

A ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS EM TEMPOS DE PANDEMIA: UM ESTUDO A PARTIR DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)

AMENDMENT TO AGREEMENTS FOR OUTSOURCING CONTINUOUS SERVICES DURING THE PANDEMIC: A STUDY BASED ON THE LAW OF INTRODUCTION TO BRAZILIAN LEGAL RULES (LINDB)

Marcelo Xavier da Silva¹

Rebeca Viriato Costa²

RESUMO:

Este trabalho estuda os efeitos jurídicos que as medidas de distanciamento social decorrentes do enfrentamento à pandemia da COVID-19 geraram nos contratos de terceirização de serviços contínuos firmados pela Administração Pública brasileira. Objetiva investigar como se deu a alteração dos contratos de terceirização diante da redução da demanda contratual ocasionada pela adoção, por órgãos públicos, do atendimento virtual à população e do trabalho remoto aos servidores públicos. Com o procedimento metodológico bibliográfico e documental, propõe a aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) para apresentar uma solução que, em tempos de pandemia, prestigie o diálogo, os princípios da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e da vedação do enriquecimento sem causa, bem ainda que fortaleça o debate sobre a função social dos contratos na seara do Direito Administrativo.

PALAVRAS-CHAVES: Administração Pública. Contratos. Terceirização. COVID-19. LINDB.

¹ Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça (UNIR/EMERON). Professor de Direito Administrativo e Direito Eleitoral da Universidade Federal de Rondônia (UNIR). E-mail: marcelo.xavier@unir.br.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). E-mail: rebecaviriato0412@outlook.com.

ABSTRACT:

This study addresses the legal effects that social the distancing measures resulting from the COVID-19 pandemic generated on agreements for outsourcing continuous services executed by the Brazilian Public Authorities. It aims to investigate amendments to outsourcing agreements in view of the reduction of the contractual requirement caused by the adoption of online services for the population and telecommuting for public servants. Therefore, based on a bibliographic and documentary research, it proposes the application of the Law of Introduction to Brazilian Legal Rules (LINDB) in order to present a solution that, in the time of a pandemic, favors dialogue, the principles of legal certainty, the dignity of the human individual and the prevention of enrichment without cause, as well as strengthens the debate on the social role of agreements within the context of Administrative Law.

KEYWORDS: Public Administration. Agreements. Outsourcing. COVID-19. LINDB.

1 INTRODUÇÃO

As primeiras infecções em seres humanos pelo *SARS-CoV-2*, vírus que causa a *Coronavirus Disease* (COVID-19), ocorreram na cidade chinesa de Wuhan, no final do ano de 2019. Até então, a doença era conhecida como “pneumonia de Wuhan”. Seguindo diretrizes internacionais de que o nome de uma doença não pode fazer alusão à localização geográfica, animal, indivíduo ou grupo de pessoas, a Organização Mundial de Saúde (OMS), no dia 11 de fevereiro de 2020, batizou a nova doença de COVID-19 (MANZANO, 2020).

Como um localismo globalizado, o vírus se espalhou. GANHOU o mundo e a COVID-19 passou, então, a ser considerada uma pandemia. Fez e ainda faz muitas vítimas. Segundo o levantamento feito pela OMS, atualmente, Estados Unidos (EUA) e Brasil são os paí-

ses com maior número de casos da doença, sendo 5.354.013 casos nos EUA e 3.340.197 casos no Brasil (OMS, 2020³).

Diante desse quadro sanitário, editou-se, no Brasil, a Portaria do Ministério da Saúde nº 188, de 3 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020), declarando emergência em saúde pública de importância nacional em decorrência da COVID-19. No dia 6 de fevereiro de 2020, veio a lume a Lei nº 13.979, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, regulamentada pela Portaria do Ministério da Saúde nº 356/2020 (BRASIL, 2020). Em seguida, a OMS, no dia 11 de março de 2020, declarou estado de pandemia do coronavírus (MOREIRA; PINHEIRO, 2020) e a Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020, alterou a Lei nº 13.979/2020 para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia (BRASIL, 2020).

O Brasil passou a adotar medidas de distanciamento social indispensáveis à contenção do avanço da doença. Trata-se de fato administrativo que, no âmbito da Administração Pública, resultou na adoção, dentre outros, do trabalho remoto nas atividades compatíveis com essa ferramenta, esvaziando-se grande parte das repartições públicas. Este cenário, caracterizado pela redução ou suspensão dos serviços prestados presencialmente nos órgãos públicos, atingiu a prestação de serviços terceirizados, como o de limpeza, telefonia, copeiragem, dentre outros.

