

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE FEIRA DE SANTANA

PROCESSO Nº 11522e20

PARECER Nº 01281-20

EMENTA: CONSULTA. CONTRATOS SUSPENSOS EM VIRTUDE DA PANDEMIA PELO COVID 19. TRANSPORTE ESCOLAR. DÚVIDA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO Á LUZ DO ART. 78, INCISO XIV DA LEI Nº 8.666/93. PELA POSSIBILIDADE. Diante da desnecessidade temporária de determinados serviços contratados e da incerteza em torno do momento em que será preciso retomá-los, vê-se como uma alternativa pertinente a suspensão da execução do contrato de prestação de serviços mediante negociação referente aos custos que serão suportados pelas partes, à luz dos preceitos contidos no art. 78, inciso XIV da Lei nº 8.666/93. Contudo, imprescindível se faz a implementação de alternativas condizentes com os princípios da economicidade e da finalidade, assegurando a redução de gastos sem prejudicar a viabilidade da retomada imediata dos serviços e, tanto quanto possível, a preservação das relações de emprego.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Paulo Roberto Costa Nunes, Controlador Geral do município de Feira de Santana, endereçada ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob nº 11522e20, questionando:

“Pode a administração pública municipal proceder ao pagamento de indenizações aos contratos referentes ao funcionamento das escolas, em especial ao Transporte Escolar, sem ferir a legislação pátria ou causar dano ao erário, visto a ausência da contraprestação de serviços nestes contratos, considerando o ressarcimento dos prejuízos decorrentes da suspensão das atividades contratuais? “

Em caráter preliminar, registra-se 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 apresentado.**

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

De fato, o atual cenário mundial, resultante da rápida propagação do novo coronavírus, impôs as autoridades internacionais e nacionais adoção de providências para prevenção e enfrentamento da COVID-19, inclusive com elaboração de inúmeros atos normativos a fim de regulamentar as relações jurídicas neste contexto de pandemia, que impactaram diretamente a rotina da população e das Administrações Públicas.

No Brasil, coube a Lei nº 13.979/2020 e suas sucessivas alterações, pela via de Medidas Provisórias, delimitarem as diretrizes para o período, dispondo “sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, sendo acompanhada pelo Decreto regulamentador nº 10.282/2020.

Da leitura conjugada dos dispositivos, extrai-se que as medidas ali delineadas, que visam, precipuamente, a proteção da coletividade, devem ser adotadas, no âmbito das respectivas competências, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O seu cumprimento é obrigatório pelas pessoas, consoante art. 3º, § 4º da Lei nº 13.979/20, sob pena de responsabilização nos termos previstos em legislação própria.

O art. 3º cuidou de elencar as medidas que poderão ser adotadas pelas autoridades locais, no âmbito de suas respectivas competências, cabendo realçar, à luz do que reza o §1º, do art. 3º, o alerta de que: “As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

Dentre as possibilidades enumeradas no art. 3º, com redação alterada pela Medida

provisória nº 926/20, destaca-se, por envolver o cenário da dúvida apresentada pelo Consultante, a determinação de que:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - isolamento;
- II - quarentena;
- (...)

De acordo com o quanto definido no art. 2º da citada Lei, as medidas de isolamento e quarentena criam, dentre outras situações, restrições à locomoção das pessoas, o que acarretará uma diminuição da circulação de pessoas nos seus locais de trabalho, de modo que no próprio art. 3º, §3º, houve a preocupação de ressaltar que: “Será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo.”

Na esfera estadual, o governo do Estado da Bahia, acompanhado de diversos municípios baianos, atento à ameaça provocada por esta pandemia, declarou, via Decretos nºs 19.529/2020 e 19.549/2020, situação de emergência em todo o território baiano, determinando diversas medidas para contenção da propagação da COVID-19 no estado. Em seguida, obteve junto a Assembleia Legislativa da Bahia o reconhecimento da situação de Calamidade Pública, nos moldes propostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 65).

Uma das ações impostas a todos os municípios baianos foi a suspensão das atividades letivas, nas unidades de ensino públicas e privadas, desde 17.03.20, cuja vigência se perdura até a presente data, segundo pronunciamento amplamente divulgado do Governador do Estado.

