



Parecer em Consulta 00004/2020-4 - Plenário

DOEL-TCEES 4.5.2020 – Edição nº 1606

Processo: 02106/2020-5

Classificação: Consulta

UG: PMJN - Prefeitura Municipal de João Neiva

Relator: Domingos Augusto Taufner

Consulente: OTAVIO ABREU XAVIER

**CONSULTA – PREFEITURA MUNICIPAL DE JOAO
NEIVA – CONHECER – RESPONDÊ-LA
CONSIDERANDO SUA APLICAÇÃO
EXCLUSIVAMENTE NO CONTEXTO DA SITUAÇÃO
EXCEPCIONAL DE PANDEMIA DO COVID 19 E AS
PREMISSAS ESTABELECIDAS - ARQUIVAR.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

RELATÓRIO

Versam os presentes autos Consulta formulada pelo Sr. Otavio Abreu Xavier, Prefeito Municipal de João Neiva, solicitando resposta acerca dos seguintes questionamentos:

- 1) É possível a rescisão de contratos administrativos de designação temporária, antes do prazo final, baseando-se na conveniência administrativa, considerando as dificuldades financeiras derivadas da queda de arrecadação?

- 2) Em não sendo possível, mostra-se viável a manutenção dos salários dos servidores contratados temporariamente, mesmo não havendo efetiva prestação de serviço, já que não se mostra possível o trabalho remoto?
- 3) É possível a suspensão por prazo determinado de contratos administrativos de designação temporária, mesmo não havendo dispositivo legal na lei que rege tal espécie de contratação, utilizando-se, por analogia o artigo art. 79 S 5^o da Lei 8666/93.
- 4) É possível a proposição de projeto de lei, modificando a legislação local que rege as contratações temporárias, prevendo a hipótese de suspensão do contrato, caso não seja possível a utilização do art. 79 S 5^o da lei 8666/93, por analogia?
- 5) É possível a manutenção dos contratos administrativos de servidores em designação temporária, pagando-se apenas parte da remuneração dos profissionais? Nesse caso, mostra-se necessário o envio de projeto de lei a Câmara Municipal?
- 6) No caso de servidores comissionados, sendo a contratação de natureza "ad nutum" nos termos do artigo 37, inciso II da Constituição Federal, seria possível a exoneração para contenção de despesas, mesmo em meio a emergência em saúde pública de nível mundial?
- 7) No caso de serviços terceirizados, incluindo o fornecimento de mão de obra, em havendo a paralisação parcial da prestação de serviços, mostra-se possível a redução monetária contratual? Qual o percentual de serviço e percentual monetário possíveis de redução? Pode haver a suspensão ou rescisão desses contratos? Caberia alguma indenização do contratado?

8) No caso de serviços terceirizados, incluindo o fornecimento de mão de obra, em não havendo paralisação ou redução da prestação de serviços, mostra-se possível a redução monetária contratual? Qual o percentual monetário possível de redução?

A Consulta veio acompanhada de parecer jurídico elaborado pela Ilma. Procuradora Geral do município, sem opinamento conclusivo, segundo a procuradora em razão da atual situação de emergência na saúde pública não possuir precedentes que pudessem ser usados como parâmetros, motivo pelo qual opinou pela realização da presente consulta no intuito de basear as decisões administrativas municipal.

Em seguida, os autos foram ao Núcleo de Jurisprudência e Súmula – NJS para prestar informações acerca da existência de jurisprudência, prejudgado ou decisões reiteradas desta Corte de Contas que abordem o tema, objeto da Consulta. Instada a se manifestar, concluiu:

Ante o exposto, nos termos do artigo 445, inciso III, do RITCEES, concluiu informando a inexistência de deliberação no âmbito desta Corte sobre os temas tratados nos **itens 01 a 06** da presente consulta. Contudo foram identificadas deliberações que abordam parcialmente o tema tratado nos **itens 07 e 08**, podendo ser apontados os **Pareceres em Consulta TC 006/2012 e 006/2003**, expostos no tópico anterior.

Por conseguinte, os autos foram encaminhados ao Núcleo de Recursos e Consultas – NRC para instrução, nos termos do art. 235, §1º do RITCEES.

O NRC por intermédio da Instrução Técnica de Consulta 15/2020-2, evento 06 dos autos, opinou por respondê-la nos seguintes termos:

1) É possível a rescisão de contratos administrativos de designação temporária, antes do prazo final, com base na conveniência administrativa, que deve ser demonstrada por meio

de motivação que compreenda a impossibilidade de todas as formas de prestação de trabalho, o impacto na arrecadação sofrido pelo ente, e a impossibilidade de utilização dos recursos do Fundeb.

2) É possível a manutenção dos contratos e, conseqüentemente, dos salários dos servidores contratados temporariamente, mesmo não havendo efetiva prestação de serviço, considerando-se os dias de serviço não prestado como faltas justificadas, na forma do art. 3º, §3º, Lei 13.979/2020, e em homenagem aos princípios constitucionais econômicos e sociais.

3) Não é possível a suspensão por prazo determinado de contratos administrativos de designação temporária utilizando-se de analogia com a Lei 8.666/93, uma vez que a Lei de Licitações e Contratos regula contratações de natureza diversa e por força da norma geral disposta no art. 3º, parágrafo único, Medida Provisória 936/2020, que veda a aplicação do instituto da suspensão temporária do contrato de trabalho à Administração Pública.

4) Não é possível a suspensão por prazo determinado de contratos administrativos de designação temporária utilizando-se lei local, por força da norma geral disposta no art. 3º, parágrafo único, Medida Provisória 936/2020, que veda a aplicação do instituto da suspensão temporária do contrato de trabalho à Administração Pública.

5) Não é possível a redução da remuneração paga em razão de contratos administrativos de designação temporária utilizando-se lei local, por força da norma geral disposta no art. 3º, parágrafo único, Medida Provisória 936/2020, que veda a

aplicação do instituto da redução proporcional de jornada de trabalho e de salários d à Administração Pública.

6) É possível a exoneração de servidores ocupantes de cargo em comissão mesmo durante a pandemia, devendo a Administração Pública avaliar a conveniência e oportunidade da medida.

7) É possível a redução do valor do contrato, em razão de itens que são gerenciáveis, ou seja, ajustáveis conforme a efetiva prestação do serviço, efetivada por meio de acordo entre as partes.

Se a redução for feita unilateralmente pela Administração, deve ser observado o limite de 25% do valor do contrato (e 50% no caso de reformas) (art. 65, I, “b”, e §1º, da Lei 8.666/93); se houver acordo entre os contratantes, não há limitação para o valor da redução (art. 65, §2º, II, Lei 8.666/93).