Neste trabalho, objetiva-se, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, investigar como ocorreu a alteração dos contratos de terceirização diante da redução da demanda contratual ocasionada pela adoção do atendimento virtual à população e do trabalho remoto aos servidores públicos.

3 Os dados referentes ao número de casos confirmados de COVID-19, nos EUA, correspondem ao período de 20 de janeiro a 18 de agosto de 2020 e, no caso do Brasil, de 26 de fevereiro a 18 de agosto de 2020.

Diante desse cenário, o estudo propõe uma solução que, com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), prestigie o diálogo, os princípios da segurança jurídica, da vedação do enriquecimento sem causa, bem ainda que fortaleça o debate sobre a função social dos contratos na seara do Direito Administrativo.

Trata-se de tema atual, pouco explorado pela doutrina, que vem sendo vivenciado por gestores públicos, empresas terceirizadas e seus funcionários, inserindo-se em um excepcional caso de força maior que repercute nos contratos de terceirização de serviços contínuos.

2 PANORAMA SOBRE CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E O DIREITO AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Antes de tratarmos da terceirização no serviço público, convém conceituarmos contrato administrativo, apresentando uma breve distinção entre contratos administrativos e contratos privados.

Na lição de Carvalho Filho (2017, p. 178), contrato administrativo é o “ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”. O autor destaca que, ao contrário do que ocorre nos contratos privados, nos contratos administrativos o Poder Público goza de um princípio que sobrepõe seus interesses aos do particular:

Os contratos privados em geral traduzem um conjunto de direitos e obrigações em relação aos quais as partes se situam no mesmo plano jurídico. Não há supremacia de uma sobre a outra, e esse nivelamento está presente durante todo o curso do ajuste. O mesmo não se passa com os contratos administrativos, e isso é explicável pelo fato de que eles visam a alcançar um fim útil para a coletividade, e, além disso, deles participa a própria Administração. É lógico, então, que no conflito entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último. Não se pode deixar de reconhecer, em consequência, uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere à Administração posição de supremacia

em relação ao contratado. O mesmo se pode dizer dos tradicionais princípios romanos da imutabilidade unilateral dos contratos (*lex inter partes e pacta sunt servanda*), que sofrem notória mitigação quando se trata de contratos administrativos [...] (CARVALHO, 2017, p. 183).

O texto revela uma característica do direito administrativo brasileiro que é de prestigiar o interesse público, colocando-o em condição de supremacia em relação ao interesse privado. Por esse motivo, nos contratos em que celebra, a Administração Pública possui prerrogativas legais.

Para a doutrina, são espécies de contratos administrativos, dentre outras, i) contratos de obras, ii) contratos de serviços, iii) contratos de fornecimento (ou compras), iv) contratos de concessão e de permissão, v) alienações e locações (CARVALHO FILHO, 2017). Dentre essas espécies de contratos administrativos, a possibilidade de a Administração Pública delegar a terceiros algumas de suas atividades-meio ocorre nos contratos de serviços. Cite-se:

No que concerne aos contratos de serviços, é oportuno tecer breve consideração sobre a *terceirização* de atividades pela Administração. É inteiramente legítimo que o Estado delegue a terceiros algumas de suas *atividades-meio*, contratando diretamente com a sociedade empresária, à qual os empregados pertencem. É o caso dos serviços de conservação e limpeza e de vigilância. Aqui, trata-se de *terceirização lícita*. Vedado se afigura, entretanto, que delegue *atividades-fim*, como é o caso de funções institucionais e próprias dos órgãos públicos. Nesse caso, a Administração simula a intermediação de mão de obra, numa evidente contratação de locação de serviços individuais e, com isso, procede a recrutamento ilegal de servidores (*terceirização ilícita*) (CARVALHO FILHO, 2017, p. 187).