Diante deste contexto fático, se encaixa a pergunta formulada pelo Consultante, na medida em que existem contratações em andamento relacionadas ao funcionamento das atividades escolares públicas nos municípios, que agora precisam ser reorganizadas, diante da pandemia do COVID-19, das restrições de locomoção das pessoas e da paralisação temporária de algumas atividades laborativas.

De outro giro, malgrado respeitando a discricionariedade administrativa, sempre apelando para o bom senso dos Gestores, os pareceres exarados por esta Unidade procuraram apresentar alternativas à adoção da suspensão contratual, muitas delas pela implementação de medidas constantes da Medida Provisória nº 927/2020, no sentido de possibilitar a continuação, mesmo que parcial, da prestação dos serviços objeto da avença e o conseqüente adimplemento contratual, no intuito da preservação dos empregos e de se evitar o fechamento de empresas e o decorrente agravamento da crise econômica e social instaladas, conforme se depreende de trecho do parecer em consulta, da lavra da Assessora Jurídica Tâmara Braga:

[...] Da inteligência das orientações acima explicitadas, pode-se extrair diversas possibilidades de condutas que podem ser acordadas entre a Administração Pública e a empresa contratada para o enfrentamento da crise atual, dentre as quais: (i) atividade remota ou rodízio, levando em conta a singularidade de cada prestação de serviço; (ii) redução do quantitativo ou suspensão dos serviços prestados até normalização; (iii) negociação com a empresa prestadora de serviços, implementando antecipação de férias, concessão de férias individuais ou decreto de férias coletiva; (iv) não concessão do vale-transporte, dentre outras verbas trabalhistas, observadas as disposições da CLT; (v) redução de jornada de trabalho com a criação de bancos de horas para posterior compensação, dentre outras medidas que possibilitem uma diminuição dos valores acordados pela gestão pública, propiciando a mesma um possível equilíbrio financeiro para o enfrentamento dos possíveis efeitos econômicos.

Nessa mesma direção caminha o Parecer nº 26/2020/DECOR/CGU/AGU, quando ao se debruçar sobre a questão, assim se posicionou:

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. (g.n)

Na mesma toada, o Ministério Público Federal, através da Recomendação PRDC/RS Circular nº 12/20020, firmou entendimento no sentido de que:

(...)

(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;

Assim,volvendo-se a situação posta no presente expediente, à luz das possibilidades legalmente existentes para guiar a conduta do gestor municipal no presente caso, entende-se, dentro da discricionariedade de cada gestão, ser viável a continuidade do adimplemento do contrato celebrado entre a Administração Municipal e a respectiva empresa terceirizada na área educacional (atividades-meio e transporte escolar), partindo dos pressupostos e ponderações alhures demonstrados.

Em que pese não haja disposição normativa, no ordenamento jurídico pátrio vigente, que preveja a possibilidade da suspensão da execução dos contratos ou até mesmo da vedação para adoção de tal procedimento, recomenda-se que o Gestor Público avalie a possibilidade (inclusive, considerando os efeitos sociais da medida) diante da frustração de receita decorrente da pandemia, à luz do princípio da economicidade, de proceder ao aludido ato de suspensão contratual, amparado no fato de que o pagamento sem efetiva contraprestação implicaria dano ao erário e violaria as regras estabelecidas pela Lei nº 4320/64, em especial o artigo 63.

Assim é que, no tocante àqueles serviços públicos considerados essenciais, ou atividades de apoio a estes últimos, numa análise *a priori*, não haveria se falar em suspensão contratual, sendo facultado, entretanto, às partes no contrato a negociação de novas condições contratuais, que melhor se adaptem à nova realidade, com adoção de medidas consentâneas com as normas de segurança preconizadas pela Organização Mundial da Saúde, tais como, redução da jornada, revezamento por turno, utilização de máscara, disponibilização de álcool em gel, teletrabalho sempre que possível, etc.