Os contratos de terceirização podem ser rescindidos na forma do art. 78, da Lei 8.666/93, e suspensos na forma dos arts. 8º, parágrafo único, 57, §1º, II, 78, XIV, art. 79, §5º, da Lei 8.666/93. O administrador deve ponderar a conveniência, oportunidade, e proporcionalidade das medidas, considerando a transitoriedade da situação, a possibilidade de retomada dos contratos, e a necessidade de proceder à nova licitação.

No caso de rescisão ou suspensão dos contratos, é devida indenização ao contratado na forma do art. 79, §2º, Lei 8.666/93. A utilização desses instrumentos deve considerar a possibilidade de a empresa utilizar os mecanismos das MPs 927/2020 e 936/2020.

A Administração pode também, em vez de rescindir ou suspender os contratos, buscar uma solução negociada com as empresas ou utilizar a orientação do governo federal de pagar os salários dos colaboradores da empresa, descontando o vale transporte e o tíquete alimentação, conforme os Pareceres 106/2020/DAJ/SGCS/AGU e 310/2020/CONJUR-MEC/CGU/AGU, da AGU.

8) Os contratos de terceirização que continuarem a ser prestados podem ter seus valores reduzidos com base na redução dos valores dos itens gerenciáveis e na revisão contratual para efetivar o reequilíbrio econômico-financeiro (art. 65, II, “d”, Lei 8.666/93). Não há percentual limitador para essas hipóteses.

9) Recomenda-se o diálogo entre os jurisdicionados deste TCE-ES na busca da solução mais adequada.

O Ministério Público de Contas, em Parecer 1667/2020, de lavra do Excelentíssimo Procurador Dr. Luís Henrique Anastácio da Silva, acompanhou o posicionamento técnico, anuindo aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na ITR 15/2020.

É o relatório. Passo a fundamentar.

FUNDAMENTAÇÃO

Antes de adentrarmos ao mérito, preliminarmente, cabe a análise dos requisitos de admissibilidade.

O artigo 122, §1º, da Lei Complementar nº 621/2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – LOTCEES), estabelece as formalidades que a consulta deve atender para ser admitida, assim dispondo:

Art. 122.

§ 1º. A consulta deverá conter as seguintes formalidades:

- I. Ser subscrita por autoridade legitimada;
- II. Referir-se à matéria de competência do Tribunal de Contas;
- III. Conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;
- IV. Não se referir apenas a caso concreto;
- V. Estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente.

No tocante ao requisito constante do artigo supracitado, inciso I, observa-se que a definição de autoridade competente para fins de formular a consulta nesta Corte, encontra suas balizas definidas nos incisos I a VII, do caput do próprio art. 122, que estabelece:

Art. 122. O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

- I. Governador do Estado e **Prefeitos Municipais**;
- II. Presidente da Assembleia Legislativa e de Câmaras Municipais;
- III. Presidente do Tribunal de Justiça e Procurador Geral de Justiça;
- IV. Procurador Geral do Estado e Defensor Público Geral do Estado;
- V. Secretário de Estado;
- VI. Presidente das Comissões Permanentes da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais;
- VII. Diretor presidente de autarquia, fundação pública, empresa estatal e de sociedade de economia mista, cujo controle societário pertença ao Estado ou aos Municípios. **Negrito nosso.**

Desta forma, tendo sido a consulta formulada pelo Prefeito Municipal de João Neiva e estando a autoridade devidamente qualificada nos autos, constando seu nome legível e a respectiva assinatura, entendo atendido o primeiro requisito.

Quanto à matéria suscitada, entendo que há pertinência com a atuação desta Corte de Contas, conforme preceitua o artigo 122, §1º, II, eis que a questão ventilada diz respeito a rescisão/suspensão de contratos administrativos, bem como tema afeto à questão de pessoal envolvendo remuneração de servidores decorrente da situação de emergência na saúde pública pela pandemia do coronavírus.

Além dos requisitos já analisados, o tema ora em debate possui relevância jurídica, econômica e social, restando atendido o disposto no artigo 122, §2º, da Lei Orgânica desta Corte, que assim dispõe:

Art. 122. (...)

§ 2º. Além dos requisitos objetivos, o conhecimento da consulta dependerá da relevância jurídica, econômica, social ou da repercussão da matéria no âmbito da Administração Pública, com conteúdo que possa ter reflexos sobre a Administração direta e indireta do Estado ou dos Municípios.

Também verifico ter sido apontada na Consulta a indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada de forma abstrata, concluindo-se que a consulta não se refere exclusivamente a caso concreto, nos termos do artigo 122, §1º, inciso IV, da Lei Orgânica desta Corte.

Os presentes autos vieram também instruídos com o parecer da assessoria jurídica do órgão da autoridade consulente, que embora não conclusivo atendeu o requisito formal do envio, o que neste momento, comporta a flexibilização para aceitá-lo entendendo pelo preenchimento do requisito.

Por essas razões, acompanho o corpo técnico e **conheço** da consulta.

Quanto ao mérito, versa a consulta a respeito da possibilidade de rescisão, suspensão e/ou prorrogação dos contratos administrativos, decréscimos no percentual de execução do objeto e valores, bem como exoneração de servidores comissionados, dada a situação de extrema relevância econômica e social em que tem enfrentado o país, com a pandemia do Coronavírus e conseqüentemente tem sido adotadas medidas para evitar a propagação como suspensão de atividades, restrição ao funcionamento do comércio, dentre outras, que fatalmente refletem nas contas públicas.

Diante deste fato, o consulente formulou diversos questionamentos que passam a ser elucidados nesta oportunidade, no entanto, cumpre mencionar que por ser uma situação atípica as conclusões e respostas aqui aventadas são pertinentes para este momento, não sendo aplicáveis às situações de normalidade.

Essa foi uma preocupação verificada na análise efetivada pela equipe técnica, em sua Instrução Técnica de Consulta, em que antes de adentrar ao mérito, tratou de estabelecer algumas premissas que devem ser consideradas, as quais entendo indispensável na análise e aplicação das orientações dadas e devem ser parte integrante deste parecer consulta:

Considerando, então, a peculiaridade do momento em que esta consulta é proposta e respondida, é necessário estabelecer as premissas desta análise:

1. As orientações jurídicas que são dadas nesse contexto não devem ser extrapoladas a outras situações, estando adstritas ao enfrentamento do coronavírus e dos seus efeitos econômicos.

Dado o momento atípico que estamos vivenciando, a aplicação do Direito deve se amoldar às exigências das circunstâncias. Por exemplo, se antes da pandemia, uma ponderação de princípios faria prevalecer um determinado princípio sobre outro, neste momento, o peso pode se inverter. Isso não significa abandonar a legislação e os preceitos jurídicos, subvertendo a ordem jurídica posta, mas interpretá-los à luz desses eventos peculiares. Nesse passo, vale

recordar da lição de Miguel Reale¹ que o Direito se sustenta na tríade *fato*, valor e norma. Por isso, não obstante o caráter normativo da consulta, a tese fixada somente valerá para a conjuntura atual.