Terceirização não é em si uma modalidade de contrato administrativo. Trata-se da contratação, por determinada empresa, do trabalho de terceiros para o desempenho de atividade-meio, “sendo instrumento utilizado com frequência pelos setores públicos” (DI PIETRO, 2017, p. 398). Portanto, os contratos de terceirização restringem-se a atividades-meio do órgão público e consistem na contratação de uma pessoa jurídica, a qual, por sua vez, contratará os funcionários que, sob suas ordens, executarão, junto ao órgão contratante e sob fiscalização deste, os serviços pactuados. Sendo assim, sujeitam-se ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 e à Lei nº 8.666/93, sendo precedidos de licitação. A eles também são aplicáveis as cláusulas

las exorbitantes da Lei nº 8.666/93, assegurada a equação econômico-financeira do contrato.

Na doutrina administrativista, entende-se que, “no curso do contrato administrativo, a Administração Pública não deve simplesmente ficar totalmente alheia aos percalços pelos quais o contratado pode passar na execução do contrato” (ARAGÃO, 2013, p. 361). É a proteção da chamada equação econômico-financeira do contrato. Essa equação necessita de uma proteção para que a relação jurídica não seja onerosa ou injustificadamente benéfica para nenhuma das partes, principalmente, quando uma das partes possui a prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato, como é o caso do Poder Público. Trata-se, portanto, de uma garantia do contratante e do contratado, que encontra abrigo no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Alexandre Wagner Nester (2008) afirma que a equação econômico-financeira surge quando o contrato se adapta às condições e encargos exigidos pela Administração e às vantagens que o particular busca receber com a execução. Há, verdadeiramente, uma preocupação, que decorre da lei, com a segurança jurídica da relação contratual.

Em meio ao cenário pandêmico, os contratos vigentes poderão sofrer alterações tendo em vista as mudanças na rotina administrativa dos órgãos públicos. Por isso, é importante que o gestor e contratados estejam munidos de informação adequada para assegurarem a manutenção desses ajustes. Diante da diversidade de fatores que podem ensejar alteração de um contrato administrativo, podem ser citadas três formas de reequilíbrio contratual. São elas i) o reajuste, ii) a repactuação e iii) a revisão contratual (CARVALHO FILHO, 2017).

Reajuste e repactuação são comuns à prática administrativa. Para Justen Filho (2009, p. 1), reajuste diz respeito à “previsão contratual da indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos”. Significa, portanto, que o reajuste se justifica para garantir a atualização financeira do contrato, preservando o valor pactuado diante do fenômeno da inflação. Por sua vez, a repactuação, nos contratos de terceirização de serviços contínuos, “somente poderá ser efetivada após o período de 12 meses, e deverá

considerar a variação de custos devidamente comprovada pela parte contratada" (OLIVEIRA, 2020, p. 493). Assim, fica claro que a diferença entre reajuste e repactuação é que o primeiro é expressamente previsto em cláusula contratual e é aplicado automaticamente, conforme o que for ajustado no contrato, para preservar o seu valor, enquanto que a repactuação pressupõe a demonstração analítica, pelo contratado, de que houve variação dos componentes dos custos do contrato.

A revisão, por sua vez, é a forma de reequilíbrio que interessa ao presente estudo, pois ela decorre "da ocorrência de um fato superveniente, apenas suposto, mas não conhecido, pelos contratantes quando firmam o ajuste" (CARVALHO FILHO, 2017, p. 203). Trata-se de um direito do contratado e dever do poder público, que tem por finalidade assegurar a equação econômico-financeira do contrato diante de fatos supervenientes e imprevisíveis ou previsíveis, porém, de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajuste.

Frise-se que a revisão dos contratos administrativos decorre de lei, conforme se infere do art. 58, § 2º e do art. 65, II, "d" e §§ 5º e 6º, ambos da Lei nº 8.666/93. Desse modo, a revisão é aplicável independentemente de previsão no contrato administrativo. Citem-se os dispositivos legais:

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

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

[...]

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

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.

[...]

§ 5º 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.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

Verifica-se, portanto, que o legislador se preocupou em proteger, por razões sociais e econômicas, a equação financeira do contrato, protegendo o contratado de eventos imprevisíveis à época da celebração do ajuste ou previsíveis, mas com efeitos devastadores à relação contratual.

Com efeito, há uma série de elementos de insegurança que redundaram na elaboração de toda uma teoria do equilíbrio econômico do contrato administrativo (DI PIETRO, 2017, p. 321). Dentre tais elementos, destacam-se, além da força maior, os riscos (áleas): i) ordinária ou empresarial, ii) administrativa e iii) econômica, sendo este último assim definido por Di Pietro (2017, p. 322):

[...]

