorrência de encargos que deixem de existir; c) nas alterações unilaterais.

77. São considerados instrumentos de recomposição da equação econômico-financeira: a) reajuste; b) revisão; e, c) repactuação.

(...)

80. O segundo instrumento diz respeito às revisões contratuais, está previsto no art. 65, II, alínea “d” e parágrafo quinto, o referido artigo trata especificamente do equilíbrio econômico-financeiro e traz a previsão de ser aplicado para **restabelecer o valor do contrato que sofreu alteração em decorrência de álea extraordinária superveniente.**

(...)

82. Dessa forma, são requisitos para a revisão: a) demonstração dos fatos que ensejam a revisão; b) necessidade de termo aditivo; c) existência de recursos orçamentários (art. 16, parágrafo quarto, inciso I da Lei Complementar número 101/2000; d) necessidade de análise pela assessoria jurídica (art. 38, Parágrafo único, da Lei número 8.666/93); e, e) publicação (art. 61, Parágrafo único, da Lei número 8.666/93).

(...)

90. Por fim, caso seja necessária a alteração contratual será aplicado ao contrato o art. 65, § 5º, da Lei nº 8.666/1993 (fato do príncipe). **Não há como ser feita análise jurídica geral sobre a presença dos pressupostos para a recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo, o que deverá ser feito pela Administração em cada contrato que tenha mão de obra terceirizada, respeitadas as singularidades de cada contrato**, como, por exemplo, aqueles que adotem o IMR (Instrução Normativa nº 05/2017 do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão). Caso exista dúvida jurídica quanto as alterações necessárias em cada contrato deverá ser encaminhada à esta Consultoria para orientação ao órgão assessorado.

II.3. CONSIDERAÇÕES

91. Com isso, **para o grupo de risco tem-se: 1) deverá apresentar autodeclaração para a empresa de saúde ou de cuidado ou coabitação; 2) a empresa se encarregará de afastar o empregado terceirizado com fundamento no art. 3º, § 3º, da Lei nº 13.979/2020 c/c art. 131, inciso VI sendo considerada falta justificada; 4) a empresa deverá se encarregar de apresentar relatório dos empregados afastados e a devida motivação e de periodicamente informar a Administração sobre a situação do empregado. Deverá a Administração ter atenção ao período de afastamento do empregado terceirizado, por causa dos efeitos jurídicos para o direito trabalho decorrente de afastamentos com mais de 30 dias, como, por exemplo, o direito a férias; 4) Não sendo possível a prestação do serviço de forma remota (essa análise caberá à Administração, observados os termos do**

que disposto neste parecer. Devendo, ainda, levar em considerações eventuais previsões em Convenções Coletivas de Trabalho de cada categoria).

92. Já para os empregados que não se enquadrem no grupo de risco sugiro: 1) verificar se está tendo expediente no órgão; 2) verificar se o serviço prestado é essencial (esse deverá continuar sendo prestado até que sobrevenha eventual norma que dispense sua prestação); 3) se o expediente no órgão tiver sido reduzido avaliar juntamente com a empresa a possibilidade de instituição de turnos de revezamento de acordo com a demanda do serviço a ser prestado; 4) Caso não exista no órgão expediente, o serviço não seja considerado essencial e nem possibilidade do serviço ser prestado de forma remota aplicam-se o mesmo entendimento dado ao grupo considerado de risco, haja vista o fato de que não haverá razoabilidade alguma em se manter empregados terceirizados trabalhando em um local que não esteja havendo expediente algum, repito, verificada as condicionantes iniciais desse item.

93. Nesse ponto é importante destacar, também, que o art. 7º Instrução Normativa nº 21, de 16 de março de 2020, que altera a Instrução Normativa nº 19, de 12 de março de 2020, dispôs que cabe "... ao Ministro de Estado ou à autoridade máxima da entidade, em conjunto com o dirigente de gestão de pessoas assegurar a preservação e o funcionamento das atividades administrativas e dos serviços considerados essenciais ou estratégicos..."

III – CONCLUSÃO

94. Diante do exposto, conclui-se que observadas as balizas constantes deste parecer, o art. 20 do Decreto nº 4.657/1942, de 04 de setembro de 1942, a ponderação dos riscos e verificadas as recomendações apontadas o administrador poderá: 1) dispensar os prestadores de serviço de suas atividades, caso estejam no grupo de risco, podendo ser substituídos pelos que não se encontram no grupo de risco, caso seja possível e necessário, mantendo sua remuneração mas aplicando-lhes os descontos referentes aos auxílios transporte e, no caso do vale alimentação observadas as disposições da Convenção Coletiva de Trabalho; 2) autorizar a realização das tarefas dos prestadores de serviços terceirizados por meio de teletrabalho obedecidas as ressalvas deste parecer.

(grifos do original e adotados)

Por óbvio que em um contrato de limpeza escolar – com a suspensão das aulas - haverá, forçosamente, redução da equipe do Contratado. Trata-se de situação especialíssima, por conta do momento ora vivenciado (pandemia ocasionada pelo novo coronavírus), que requer soluções diversas e que devem ser analisadas no caso concreto pelo jurisdicionado, a partir da perspectiva jurídica, econômica e/ou social.

Pelo aspecto jurídico, em havendo a diminuição ou até mesmo ausência da contraprestação do serviço pelo contratado, no cotejo das especificações contidas na Lei Federal nº 8.666/93, que rege as relações contratuais no âmbito da administração pública, assevera-se

as seguintes possibilidades legais para o enfrentamento do contexto fático advindo do COVID-19, nos contratos que envolvam empresas terceirizadas, vejamos: rescisão contratual – plena ou parcial, suspensão temporária, supressão ou acréscimo do valor contratual nos limites permitidos, ou a verificação do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com fulcro no art. 65, inciso II, alínea “d” da referida norma.