2. *As respostas da consulta podem se tornar obsoletas em razão de alterações legislativas.*

Como será visto adiante, algumas das respostas formuladas têm como parte de sua fundamentação medidas provisórias (MPs) editadas no mês em que elaborada essa consulta. Além da provisoriedade inerente às MPs, que vulnera a estabilidade das respostas que nelas se baseiam, este momento, particularmente, faz com que as respostas fiquem ainda mais limitadas. Nas últimas semanas, foram editadas, para regular os efeitos causados pelo coronavírus, diversas MPs, e outras novas podem sê-lo, além da possibilidade da edição de leis temporárias e excepcionais. Consequentemente, algumas respostas ou parte delas podem não ser mais aplicáveis diante de novos instrumentos legislativos. Isso deve ser levado em conta no entendimento desta análise e na interpretação do Parecer-Consulta.

3. *Como a consulta tem caráter geral, mas o coronavírus afeta cada ente de forma desigual, a resposta às perguntas somente pode indicar caminhos a serem seguidos. Independentemente por qual caminho o administrador optar, deve haver profunda motivação dos atos.*

Embora o vírus se propague por vias aéreas e pelo contato humano, fazendo com que nenhum local esteja a salvo (diferentemente de doenças que dependem de certas condições climáticas, por exemplo), os efeitos da crise de saúde e econômica não serão idênticos em todas as localidades. Há muitas variáveis envolvidas, como a quantidade de pessoas infectadas na região e a capacidade do sistema de saúde local de atender casos. Além disso, o conforto orçamentário dos órgãos e entidades também é diferente. Haja vista essas variações, não é possível formular uma resposta em tese válida para todos os jurisdicionados desta Corte, senão traçar caminhos possíveis que devem ser seguidos a depender da situação específica de cada órgão. Porque há grande variabilidade, é possível (pelo menos, em tese) que uma situação que seja perfeitamente aceitável quanto a um jurisdicionado não seja tão adequada a outro. Não é necessário nem desejável que todos os entes ajam da mesma maneira.

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. Saraiva: 27 ed. São Paulo, 2002.

A fim de minimizar questionamentos sobre as escolhas adotadas, os administradores devem dar maior ênfase à motivação dos seus atos, não sendo aceitável a mera menção genérica ao coronavírus. As decisões devem ser consubstanciadas, por exemplo, com dados concretos sobre os casos de coronavírus no município, a comprovação da queda na arrecadação, o impacto (em números) no orçamento público. Enfim, todos os fundamentos concretos das decisões têm de integrar a motivação dos atos. Em suma, é imprescindível a especificação dos efeitos do coronavírus no local e sua pertinência com a conduta adotada, sob pena de o ato ser tido por irregular e até mesmo abusivo.

4. *As respostas às perguntas podem ser insatisfatórias em relação a alguns aspectos jurídicos, uma vez que, em linhas gerais, essa consulta trata de situações que na Teoria da Argumentação Jurídica são chamados de casos trágicos.*

De acordo com Manuel Atienza²:

um caso pode ser considerado trágico quando, com relação a ele, não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral [...]. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema.

Na situação do coronavírus, o conflito entre princípios é frequentemente grave, tornando as escolhas especialmente difíceis. Em qualquer direção que se decida, nenhuma solução será verdadeiramente boa, sendo sempre, de certo modo, insuficiente, por não conseguir materializar todos os princípios.

5. *Embora nem sempre sejam expressamente mencionados na análise de cada pergunta, os princípios constitucionais sociais e econômicos, bem como as exigências interpretativas do bem comum perpassam todas as respostas da presente análise.*

O enfrentamento do coronavírus acentua o papel do Estado como provedor, e, conseqüentemente, os direitos fundamentais de segunda geração. Isso é evidenciado quando se utilizam analogias à guerra (“economia de guerra”, “estamos em guerra contra um inimigo invisível”), na medida em que esse papel do Estado e esses

² ATIENZA, Manuel *apud* MONTEIRO, Matheus Vidal Gomes. O caso concreto em si mesmo: nem fácil, nem difícil, nem trágico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-01/diario-classe-concreto-si-mesmo-nem-facil-nem-dificil-nem-tragico>>. Acesso em 26/04/2020.

direitos surgem após a I Guerra Mundial, como o destaca a Constituição de Weimar de 1919. Nesses momentos agudos de crise, são enfatizados os princípios e os objetivos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da proteção e valorização social do trabalho humano, da irredutibilidade de salários, da busca do pleno emprego, o desenvolvimento nacional, da promoção do bem de todos, conforme arts. 1^{o3}, 3^{o4}, e 170⁵, da CF.

Além de observar os princípios constitucionais expressos, a interpretação jurídica deve ser ainda mais zelosa. Assim, atravessam a presente análise as disposições da LINDB sobre a necessidade de se atender às exigências do bem comum na aplicação da lei (art. 5^{o6}) e de se considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo na interpretação de normas sobre gestão pública (art. 22⁷).

6. O fato de a literalidade da lei permitir determinado ato administrativo não significa que ele sempre refletirá a melhor decisão no caso concreto.

Como se verídica da formulação das perguntas, paira sobre a consulta uma predisposição a rescindir, suspender, extinguir, exonerar. Essa inclinação pode ser explicada pela necessidade de desonerar os cofres públicos e pelo temor de penalização pelo pagamento de serviços sem a contraprestação ou contrapartida a menor.

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VIII - busca do pleno emprego;

⁶ Art. 5o Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁷ 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.

Quanto a esse último aspecto, os administradores podem ter em mente que este TCE-ES, na avaliação dos atos administrativos adotados durante a crise do coronavírus, irá considerar as circunstâncias, como preceitua o art. 22, §1º, LINDB⁸. Portanto, esse temor não precisa pautar as decisões dos administradores que motivarem seus atos.

Em relação à desoneração do erário por meio de extinções contratuais, exonerações etc., tem-se que a postura de enfrentamento da crise financeira deve ser encarada de forma diferente. Isto é, se a preocupação que atravessa toda a Administração Pública nesse momento é como manejar suas limitações orçamentárias, a pergunta que se coloca é a seguinte: Como o Poder Público deve agir, com o máximo de responsabilidade possível, em relação àqueles que dependem financeiramente da Administração Pública? E essa resposta nem sempre será a exoneração de servidores e a rescisão de contratos, ainda que a lei o permita expressamente.