Álea econômica, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão; a Administração Pública, em regra, responde pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Como visto, a pandemia acarretou efeitos extraordinários e teve um alcance muito maior do que alguém poderia imaginar para caso fortuito ou força maior, tendo em vista que estabeleceu uma nova realidade no cotidiano de pessoas, de entidades e órgãos, públi-

cos e privados, e, inevitavelmente, repercutiu na execução dos contratos administrativos (LEAL; MARCONDES, 2020).

O cenário apresentado abriu horizontes para a atuação dos gestores públicos, tendo em vista a edição de regulamentos como medidas provisórias e leis que disciplinam essas relações contratuais. Sabe-se que toda relação jurídica tem algum risco e quando esse risco se torna realidade é necessária uma solução jurídica que busque amenizar seus efeitos para manter o negócio vigente por mais tempo até que se dissolva por conta própria.

3 A PANDEMIA COMO FORÇA MAIOR DO QUE AS MAIORES E SEUS EFEITOS NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO: UMA INTERPRETAÇÃO À LUZ DA LINDB

A expressão “força maior do que as maiores” foi cunhada por Egon Bockmann Moreira (2020) ao referir-se à pandemia da COVID-19 no Brasil. Pandemia é o termo utilizado para nomear uma situação em que uma doença ameaça a vida de muitas pessoas em todos os continentes ao mesmo tempo. Como afirma a Sociedade Brasileira de Medicina de Família e da Comunidade (SBMFC, 2020), a pandemia acontece “quando uma epidemia se estende a níveis mundiais, ou seja, se espalha por diversas regiões do planeta”.

No âmbito jurídico, uma pandemia, como a decorrente da COVID-19, corresponde a caso fortuito ou força maior. É o que se pode extrair do art. 393, parágrafo único, do Código Civil: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir” (BRASIL, 2002).

O surto da COVID-19 ocasionou impactos em escala global. A economia, a cultura, a política e toda a história mundial foram afetadas de alguma forma (FIOCRUZ, 2020). Muitos países precisaram reinventar suas relações jurídicas e a sociedade foi transformada de tal forma que, no mundo comercial, as empresas que já trabalhavam por meio da internet impulsionaram suas vendas e quem resistia ao

comércio digital agora dele faz uso. Por outro lado, as empresas que não eram adeptas ao comércio digital e que permaneceram nas práticas de pré-pandemia estão passando por uma queda brusca nos negócios (SOPRANA, 2020).

No Brasil, com a adoção do distanciamento social em todos os Estados da federação, observou-se o esvaziamento das repartições públicas, tendo em vista a adoção do regime de trabalho remoto aos servidores públicos. Diante desse cenário, o que fazer com os contratos de terceirização de serviços contínuos em face da redução ou da paralisação da prestação desses serviços?

Com efeito, o trabalho remoto revelou-se uma medida adequada diante da política de isolamento recomendada pelas autoridades sanitárias. No âmbito do Tribunal de Justiça de Rondônia (TJ/RO), o Ato Conjunto da Presidência (PR) e da Corregedoria Geral de Justiça (CGJ) do TJ/RO nº 009/2020, posteriormente alterado pelos Atos Conjuntos PR/CGJ nº 10/2020, 12/2020 e 18/2020, dispôs sobre um protocolo de medidas a serem tomadas durante a pandemia, prevendo, no seu art. 7º, que, “nas unidades que tramitam processos eletrônicos, as atividades judiciais e administrativas serão desenvolvidas preferencialmente em sistema de *home office* (execução de suas atividades a partir de casa) [...]”. Sem dúvida, a adoção do teletrabalho (*home office*), como implementado pelo TJ/RO, além de dar continuidade à prestação do serviço público, funciona como medida efetiva para diminuir os impactos da pandemia.

No âmbito do Poder Executivo Federal, foram expedidas recomendações, publicadas no sítio eletrônico Portal de Compras, que, em relação à diminuição do fluxo de servidores dos órgãos ou entidades decorrentes da execução de atividades de forma remota ou de expediente parcial (rodízio), orientam o gestor a suspender os serviços prestados pelas empresas terceirizadas ou reduzir o quantitativo até que a situação se regularize (BRASIL, 2020). Cite-se:

Recomendações COVID-19 - Contratos de prestação de serviços terceirizados

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:

[...]