Por outro lado, em relação a serviços considerados não essenciais, como ocorre, por exemplo, com contratos de terceirização de mão-de-obra para realização de atividades-meio ligadas à educação, deve o Administrador Público envidar esforços no sentido de preservá-los, tentando se adotar as medidas previstas na Medida Provisória nº 937/2020 e, uma vez não sendo possível, deve-se pensar em se adotar a suspensão contratual ou as outras alternativas previstas de alteração unilateral do contrato administrativo,

devendo se optar, como última *ratio*, após uma avaliação criteriosa de todo o contexto, pela rescisão unilateral do contrato.

Nesse particular, é importante salientar que tais empresas, cujas atividades sofreram solução de continuidade, em decorrência da pandemia pelo novo Coronavírus, poderiam ter se socorrido da suspensão do contrato de trabalho e consequente percepção do benefício emergencial disponibilizado pelo Governo Federal, por meio da Medida Provisória nº 936/2020 (já revogada), para remuneração dos seus respectivos empregados, desonerando a folha salarial destas empresas, durante o prazo máximo de 90 dias, o que malgrado não resolva completamente o problema, decerto ajudou a dar um alívio financeiro nesse período excepcional de crise.

Feitas essas imprescindíveis observações preliminares, passa-se à análise, propriamente, do cerne da questão trazida à baila na presente consulta, qual seja, a viabilidade do pagamento de indenização relativo a custos fixos de contratos suspensos referentes a manutenção de escolas, em especial “transporte escolar”, em virtude da situação de calamidade instalada pelo alastramento do COVID-19.

Assim, pode-se afirmar que a “suspensão temporária” da execução do objeto contratado implica na paralisação do cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado por tempo determinado, retomando-se a regular execução, tão logo vencido esse prazo”. No caso, “a suspensão afeta apenas os prazos estabelecidos para o início, execução, conclusão e entrega do objeto contratado. Não se alteram as quantidades contratadas, tão pouco as especificações ajustadas.”, conforme ensinamentos da Consultoria Zênite na ORIENTAÇÃO PRÁTICA – ABR/2020.

Em resumo, deve-se compreender que a “suspensão da execução” do contrato possui o atributo de sobrestar a exigência das obrigações contratuais assumidas reciprocamente entre as partes, suprimindo transitoriamente a exigibilidade das obrigações contratuais, impedindo que as partes exijam uma da outra o cumprimento dos encargos reciprocamente assumidos, evitando-se assim, a rescisão contratual que poderia acarretar a necessária realização de outro certame, onerando os cofres da administração.

Nessas condições, a regra é que a suspensão fique restrita ao prazo de 120 dias, sob pena de constituir motivo para pedido de rescisão por parte do contratado, nos termos do artigo 78, inciso XIV da Lei nº 8.666/93, abaixo transcrito:

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; (g.n)

Sobre o referido tema, pertinente se faz a transcrição de trecho do artigo publicado intitulada “A Suspensão de Contratos em Virtude da Pandemia – Covid-19”, tendo como autores Flávio Amaral Garcia e Henrique Bastos Rocha, que assim pontuam:

“Possível extrair do referido dispositivo legal que: (i) a suspensão é medida unilateral da Administração Pública; (ii) deve ser formalizada por ordem escrita da Administração Pública contratante; (iii) o prazo máximo da suspensão unilateral é de 120 (cento e vinte) dias; (iv) se o prazo for superior a 120 dias o contratado tem direito a pleitear a rescisão do contrato; (v) o prazo pode ser superior a 120 dias em casos de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra; **(vi) a suspensão não exonera a Administração do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas desmobilizações e mobilizações não previstas no contrato;** e (vii) o contratado pode optar pela suspensão do cumprimento das suas obrigações até que seja normalizada a situação.”. (g.n)

Nesse contexto, se a suspensão se der por período inferior a 120 dias, a Administração poderá, a rigor, determiná-la de forma unilateral. Por outro lado, se a suspensão ultrapassar o limite de 120 dias, em princípio, a Administração deverá negociar com o contratado no intuito de obter anuência a respeito da questão. Diz-se em princípio, uma vez que, se a suspensão é determinada durante estado regularmente instituído de calamidade pública, o transcurso do prazo de 120 dias não seria suficiente para autorizar a rescisão do contrato.