Como destaca Lenio Streck⁹, cumprir a literalidade da lei nem sempre significa cumprir o Direito; e, pelo contrário, há situações em que, para cumprir a lei, descumpe-se todo o ordenamento jurídico. O Direito é um conjunto a ser entendido como um todo coerente, interpretando-se os dispositivos legais à luz dos princípios e do contexto. Logo, como o autor afirma, não se pode, a pretexto de cumprir a literalidade de um dispositivo, ignorar toda uma cadeia principiológica e a Constituição em meio a um estado de emergência social¹⁰.

⁸ 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. ([Regulamento](#))

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

⁹ Sobre o tema da literalidade, vide os textos disponíveis em: <https://jornalggn.com.br/artigos/o-literalista-e-ovoluntarista-diante-dos-caes-na-plataforma-por-lenio-luiz-streck/> <https://www.conjur.com.br/2020-mar-21/streck-coronajuris-ii-juizes-malafaia-saude-publica-estagiariocracia> <https://www.conjur.com.br/2012-ago-23/senso-incomum-professora-disse-voce-positivista>. Acesso em 26/04/2020.

¹⁰ Trata-se de afirmação expressada no Lenio Streck em Podcast, episódios 04 e 05. Disponíveis em <https://podcasts.google.com/?feed=aHR0cDovL2ZlZWRzLnNvdW5kY2xvdWQuY29tL3VzZXJzL3NvdW5kY2xvdWQ6dXNlcnM6NzQzNTYxMTg1L3NvdW5kcy5yc3M&episode=dGFnOnNvdW5kY2xvdWQsMjAxMDp0cmFja3MvNzgwMzg2MjM5> e <https://open.spotify.com/episode/2u5j6rD69bzuofKfyWlkPX?si=j9IPFJ8rTGumJsfqkHLbSw>

Apresentadas as premissas firmadas pela equipe técnica, passo à análise dos questionamentos apresentados pelo consulente relativamente aos contratos temporários, à possibilidade de exoneração de servidores ocupantes de cargos em comissão, e os contratos de terceirização.

Pois bem. Na tentativa de fazermos uma análise didática acerca das questões suscitadas vamos analisar por tópicos cada questionamento formulado pelo consulente.

1) É possível a rescisão de contratos administrativos de designação temporária, antes do prazo final, baseando-se na conveniência administrativa, considerando as dificuldades financeiras derivadas da queda de arrecadação?

A contratação temporária tem previsão no art. 37, IX, da Constituição Federal e permite a contratação de pessoal no serviço público por tempo determinado para atender a necessidade temporária e excepcional de interesse público nas condições e prazos previstos na lei.

O vínculo constituído entre as partes é de natureza jurídico-administrativa, razão pela qual se submetem ao regramento do Direito Administrativo e não aos preceitos do contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Assim, o contratado, via de regra, não possui direito a verbas decorrentes do vínculo empregatício regido pela CLT, mas a lei do ente que irá regular o vínculo constituído entre as partes.

Isso porque esses contratos jurídicos-administrativo possuem natureza provisória e são marcados pela precariedade, haja vista buscarem atender necessidade temporária e excepcional de interesse público de modo que “os funcionários públicos designados não detém de estabilidade, podendo ser exonerados livremente no interesse da administração, sendo desnecessária a realização de qualquer procedimento administrativo” (TJES, Classe: Apelação, 21150116826, Relator: ELISABETH LORDES - Relator Substituto: JULIO CESAR COSTA DE OLIVEIRA, Órgão julgador: TERCEIRA

CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 27/06/2017, Data da Publicação no Diário: 07/07/2017).

A contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público está regulada na lei local do ente municipal (Lei 3181/2019) que prevê a possibilidade de extinção antecipada do contrato por conveniência da Administração, vejamos:

Art. 13. O contrato temporário firmado na forma desta Lei extinguir-se pelo término do prazo contratual, podendo, no entanto, ser rescindido pelos seguintes motivos:

I. por conveniência da Administração municipal, devidamente justificada, a qualquer momento, sem direito a qualquer indenização por parte do contratado pelo período remanescente;

Assim, em razão da natureza jurídico-administrativa a lei local que irá estabelecer os critérios e condições em que se pautarão esse tipo de contratação e havendo previsão legal para a hipótese os contratos poderão ser extintos antecipadamente sem embargos por juízo de conveniência da Administração.

No mesmo sentido é a jurisprudência do TJES:

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO ORDINÁRIA PROFESSOR EM CARÁTER DE DESIGNAÇÃO TEMPORÁRIA CESSAÇÃO ANTECIPADA POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Os contratos temporários possuem natureza provisória e são marcados pela precariedade, de modo que os funcionários públicos designados **não detêm de estabilidade, podendo ser exonerados livremente no interesse da administração, sendo desnecessária a realização de qualquer procedimento administrativo.** Precedentes deste Tribunal.

2. Analisando o contrato temporário entabulado entre as partes, verifica-se que o mesmo estipula que a contratação se rege pela Lei Complementar nº 115/1998, a qual prevê em seu art.35 que a dispensa do ocupante de função de magistério mediante designação temporária dar-se-á automaticamente, quando expirado o prazo, ao cessar o motivo da designação **ou, ainda, a critério da autoridade competente, por conveniência da Administração. Ademais, a cláusula sétima do referido contrato prevê, no inciso III, que o contrato se extinguirá, sem direito à indenização, por conveniência da Administração Pública.**

3. A cessação do contrato da apelante se deu nos termos da legislação vigente, não padecendo de qualquer ilegalidade, motivo pelo qual não se verifica qualquer situação vexatória que tenha sido submetida a apelante, posto que a possibilidade de extinção antecipada estava expressamente prevista na cláusula sétima, inciso III do contrato temporário.

4. Quanto à alegada ausência de remuneração de dias efetivamente trabalhados, também não merece acolhida, uma vez que, conforme se infere dos documentos acostados aos autos, a autora recebeu remuneração até o mês de julho, com o pagamento de férias remuneradas, abono, décimo terceiro e rescisão, tendo sua cessação antecipada ocorrido naquele mês.

5. Tendo a cessação se dado por fechamento de turma, não teria como a autora ter trabalhado além da data da cessação, uma vez que não havia mais turma para lecionar.

6. Recurso improvido. (TJES, Classe: Apelação, 024140392457, Relator : MANOEL ALVES RABELO, Órgão julgador: QUARTA

CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 20/08/2018, Data da Publicação no Diário: 30/08/2018)

Apelação Cível nº 0006607-11.2016.8.08.0021

Apelante: Rhadson Rezende Monteiro

Apelado: Prefeitura Municipal de Guarapari

Relator: Desembargador Ewerton Schwab Pinto Júnior

ACÓRDÃO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO TEMPORÁRIO. RESCISÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O apelante afirma que foi aprovado em primeiro lugar, no processo seletivo simplificado nº 001/2014 da Secretaria de Assistência Social e Cidadania (SETAC), sob regime de designação temporária, tendo sido desligado das aludidas atribuições no Programa Vinculado ao Contrato Administrativo de Trabalho Temporário nº 253/2014.
2. A contratação temporária, como cediço, não se possui as características de um cargo público sujeito ao regime estatutário, bem ainda não se aproxima a um contrato de trabalho. É, nos termos das legislações de regência, uma **função pública remunerada e temporária, e que possui um vínculo jurídico-administrativo.**
3. **Como os contratos temporários são precários, certo é que os contratados por esse regime não possuem estabilidade, podendo, como no caso vertente, serem exonerados sem a necessidade de qualquer procedimento específico.**

4. (...)