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.

Também nesse sentido, a Procuradoria-Geral do Estado do Paraná (2020) recomendou, com a apresentação de minuta de termo aditivo contratual, que gestores, como medida temporária e excepcional, suspendessem, por, no máximo, 06 (seis) meses, os contratos de natureza contínua considerados não essenciais, devendo aquela Administração Pública, de acordo com seus critérios de oportunidade e conveniência, estabelecer prazo razoável e compatível com a situação de emergência de saúde pública decorrente da COVID-19.

De fato, gestores públicos, empresas contratadas e funcionários terceirizados foram surpreendidos com essa mudança abrupta da rotina contratual, na qual somente as atividades realmente essenciais foram mantidas e em escala mínima. Todavia, a suspensão dos contratos com empresas terceirizadas prestadoras de serviços contínuos não parece ser uma solução adequada.

De início, frise-se que a suspensão desses contratos, se adotada, deve ser baseada em prévio diálogo, considerando não só os efeitos jurídicos da decisão, mas os sociais e econômicos. Para Niebuhr (2020), existem dois vetores que precisam de atenção: o social e o econômico. Segundo o autor, a grande consequência de uma rescisão contratual pode gerar o desemprego de milhares de pessoas, uma vez que a empresa terceirizada não tem mais vínculo com a Administração Pública. O segundo vetor é a economia. A administração não possui recursos suficientes para manter todos os seus contratos, então, os de caráter essencial estão sendo mantidos e os de menor relevância, apesar de todos serem importantes de alguma forma, sofrem decisões drásticas. Ainda de acordo com Niebuhr (2020), a solução é encontrar o ponto de equilíbrio entre essas matérias, podendo o método dialógico ser muito eficaz.

Como afirma Di Pietro (2017, p. 47), “o consenso tem o mérito de reduzir o lado autoritário da administração pública, contribuindo para a sua democratização”. Para a doutrinadora, “a tendência

para a consensualidade se insere como uma das formas de expressão da democratização da Administração Pública” (DI PIETRO, 2017, p. 47). O diálogo, inegavelmente, constitui comportamento que fortalece o espírito democrático proclamado pela Constituição Federal e oportuniza, ao contratado, o direito de participar do processo decisório.

Nessa linha, o Governo Federal, conforme recomendações divulgadas no seu Portal de Compras, entende possível a negociação com a empresa prestadora de serviços para a adoção das 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 (BRASIL, 2020).

O gestor também pode valer da norma do art. 3º, § 3º, da Lei nº 13.979/2020, que considera, como falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada, o período de ausência decorrente das medidas previstas naquela lei, como o isolamento e a quarentena. Por isolamento e quarentena, o art. 2º, I e II, da Lei nº 13.979/2020 apresenta a seguinte definição:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Moreira (2020) defende que não se pode pensar em soluções pré-concebidas e genéricas. A ideia é que a lei traga um fundamento normativo, privilegiando instrumentos consensuais. Esse método deve estar voltado para a pandemia, e cabe ao gestor analisar os

limites do novo regime a fim de evitar a desnaturalização do objeto contratual e avaliar se a aplicação do regime extraordinário se dissolverá com o fim da calamidade pública ou dos seus efeitos.

No contexto da pandemia da COVID-19, se a empresa particular não conseguir cumprir com seus encargos alocados pela matriz de riscos, provavelmente, entrará em colapso. Pensar que cada um está por sua própria conta e risco pode acelerar uma catástrofe econômica e social, sendo importante que a Administração Pública reafirme seus laços junto a atores da iniciativa privada.

Em casos assim, pode ser aplicado o Decreto-Lei nº 4.657/1942, que é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), norma que estabelece parâmetros para interpretação e aplicação do direito pátrio, cujo art. 26 prevê, em casos de incerteza jurídica na aplicação do direito público, a realização de acordo entre Administração Pública e interessados:

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.

Sabe-se que a manutenção de pagamentos à empresa, sem a contraprestação do serviço, pode gerar um questionamento sobre enriquecimento sem causa e essa situação deve incomodar o gestor. Por outro lado, todos, Poder Público e empresas terceirizadas, foram surpreendidos pela crise sanitária desencadeada pela pandemia COVID-19.