No entanto, em uma análise sob a perspectiva econômica deve-se considerar o papel do Estado como fomentador do desenvolvimento econômico do país. Assim, há que se ter um olhar para os impactos das medidas a serem adotadas e para o desemprego decorrente.

No prisma social, a perda dos meios de subsistência destes trabalhadores terceirizados irão contribuir para o aumento dos efeitos da crise. A proteção ao trabalhador com a manutenção do salário alcança a dignidade da pessoa humana, uma vez que ao perder o emprego a possibilidade de alocação em nova frente de trabalho pode estar seriamente comprometida.

Nessa direção caminha o parecer nº 26/2020/DECOR/CGU/AGU, da lavra do Advogado da União Antônio dos Santos Neto, ao se debruçar sobre questão análoga, consoante se depreende da ementa que abaixo se transcreve:

EMENTA: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA. EFEITOS DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA. DIREITO À VIDA. DIREITO À SAÚDE. PROTEÇÃO AOS EMPREGOS. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO ÀS EMPRESAS CONTRATADAS NOS CASOS DE REDUÇÃO DA DEMANDA. I - Nos casos de redução da demanda da Administração acompanhada da implementação das medidas recomendadas pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, entende-se que o pagamento pela Administração dos valores correspondentes aos salários dos empregados das empresas prestadoras de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra é juridicamente válido por força da imprevisibilidade da atual pandemia do novo coronavírus e por ser medida absolutamente coerente com o esforço de redução das interações sociais como forma de preservar vidas e evitar o colapso do sistema de saúde. II - Os descontos das parcelas referentes ao auxílio-transporte e ao auxílio-alimentação devem ser efetuados na forma da Nota Técnica n.º 66/2018-MP, mas não seria fora de propósito recomendar que o Ministério da Economia aprecie a possibilidade de edição de norma que assegure a manutenção dos valores correspondentes ao auxílio-alimentação percebidos pelos empregados terceirizados, uma vez que se sabe que a parcela é extremamente significativa para a subsistência dos trabalhadores. III - As empresas terceirizadas deverão se valer dos mecanismos previstos na Medida Provisória n.º 927/2020 e recomendados pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia (teletrabalho, antecipação de férias e feriados, concessão de férias coletivas, banco de horas e adoção de regime de jornada

em turnos alternados de revezamento) para buscar superar o momento de crise. IV - Os serviços essenciais devem ser preservados e os custos relativos às substituições de empregados do grupo de risco deverão ser suportados pela Administração quando presentes os requisitos autorizadores do reequilíbrio econômico-financeiro.

Nesse diapasão, cumpre também destacar o art. 20 e 22, *caput*, do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que prevê em seu dispositivo que a decisão administrativa não se balizará apenas pelas normas jurídicas, mas também pelas consequências práticas da decisão, considerando os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, devendo avaliar os custos administrativos envolvidos, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Vejamos:

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

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

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.

O caráter extraordinário da situação enfrentada requer bom senso e cautela, de modo a preservar essas relações, evitando, ao máximo, o simples desfazimento desses ajustes, o que conduziria à perda de empregos e à falência das empresas.

Portanto, respondendo o Consultante, e com base nas manifestações aqui expostas, inclusive posicionamento já demonstrado por essa Assessoria Jurídica, entende-se que não existe nada no ordenamento jurídico que impeça o não pagamento pela Administração dos valores correspondentes aos salários dos empregados das empresas prestadoras de serviços terceirizados de vigilância e limpeza realizados nas unidades de ensino do município, que por conta da proliferação da Covid-19, tiveram as atividades escolares paralisadas, observadas as ressalvas destacadas a seguir e por ser uma medida absolutamente coerente com o esforço de redução das interações sociais como forma de preservar vidas e evitar o colapso econômico-social.

Dito isto, ressalvamos, **com base nas medidas previstas no art. 3º da MP nº 927/2020 e o quanto disposto no art. 63 da Lei 4.320/64 (necessidade de liquidação da despesa), deve o gestor considerar a possibilidade de negociação com a empresa prestadora de serviços, implementando: 1) antecipação de férias, concessão de férias individuais ou decreto de férias coletiva; 2) fixação de regime de jornada de trabalho em turno alternados de revezamento; 3) redução de jornada de trabalho com a criação de bancos de horas para posterior compensação; e 4) realização mediante teletrabalho, quando couber.**

Por derradeiro, caso não seja possível a realização de negociações contratuais à luz de várias possibilidades legalmente cabíveis, após avaliação criteriosa do contexto que permeia cada situação, hão de estar consideradas, as possíveis opções: 1) rescisão contratual – plena ou parcial; 2) suspensão temporária com base no art. 57, § 1º, inciso II, da Lei nº 8.666/93; 3) supressão ou acréscimo do valor contratual nos limites permitidos; ou 4) verificação do reequilíbrio econômico financeiro do contrato, com fulcro no art. 65, inciso II, alínea ‘d’ da Lei nº 8.666/93.

Outras opções **desde que legais** poderão ser consideradas conforme o contexto fático que se apresentar.

É o parecer.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pelo Consultante, e válida para o presente momento. Como a situação decorrente da pandemia está sofrendo alteração diária recomenda-se, caso a situação atual seja alterada, e assim querendo, que encaminhe nova consulta a esta unidade jurídica para que seja verificada a necessidade de orientação diferente dos termos tratados no presente parecer.

Em, 22 de maio de 2020.

Karina Menezes Franco
Auditora de Controle Externo
Assessora Jurídica