5. Recurso conhecido e improvido

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Desembargadores que integram a Primeira Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, de conformidade com a ata de julgamento e notas taquigráficas da sessão, à unanimidade, **CONHECER DO RECURSO MAS NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto do e. relator.

Vitória, ES, 27 de novembro de 2018.

PRESIDENTE RELATOR

Contudo, ainda que se tenha permissivo legal para fazê-lo a decisão do gestor requer cautela e deverá ser tomada dentro de um planejamento premente e para o futuro avaliando se novas contratações mais a frente não trarão uma consequência indesejada para a Administração ou até mesmo elevação das despesas.

Em regra, a exigência da motivação como pressuposto de vinculação do gestor aos motivos declarados no ato, dependerá da exigência constante da lei local. Caso a lei local, não traga a exigência de justificar a rescisão a prática do ato não restará “umbilicalmente” ligado ao motivo, pois o ato se pautará por atuação discricionária em que a Administração poderá agir com base em juízo de conveniência e oportunidade. É o que ocorre quando a lei só estabeleça prazo mínimo de comunicação prévia para a rescisão requerida por qualquer uma das partes, dispensando a declaração do motivo.

No entanto, ainda que não haja previsão na lei local exigindo do gestor que justifique as razões da rescisão, especificamente neste caso excepcional da consulta que trata de situação adstrita ao contexto do coronavírus e dos seus efeitos econômicos/financeiros/fiscais, os eventuais desligamentos que se fizerem necessários devem vir precedidos de motivação para que reste demonstrado a adequação da

medida.

A queda na arrecadação, hipótese exemplificativa, utilizada pelo consulente como requisito de motivação, não poderá ser realizada de forma genérica, devendo a justificativa estar instruída com dados concretos comprovando o motivo declarado, devendo, considerar, ainda, o gestor que conquanto possa haver queda na arrecadação, o ente poderá também se valer da utilização de fundos próprios para determinadas despesas. É o caso das despesas com educação, que a utilização do FUNDEB possa assistir à necessidade do ente com a utilização de 100% do fundo para as despesas afetas a esse tipo de cobertura e não apenas com a aplicação mínima de 60%.

Com a mesma inteligência abordou o corpo técnico:

Segundo a consulta, a rescisão dos contratos tem como base a queda da arrecadação. Sendo assim, a extinção dos contratos está sujeita à Teoria dos Motivos Determinantes. Caso não seja comprovada a referida queda nos cofres do ente federativo impeditiva de manter os contratos, o ato de extinção do contrato será invalidado, gerando indenização aos trabalhadores.

Some-se a essa observação o fato de que a remuneração dos profissionais da educação é custeada com recursos do Fundeb. A existência dessa fonte implica a necessidade de o ente demonstrar a impossibilidade de se remunerar os profissionais com os recursos desse fundo. **Ademais, embora a legislação preveja uma aplicação mínima de 60% dos recursos do Fundeb no pagamento dos profissionais do magistério, nada impede que sejam utilizados 100% desses recursos para esse fim¹².**

Ademais, se a preocupação é com a preservação do erário, o administrador tem que demonstrar que a extinção dos contratos é

vantajosa mesmo em face dos custos relativos à contratação quando a pandemia passar. Nesse sentido, também, é oportuno o alerta da Procuradoria Municipal a respeito da recontração próxima ao período eleitoral:

Deve o gestor cuidar-se, ainda, pois estando atualmente em período eleitoral e em sendo os contratos vigentes rescindidos, havendo a necessidade de recontração devem as mesmas serem realizadas dentro dos períodos permitidos pela legislação eleitoral. (trecho do Parecer da Procuradora)

Além disso, a incerteza sobre os períodos de quarentena leva ao questionamento se a Administração dispõe de todas as informações para decidir algo tão drástico e definitivo como a rescisão dos contratos. Com cientistas de todo o mundo envolvidos em pesquisas sobre o coronavírus, não se pode descartar a possibilidade de descoberta de vacina e/ou cura em tempo recorde. Além dessa possibilidade mais otimista, há especialistas que afirmam que os períodos de quarentena serão intermitentes, com a abertura e o fechamento de estabelecimentos¹¹. Diante dessa possibilidade, a Administração terá que demonstrar o que fará nos períodos de reabertura e fechamento. Ou seja, se a Administração toda vez rescindir os contratos, e depois recontratar os profissionais, ou se manterá as escolas fechadas até que haja uma vacina. Qualquer que seja a medida adotada, a Administração deve ponderar se ela é realmente produtora.

¹¹ “ Os esforços de **distanciamento social** para evitar o colapso hospitalar diante da pandemia de **COVID-19** podem ser necessários, ao menos de modo intermitente, **até 2022**. É o que estima um grupo de pesquisadores da Escola de Saúde Pública da **Universidade Harvard** em artigo publicado nesta terça-feira, 14, na revista *Science*.” Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral/contracoronavirus-distanciamento-social-intermitente-pode-ser-necessario-ate-2022,70003270681> Acesso em 26/04/2020.

¹² PERGUNTAS FREQUENTES Cartilha do FUNDEB (2015)

1.1. Como devem ser aplicados os recursos do Fundeb? Os recursos do Fundeb devem ser aplicados na manutenção e desenvolvimento da educação básica pública, observando-se os respectivos âmbitos de atuação prioritária dos Estados e Municípios, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição (os Municípios devem utilizar recursos do Fundeb na educação infantil e no ensino fundamental e os Estados no ensino fundamental e médio), sendo que o mínimo de 60% desses recursos deve ser destinado anualmente à remuneração dos profissionais do magistério (professores e profissionais que exercem atividades de suporte pedagógico, tais como: direção ou administração escolar, planejamento, inspeção, supervisão e orientação educacional) em efetivo exercício na educação básica pública (regular, especial, indígena, supletivo), e a parcela restante (de no máximo 40%), seja aplicada nas demais ações de manutenção e desenvolvimento, também da educação básica pública. É oportuno destacar que, se a parcela de recursos para remuneração é de no mínimo 60% do valor anual, não há impedimento para que se utilize até 100% dos recursos do Fundeb na remuneração dos profissionais do magistério. Disponível em http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/590946/CPU_MODULO_13_Perguntas_e_respostas_sobre_o_FUNDEB_e_SIOPE.pdf/1614d02b-4ff6-400f-b54b-ea16312fb91d. Acesso em 26/04/2020.