Sob uma conjunção de incertezas, há que se falar também da responsabilização que podem surgir devido a irregularidades relacionadas a medidas adotadas no contexto da pandemia. Sobre esse assunto, dispõe o art. 1º, incisos I e II, da Medida Provisória (MP) nº 966/2020:

Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

Como visto, essa norma admite a responsabilização apenas do gestor que age com dolo ou erro grosseiro. Vale dizer que o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento cautelar das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6248 e 6431, conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP nº 966/2020, estabelecendo que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de *standards*, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção (STF, 2020). No mesmo julgado, o STF também conferiu interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP nº 966/2020 para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção (STF, 2020).

O STF, portanto, restringiu o tratamento conferido pela MP nº 966/2020, definindo critérios objetivos para aferir-se a caracterização do chamado erro grosseiro pelo gestor público. Sobre o tema, Binenbojm e Dionísio (2020) entendem que, em tais circunstâncias, deve haver certa tolerância diante desses erros, uma vez que o cenário atual demanda soluções imediatas, inovadoras e válidas, sendo necessário que se evite a omissão administrativa.

A magnitude desses impasses exige atitudes firmes e rápidas para evitar problemas ainda maiores. Ocorre que a situação reclama uma certa inovação na tomada de decisões da área pública e isso causa desconforto ao gestor pelo fato de que, quando se inova, a presença de erros é mais constante. Quanto mais incerta é a interpre-

tação de uma norma, maior é o cometimento de equívocos decisórios. No final, as decisões tomadas se tornam lentas e ineficazes.

Sabe-se que pleitos de revisão contratual, especialmente quando provocados pelo contratado, submetem o gestor público a um grande dilema, pois, inevitavelmente, sua decisão levará em conta eventual necessidade de, no futuro, justificar o seu ato junto a órgãos controladores.

Diante desse cenário, Villela Souto (*apud* MASCARENHAS, 2016) dizia que, na dúvida, dorme tranquilo quem indefere. Trata-se de uma realidade ainda hoje existente e que gera o engessamento das práticas administrativas de gestores públicos brasileiros, que encontram na burocracia estatal a segurança para não serem submetidos a processos de responsabilidade. Os efeitos negativos, sem dúvida, são o esvaziamento de práticas inovadoras.

Por isso, revela-se de fundamental importância a LINDB, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018, cujo art. 22 prevê que, “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”. Com essa nova redação, foram estabelecidos parâmetros normativos que conferem maior segurança jurídica, confiabilidade e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público, além de assegurar mais racionalidade nas decisões do poder público. Prevê, também, no § 1º do art. 22 da LINDB que, no caso de decisão sobre a regularidade de conduta ou validade, dentre outros, de contratos, “serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

Desse modo, o gestor público passa a encontrar, na LINDB, uma garantia para decidir, inclusive de forma inovadora, apesar dos dilemas, obstáculos e reais dificuldades com as quais convive ao decidir. Cabe ao gestor, porém, estar atento para as consequências práticas de suas decisões, demonstrando que tais consequências foram avaliadas, evitando motivações vazias, genéricas, meramente retóricas, sem a devida análise do caso concreto e de suas repercussões.

Vale frisar que o art. 23 da LINDB prevê balizas de segurança jurídica na fixação de nova interpretação ou orientação advinda de decisão administrativa, controladora ou judicial, devendo ser levada em consideração a interpretação legal vigente à época em que os atos foram produzidos. Cite-se:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Assim, eventual mudança de interpretação deve ter aplicação no futuro, estabelecendo-se um regime de transição. Com isso, preserva-se a segurança jurídica na gestão da coisa pública.

Além do mais, como já ressaltado, a LINDB fortalece a Administração dialógica ao prever, no seu art. 26, que, como medida para eliminar incertezas jurídicas ou situação contenciosa na aplicação do direito público, “a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico [...], e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados [...]”.

Com efeito, bem ressalta Luciano Ferraz (2020, p. 2) que “a Administração Pública se vincula a fins e não a meios. A ideia de finalidade é um *fastpass* para a solução dos problemas práticos”.

As citadas normas da LINDB são fundamentais na interpretação e no agir da Administração Pública diante do cenário da pandemia da COVID-19. Trata-se de força maior que surpreendeu a todos dada a urgência na adoção das mudanças recomendadas pelas autoridades sanitárias, como a quarentena e o isolamento social. A gestão dos órgãos públicos, porém, não parou, e contratos que, antes, eram indispensáveis passaram a não ter a mesma necessidade. Nesses casos, as decisões tomadas para evitar pagamentos indevidos sem, ao mesmo tempo, comprometer a continuidade da relação contratual, desde que razoáveis, dialógicas, devidamente motivadas e eticamente produzidas, encontram na LINDB um ancorador normativo.