Anote-se, como alhures explicitado, que a situação de crise instaurada pela pandemia que se alastrou, gerou efeitos imprevisíveis, entretanto, necessário se faz que o

enfrentamento da realidade atual seja prescindida de colaboração entre as partes envolvidas, e, sobretudo, o entendimento de que procedimentos e compromissos deverão ser reformulados em nome da manutenção da estrutura que os mantém até o presente momento.

Por consequência, à luz do quanto disposto na norma acima evidenciada, necessário se faz antes mesmo que a Administração determine a suspensão dos seus ajustes (no período de 120 dias ou além deste), a convocação do contratado para negociar e definir eventuais valores a serem pagos, a fim de indenizar os custos decorrentes dessa suspensão, mediante termo aditivo de suspensão que, expressamente, imponha a suspensão da sua exigibilidade e interrompa o cumprimento dos seus encargos até posterior deliberação. Afinal, a suspensão envolve alteração do contrato e, por isso, deve ser feita através de termo aditivo, com sua consequente publicação na Imprensa Oficial, conforme preceitua o art. 61, parágrafo único da Lei de Licitações.

Outrossim, vale frisar que na medida em forem suspensos os serviços, igualmente são interrompidos seus respectivos pagamentos, à exceção de custos já incorridos ou outros ônus regularmente demonstrados, não afastando o direito assegurado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato quando couber, o que deverá ser avaliado caso a caso, exigindo comprovação dos requisitos fixados na parte final da alínea “d” do inc. II do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, que trata da alteração contratual nessa situação, em especial a demonstração do efeito econômico provocado pelo ato de suspensão sobre os encargos assumidos pelo particular, vejamos:

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

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

No mais, necessário se faz pontuar que a empresa contratada deverá analisar as medidas trabalhistas possíveis de serem adotadas no atual ordenamento jurídico, como alhures demonstrado, para desonerá-la, o que consequentemente refletirá na composição devida no período de suspensão contratual, provocando um menor ônus ao erário, em especial, se tratando de contratos com prestação de serviços com dedicação exclusiva, como no presente caso.

Ultrapassadas tais questões, impende repisar que dentro de sua discricionariedade, deverá o administrador público pautar suas ações, neste novo cenário epidemiológico, nos princípios que regem a Administração Pública, dentre eles, da proporcionalidade, da razoabilidade e sobre tudo da legalidade.

Por tudo exposto, diante da ausência temporária de determinados serviços contratados e da incerteza em torno do momento em que será preciso retomá-los, vê-se como uma alternativa pertinente a suspensão da execução do contrato de prestação de serviços mediante negociação referente aos custos que serão suportados pelas partes, à luz dos preceitos contidos no art. 78, inciso XIV da Lei nº 8.666/93.

Contudo, imprescindível se faz a implementação de alternativas condizentes com os princípios da economicidade e da finalidade, assegurando a redução de gastos sem prejudicar a viabilidade da retomada imediata dos serviços e, tanto quanto possível, a preservação das relações de empregos existentes, destacando-se:

a) se a suspensão for igual ou superior a 120 dias, que haja uma negociação prévia, que se analise com cautela o impacto financeiro decorrente da suspensão do contrato em voga entre as partes envolvidas, definindo eventuais valores a serem pagos, a fim de se indenizar os custos decorrentes dessa interrupção;

b) que a empresa contratada analise as medidas trabalhistas possíveis de serem adotadas no atual ordenamento jurídico, para desonerá-la, o que consequentemente refletirá na composição devida no período de suspensão contratual, provocando um menor ônus ao erário, em especial, se tratando de contratos com prestação de serviços com dedicação exclusiva, como no presente caso.

c) no que toca a eventuais custos imprevisíveis que passem a ser suportados pelo contratado, que irá mensurar o valor da indenização a ser paga pela administração, tais valores devem ser robustamente comprovados, bem como necessário se faz a realização de termo aditivo de suspensão que, expressamente, imponha a suspensão da sua exigibilidade e interrompa o cumprimento dos seus encargos até posterior deliberação, com a necessária publicação na Imprensa Oficial, conforme preceitua o art. 61, parágrafo único da Lei de Licitações;

Salve melhor juízo, é o parecer.

Salvador, 12 de agosto de 2020.

CRISTINA BORGES DOS SANTOS
Assessora Jurídica