Nesse sentir, a tomada de decisão deve ser precedida de motivação (não podendo ser genérica), observado os demais requisitos e critérios previstos na lei local que trate das contratações temporárias, bem como de um planejamento que atenda tanto o contexto atual quanto vislumbre o cenário futuro que possa ter necessidade diversa, essa avaliação está no campo de atuação do gestor diante do caso concreto de cada

município que será considerado pelo Tribunal, devendo observar portanto a necessidade e a adequação da medida com base no que preceitua os artigos 20, §único e 21 da LINDB.

2) Em não sendo possível, mostra-se viável a manutenção dos salários dos servidores contratados temporariamente, mesmo não havendo efetiva prestação de serviço, já que não se mostra possível o trabalho remoto?

Como vimos no tópico antecedente a manutenção dos contratos temporários partirá de decisão do gestor ante à análise de gestão diante de cada caso concreto, conquanto a lei permita a extinção do contrato por conveniência da Administração. Partindo dessa premissa, de que a manutenção do contrato e o pagamento que dele decorre não é uma opção só nos casos em que não for possível a rescisão, mas se tratar apenas de alternativa facultada a escolha do gestor, passemos a análise da manutenção dos salários mesmo nos casos de impossibilidade de trabalho remoto.

O direito à educação é direito fundamental previsto na Constituição Federal, no art. 6º, o que impõe ao Poder Público promovê-lo por todos os meios possíveis. Contudo, estamos diante de caso da emergência na saúde pública que trouxe desafios à implementação de direito na forma que vínhamos habitualmente praticando, pois o ensino era feito fisicamente no âmbito das escolas e o fechamento delas em razão da pandemia implica em inovações tecnológicas que não estavam previstas de serem implementadas de forma tão rápida, isso envolve recursos financeiros e treinamento de profissionais.

Mas, é necessário o esforço do poder público na manutenção do ensino e não sendo possível o ensino remoto que explicita quais as medidas adotadas para tanto que inviabilizou o teletrabalho, medida autorizada pela MP 927/2020.

Não há receitas prontas para o momento atual. É público e notório que não estávamos preparados para uma contingência dessa magnitude. Assim, diante de uma colisão de princípios devemos ponderar alguns para sobrepor outros como o da proteção e

valorização social do trabalho, desenvolvimento nacional e o da solidariedade para chegarmos a melhor conclusão para os municípios capixabas neste momento tão difícil, o que me faz acompanhar à área técnica nos fundamentos abaixo:

A manutenção dos contratos temporários dos servidores, com o pagamento de salários, mas sem a respectiva contraprestação configura uma colisão de princípios no contexto específico do coronavírus – uma vez que seria inadmissível em outras circunstâncias. Por um lado, a ausência de contraprestação fere a lógica elementar de qualquer contrato, e, no caso da Administração, mais ainda, fere o art. 63, §2º, III, da Lei 4.320/64¹² e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Por outro, a manutenção dos pagamentos mesmo sem a contraprestação efetiva os princípios e objetivos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da proteção e valorização social do trabalho humano, da busca do pleno emprego, do desenvolvimento nacional, da promoção do bem de todos, não aprofundando a crise econômica e mantendo a economia local funcionando. Em qualquer circunstância um princípio fundamental é vulnerado.

Considerando que nenhuma solução para esse dilema será verdadeiramente satisfatória, resta-nos ficar com a menos pior: a manutenção dos pagamentos mesmo sem contraprestação. Essa solução se mostra mais adequada pois, além de preservar a vida e a saúde de um grande número de pessoas (não só os professores e alunos), ela também efetiva os princípios constitucionais econômicos. A CF, como já dito na premissa 5, impõe a valorização do trabalho humano e a busca do pleno emprego. Portanto, a justificativa jurídica

¹² Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

para o pagamento sem contraprestação é a ponderação de princípios, impondo-se no caso a dignidade da pessoa humana sobre as regras contratuais e contábeis.

Além disso, o pagamento sem contraprestação encontra resguardo no art. 3º, §3º, da Lei 13.979/2020, que considera justificadas as faltas em virtude das medidas de combate ao coronavírus:

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;

[...]

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

Deste modo, poderão os municípios continuarem, por uma questão de ordem social, remunerando os profissionais, mesmo aqueles que não for possível que exerçam alguma função remota. Mas, preferencialmente deverão exercer função remota.

3) É possível a suspensão por prazo determinado de contratos administrativos de designação temporária, mesmo não havendo dispositivo legal na lei que rege tal espécie de contratação, utilizando-se, por analogia o artigo art. 79, §5º, da Lei 8666/93?

A analogia é método de interpretação jurídica que se dá diante de ausência de previsão legal específica para regular determinada matéria, no caso dos autos, a suspensão dos

contratos administrativos de designação temporária pelo período decorrente de enfrentamento do combate ao coronavírus. Contudo, a aplicação desse método se dá com aplicação à disposição legal que regula casos semelhantes em que seja possível estabelecer a mesma solução jurídica, o que não é o caso dos autos em que os servidores que desempenham atividades por força de contrato administrativo de designação temporária por ocuparem cargos públicos (na forma do art. 37, IX, CF) diferem da situação jurídica contratual regida na Lei 8666/93, bem como não estão contemplados pela suspensão do contrato de trabalho prevista na MP 936/2020, por expressa exclusão legal.

No mesmo sentido, se posicionou o corpo técnico desta Corte:

Os contratos por prazo determinado, previstos no art. 37, IX, CF, (ao contrário dos contratos regidos pela Lei 8.666/93, que estão dispostos no art. 37, XXI, CF), regulam um tipo especial de vínculo jurídico com a Administração Pública: o vínculo de servidor, numa relação de trabalho. Nesse sentido, é o entendimento do STF:

*Nos casos em que a CF atribui ao legislador o poder de dispor sobre situações de relevância autorizadas da **contratação temporária de servidores públicos**, exige-se o ônus da demonstração e da adequada limitação das hipóteses de exceção ao preceito constitucional da obrigatoriedade do concurso público. O legislador, ao fixar os **casos autorizadores da contratação de professores substitutos**, atendeu à exigência constitucional de reserva qualificada de lei formal para as contratações temporárias. Improcedência da alegada inconstitucionalidade do inciso IV e do § 1º do art. 2º da Lei 8.745/1993, com a redação dada pela Lei 9.849/1999. Contudo, ao admitir genericamente a contratação temporária em órgãos específicos, o legislador permitiu a continuidade da situação excepcional, sem justificativa normativa adequada. Conveniência da*

limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, reconhecida a peculiaridade das atividades em questão. [ADI 3.237, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26-3-2014, P, DJE de 19-8-2014.]