4 CONCLUSÃO

Em tempos de pandemia, não se pode pensar que todo o ônus dos contratos deve ser alocado a uma parte. As empresas contratadas foram igualmente surpreendidas com a nova realidade. Apesar de haver uma matriz de risco instituída na celebração do contrato, é evidente que a força maior que atingiu o planeta possui excepcionalidade que a torna singular: as pessoas, empresas e governos do mundo foram submetidas a uma convivência baseada em novos paradigmas.

A suspensão dos contratos administrativos de prestação de serviços contínuos, embora medida viável juridicamente, pode não ser a melhor solução sempre que possível a adoção de decisão menos restritiva à sobrevivência da empresa contratada e ao asseguramento da dignidade dos seus funcionários e familiares. Nesse ponto, cabe frisar que a Constituição consagra os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 1º, IV).

Além do mais, por expressa previsão legal (Lei nº 8.666/93, art. 58, § 2º e do art. 65, II, "d" e §§ 5º e 6º), a revisão contratual, que assegura a equação econômica do contrato em casos de eventos imprevisíveis ou previsíveis, mas de efeitos incalculáveis, constitui direito do contratado e dever do Estado.

Com efeito, a responsabilidade social não pode ser afastada da relação contratual. A LINDB prevê, em seu art. 5º, que, na aplicação da lei, devem ser atendidos os fins sociais a que a lei se dirige e as exigências do bem comum. Por isso, o diálogo é recomendado ao gestor a fim de encontrar solução que, ao tempo em que assegure a condução responsável da coisa pública, não desampare empresas, funcionários e suas famílias neste momento tão singular da humanidade.

Assim, diante de incertezas jurídicas, como as decorrentes do atual momento, a LINDB incentiva o diálogo entre Administração Pública e interessados, democratizando-se o processo decisório e fomentando a adoção de medidas menos restritivas aos direitos das empresas e pessoas envolvidas.

Como proposta, sugere-se prestigiar, sempre que possível, a continuidade da execução dos trabalhos pelos funcionários terceirizados, seja mediante sobreaviso seja de forma remota, quando possível, excluindo-se, conseqüentemente, o pagamento do vale-transporte, uma vez que não haverá o deslocamento diário à sede do órgão. Com isso, assegura-se a sobrevivência da empresa e, principalmente, a proteção dos funcionários terceirizados e de suas famílias contra o desemprego ou a redução de salários.

Não há dúvida de que com a pandemia, apesar dos danos causados à saúde pública global e às economias, surgiram condições para o aprimoramento, como também para um modelo de Administração Pública tecnológica. Mas, por outro lado, é extremamente necessário, para o bom funcionamento, que a Administração valorize o diálogo, sem deixar de zelar pela proteção do interesse público e pela ética na condução de processos e na tomada de decisões.

Nesse ponto, diante de incertezas jurídicas decorrentes da pandemia, a LINDB, nos seus artigos 22, 23 e 26, proporciona segurança jurídica ao gestor para, de forma razoável e devidamente fundamentada no caso concreto, aprimorar o diálogo na busca de soluções mais justas, com a avaliação cuidadosa de suas conseqüências, considerados, para tanto, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, sem que haja prejuízo aos direitos dos administrados.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BINENBOJM, Gustavo; DIONÍSIO Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público e a covid-19 em contextos de emergência. *Conjur*, São Paulo, 4 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/opiniaao-direito-erro-administrador-publico-covid-19>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. *Portaria do Ministério da Saúde nº 188, de 3 de fevereiro de 2020*. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Portaria do Ministério da Saúde nº 356, de 11 de março de 2020*. Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) as disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Medida provisória nº 926, de 20 de março de 2020*. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-926-de-20-de-marco-de-2020-249094248>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Medida provisória nº 966, de 13 de maio de 2020*. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. Recomendações COVID-19 - Contratos de prestação de serviços terceirizados. *Portal de Compras*. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1270-recomendacoes-covid-19-servicos-terceirizados>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão Liminar nas ADIs nº 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6248 e 6431*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIB, Simone Faury; SILVA, Neusa Cardim (Org). *Roteiro para apresentação das teses e dissertações da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: UERJ, Rede Sirius, 2012.