*(...) em caso análogo ao que ora se debate, este STF assentou que é devida a extensão de direito previsto no art. 7º da Constituição da República a **servidor contratado temporariamente** com base em lei local regulamentadora do art. 37, IX, da Constituição, principalmente nos casos de contratos sucessivamente prorrogados. [ARE 649.393 AgR, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 22-11-2011, 1ª T, DJE de 14-12-2011.]*

*Compete à Justiça comum processar e julgar causas instauradas entre o poder público e seus **servidores submetidos a regime especial disciplinado** por lei local editada antes da Constituição Republicana de 1988, com fundamento no art. 106 da Constituição de 1967, na redação que lhe deu a EC 1/1969, ou **no art. 37, IX, da Constituição de 1988.** [RE 573.202, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 21-8-2008, P, DJE de 5-12-2008, Tema 43.]*

A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. [ADI 2.229, rel. min. Carlos Velloso, j. 9-6-2004, P, DJ de 25-6-2004.]

Como servidores, ainda que diferentes dos servidores efetivos e em comissão, esses contratados ocupam cargos públicos, os quais estão excluídos expressamente da norma que atualmente regula a suspensão dos contratos de trabalho, a MP 936/2020. Nesse normativo, editado como uma das medidas de enfrentamento ao coronavírus, é prevista a suspensão dos contratos de trabalho, garantindo-se aos trabalhadores afetados o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda. Contudo, a adoção das medidas previstas nessa MP foi vedada aos entes públicos e o pagamento do benefício foi vedado aos ocupantes de empregos e cargos públicos:

MP 936/2020

Art. 3º São medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda:

I - o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda;

II - a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e

III - a suspensão temporária do contrato de trabalho.

*Parágrafo único. O disposto no **caput** não se aplica, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos órgãos da administração pública direta e indireta, às empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive às suas subsidiárias, e aos organismos internacionais.*

Art. 6º O valor do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda terá como base de cálculo o valor mensal do seguro-

desemprego a que o empregado teria direito, nos termos do [art. 5º da Lei nº 7.998, de 1990](#), observadas as seguintes disposições:

[...]

§ 2º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda não será devido ao empregado que esteja:

*I - **ocupando cargo** ou emprego público, cargo em comissão de livre nomeação e exoneração ou titular de mandato eletivo; ou [...] negritei*

Assim, considerando que os contratos temporários de excepcional interesse público são regidos por lei local do ente, conforme permissivo constitucional do art. 37, IX se distinguindo, portanto, das contratações regidas pela Lei de Licitações (lei 8666/93), bem como ante a vedação legal de suspensão dos contratos pela Medida Provisória 936/2020, a suspensão nessa modalidade de contratação por ora, não contempla permissivo legal autorizativo.

4) É possível a proposição de projeto de lei, modificando a legislação local que rege as contratações temporárias, prevendo a hipótese de suspensão do contrato, caso não seja possível a utilização do art. 79, §5º da lei 8666/93, por analogia?

Como abordamos no tópico antecedente, a MP 936/2020, instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs de medidas para enfrentamento do Coronavírus, vedando no seu art. 3º c/c o parágrafo único a suspensão dos contratos de trabalho no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

Art. 3º São medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda:

I - o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda;

II - a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e

III - a suspensão temporária do contrato de trabalho.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos órgãos da administração pública direta e indireta, às empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive às suas subsidiárias, e aos organismos internacionais.

Deste modo, acompanho os fundamentos trazidos pelo corpo técnico no sentido de que a suspensão é medida não autorizada aos Municípios, conforme se depreende:

As contratações temporárias são reguladas por normas gerais editadas pela União e normas locais, de cada ente. Considerando que a União já sinalizou pela impossibilidade, nesse momento, de aplicar a suspensão dos contratos de trabalho à Administração Pública, por meio da MP 936/2020, os estados e municípios não podem contrariar essa prescrição por norma local, sob pena de inconstitucionalidade. **Logo, a suspensão dos contratos de servidores por tempo determinado está vedada.**

O recomendável, por ora, é que os municípios e estados instem o governo federal para que se pronuncie expressamente sobre como proceder com os contratos por prazo determinado em que é impossível a prestação de serviços. (negritei)

Reitero, contudo, que os entes não deixem de envidar esforços para que preferencialmente seja realizada as atividades de forma remota, adotando medidas alternativas, como as já orientadas pelo Tribunal de Contas do Mato Grosso¹³ diante da situação emergencial de saúde que estamos enfrentando, dentre elas: ministração de

¹³ TCE/MT - Orientação Técnica nº 01/2020 disponível em: <[https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00097003/OT%2001-2020%20-%20Medidas%20para%20contratos%20temporarios%20de%20profesores.pdf%20\(1\).pdf](https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00097003/OT%2001-2020%20-%20Medidas%20para%20contratos%20temporarios%20de%20profesores.pdf%20(1).pdf)> Acesso em 27/04/2020.

aulas à distância via internet, elaboração de atividades para retirada na unidade educacional, concessão de férias aos professores com direito ao gozo, aproveitamento e antecipação de feriados, entre outros aplicáveis diante de cada caso concreto.

5) É possível a manutenção dos contratos administrativos de servidores em designação temporária, pagando-se apenas parte da remuneração dos profissionais. Nesse caso, mostra-se necessário o envio de projeto de lei à Câmara Municipal?

O consulente formula questionamento acerca da possibilidade de envio de projeto de lei visando a redução de salário ou mesmo redução proporcional da jornada de trabalho, não sendo possível a suspensão desses contratos. Entretanto, todas essas medidas, como discurremos anteriormente no tópico específico da suspensão temporária do contrato de trabalho, fazem parte do Programa Emergencial instituídos por força da MP 936/2020, que trouxe vedação expressa quanto à aplicabilidade no âmbito do Município. Vejamos:

Art. 3º São medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda:

I - o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda;

II - a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e

III - a suspensão temporária do contrato de trabalho.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos órgãos da administração pública direta e indireta, às empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive às suas subsidiárias, e aos organismos internacionais.

Por essa razão, acompanho a área técnica pelos fundamentos que reproduzo abaixo:

III.1.5 – Da redução da remuneração

Por fim, o consulente questiona acerca da possibilidade de reduzir o salário dos servidores em contrato por tempo determinado na quinta pergunta:

5) É possível a manutenção dos contratos administrativos de servidores em designação temporária, pagando-se apenas parte da remuneração dos profissionais? Nesse caso, mostra-se necessário o envio de projeto de lei a Câmara Municipal?