FERRAZ, Luciano. *Contratos administrativos e flexibilidade em tempos de Covid-19*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/luciano-ferraz-contratos-administrativos-flexibilidade>. Acesso em 07 ago. 2020.

FILHO, Marçal Justen. *Repactuação e Reajuste nos Contratos de Serviços Contínuos da Administração Indireta*. Disponível em: <http://justenfilho.com.br/artigos/repactuacao-e-reajuste-nos-contratos-de-servicos-continuos-da-administracao-indireta/>. Acesso em 01 jun. 2020.

Impactos sociais, econômicos, culturais e políticos da pandemia. *Fiocruz*, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/impactos-sociais-economicos-culturais-e-politicos-da-pandemia>. Acesso em: 26 mai. 2020.

LEAL, Augusto; MARCONDES, João Cláudio. A relação entre coronavírus e caso fortuito ou força maior. *Migalhas*, Ribeirão Preto, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322679/a-relacao-entre-coronavirus-e-caso-fortuito-ou-forca-maior>. Acesso em: 24 maio 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MANZANO, Fábio. Doença provocada pelo novo coronavírus é batizada de Covid-19 pela OMS. *G1 Online*, São Paulo, 11 fev. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/02/11/oms-da-nome-a-doenca-provocada-pelo-novo-coronavirus-covid-19.ghtml>. Acesso em: 13 jul. 2020.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o ato administrativo. *Direito do Estado*, Salvador, 01 nov. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/o-medo-e-o-ato-administrativo>. Acesso em: 09 de ago. 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos. *Jota*, São Paulo, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-de-concessao-forca-maior-extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020>. Acesso em: 27 maio 2020.

MOREIRA, Herivelto; CALEFFE, Luiz Gonzaga. *Metodologia da pesquisa para o professor pesquisador*. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

NESTER, Alexandre Wagner. A tutela ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 17, jul. 2008. Disponível em: <https://www.justen.com.br/a-tutela-ao-equilibrio-economico-financeiro-do-contrato-administrativo/>. Acesso em: 30 maio 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O que fazer com os contratos administrativos em tempos de coronavírus? *Zenite*, Curitiba, 1º abr. 2020. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-que-fazer-com-os-contratos-administrativos-em-tempos-de-coronavirus/#>. Acesso em: 31 maio 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Método, 2020.

OMS declara pandemia de coronavírus: o que isso significa? *Sociedade Brasileira de Medicina de Família e Comunidade (SBMFC)*, Rio de Janeiro, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.sbmfc.org.br/noticias/oms-declara-pandemia-de-coronavirus-o-que-isso-significa/>. Acesso em 15 jul. 2020.

Painel do WHO Coronavirus Disease (COVID-19). *OMS*, 9 ago. 2020. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 18 ago. 2020.

PARANÁ. Procuradoria-Geral do Estado. *Minuta de termo aditivo. Suspensão temporária e excepcional – contratos de serviços contínuos*. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-04/anexo03_resol076de2020_pdfminutatermoativo_suspensaotemporariacontratoservicoscontínuos.pdf. Acesso em 07 ago. 2020.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça. *Ato Conjunto nº 09/2020-PR/CGJ*. Institui o Protocolo de Ação e as medidas a serem adotadas na prevenção ao contágio pelo coronavírus (Covid-19) no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Rondônia diante da classificação de pandemia pela Organização Mundial de Saúde e dá outras providências. Disponível em: https://www.tjro.jus.br/images/Ato_Conjunto_n._009-2020-PR-CGJ-Covid-19_-_Consolidado.pdf. Acesso em 12 ago. 2020

A ALTERAÇÃO DOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS EM TEMPOS DE PANDEMIA:
UM ESTUDO A PARTIR DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)
AMENDMENT TO AGREEMENTS FOR OUTSOURCING CONTINUOUS SERVICES DURING THE PANDEMIC: A
STUDY BASED ON THE LAW OF INTRODUCTION TO BRAZILIAN LEGAL RULES (LINDB)

169

SOPRANA, Paula. Pandemia força mudança no comércio online brasileiro. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 18 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/pandemia-forca-mudanca-no-comercio-online-brasileiro.shtml>. Acesso em: 26 maio 2020.