Do mesmo modo que em relação à pergunta anterior, a União, por meio da MP 936/2020, impediu que a Administração Pública se valesse das medidas na norma previstas, dentre as quais a redução dos salários. Sendo assim, essa medida é, por ora, inaplicável aos contratos por tempo determinado, ainda que por lei local. (com destaques nossos)

Desta forma, verifica-se que tanto a redução de salários quanto a suspensão de contratos são medidas que não se aplicam no âmbito dos Estados e Municípios aos contratos por designação temporária.

6) No caso de servidores comissionados, sendo a contratação de natureza "ad nutum" nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, seria possível a exoneração para contenção de despesas, mesmo em meio a emergência em saúde pública de nível mundial?

Como sabemos os cargos em comissão, são cargos de livre escolha do gestor, ou seja, declarados em lei de livre nomeação e exoneração conforme previsão constitucional disposta no art. 37, II, destinando-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Pela própria natureza jurídica do cargo *ad nutum*, de natureza provisória, admite-se a exoneração sem motivação.

Todavia, estamos enfrentando um momento totalmente atípico e será necessário ponderarmos a conveniência da exoneração, que conquanto possível sem motivação existem questões reflexas que devem ser avaliadas pelo ente no que toca aos aspectos econômicos e sociais que implicam a situação de desemprego no cenário de pandemia. Como bem pontuado pela área técnica:

Se todos os órgãos e entidades, por causa do coronavírus, exonerarem seus servidores, haverá milhares de desempregados ao mesmo tempo. O impacto econômico desses atos pode ser pernicioso para a economia, o que põe em xeque essa conduta se a preocupação for a preservação do erário.

É preciso haver um equilíbrio na tomada de decisão, pois ao passo que a exoneração de todos os servidores possa ser inoportuna, não importa em dizer que está vedada sua realização nos casos que a Administração entender pertinente.

Inclusive, em momentos de normalidade, essas poderiam ser medidas obrigatórias para que os gestores públicos adotassem caso estivessem, por exemplo, desrespeitando os limites máximos de despesas com pessoal previstas na LRF.

Entretanto, estamos atravessando período de extrema excepcionalidade em que no caso de queda de receita em que os índices máximos de despesas com pessoal se elevem muito, o TCE-ES analisará no caso concreto a situação.

A decisão deverá pautar na razoabilidade, no juízo de conveniência e oportunidade, avaliando, inclusive a relevância da manutenção desses cargos na área de saúde ou na transferência de recursos de pessoal para atuarem na pasta, observando o que está prescrito nas leis autorizativas, nos contratos e, no caso dos servidores comissionados, no Estatuto dos Servidores Públicos, pois existem direitos que devem ser resguardados, como é o caso da estabilidade das gestantes.

Dissinto do posicionamento da área técnica apenas no que toca a necessidade de motivação trazida por ela quanto aos cargos comissionados, pois nesses casos em

razão da natureza jurídica é dispensada a motivação do ato, mas corroboro a posição quanto a necessidade de cautela na avaliação do juízo de conveniência e oportunidade nos desligamentos que se fizerem indispensáveis.

No tocante às terceirizações, o consulente apresenta os seguintes questionamentos:

7) No caso de serviços terceirizados, incluindo o fornecimento de mão de obra, em havendo a paralisação parcial da prestação de serviços, mostra-se possível a redução monetária contratual? Qual o percentual de serviço e percentual monetário possíveis de redução? Pode haver a suspensão ou rescisão desses contratos? Caberia alguma indenização do contratado?

Para uma melhor compreensão, desmembraremos o referido questionamento em 4 perguntas.

7.1 – Da paralisação parcial da prestação de serviços e da consequente a redução monetária contratual

Acerca do primeiro questionamento, o consulente indaga se é possível a redução do valor contratado, em caso de paralisação parcial da prestação de serviços.

A equipe técnica apresenta sua resposta como sendo afirmativa: pois, é possível a redução do valor do contrato, em razão de itens que são gerenciáveis, ou seja, ajustáveis conforme a efetiva prestação do serviço.

Entendo possível a redução do valor de qualquer item que não seja devido diante da não execução do serviço em virtude da pandemia. Por exemplo, é possível, em caso de paralisação parcial dos serviços, que a Administração não pague por insumos, uniformes, equipamentos, adicionais de insalubridade/periculosidade, ou qualquer item previsto em planilha cujas condições da contratação sejam incompatíveis com estes pagamentos.

Vale ressaltar que os referidos itens gerenciáveis, considerados os que estão relacionados a pessoal, material e serviços de terceiros, variam conforme cada contrato, comportando avaliação diferente para cada caso apresentado. Desta forma, cabe ao administrador, diante do caso concreto, verificar quais itens podem ser reduzidos e motivar sua decisão.

Cabe ainda ao gestor convidar a empresa contratada para, juntos, negociarem a redução dos valores, não se configurando cláusula exorbitante. A redução de valores itens a itens se baseia na lógica do equilíbrio contratual e no princípio da economicidade, segundo o qual deve haver equivalência entre as prestações.

Por fim, ressalte-se que, para essa espécie de redução ora tratada, não há percentual limitador, nos termos do inciso II, § 2º do artigo 65 da Lei 8666/93:

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

(...)

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

(...)

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

É possível a redução do valor do contrato, em razão de itens que são gerenciáveis, ou seja, ajustáveis conforme a efetiva prestação do serviço, efetivada por meio de acordo entre as partes.

7.2 – Do percentual lícito de redução dos serviços e monetária

O consulente pretende obter resposta acerca do percentual de serviço e percentual monetário possível para fins de redução.

De acordo com a equipe técnica “Independentemente do coronavírus, para uma paralisação dos serviços que corresponda a até 25% do valor do contrato (e 50% no caso de reformas), a Administração pode expedir determinação nesse sentido e reduzir o valor nesse percentual unilateralmente, com base no art. 65, I, “b”, e §1º, Lei 8.666/9320. Vejamos:

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

I - Unilateralmente pela Administração:

(...)

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

(...)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Se for necessária a paralisação dos serviços em percentual superior ao acima mencionado, é necessário acordo entre a Administração Pública e o contratado (art. 65, §2º, II, Lei 8.666/9321). Ambas as alterações podem ser feitas por meio de um simples Termo Aditivo. ”

Pois bem. Para que seja determinado o que poderá ser reduzido, é necessário identificar na planilha de custos e formação de preços quais os itens podem ser excluídos, sem a alteração da parte do serviço que está sendo prestado. Os contratos de terceirização costumam ter uma planilha de custos e formação de preços extensa, na qual é possível a redução de diversos itens, podendo outros ser mantidos integralmente. Por exemplo, se houver redução no número de prestadores de serviços, é possível retirar o correspondente deles de vale transporte, tíquete alimentação, adicional de insalubridade. Ademais, é possível que a Administração identifique insumos pelos quais não precisa pagar, como equipamentos que não estão sendo utilizados.

Assim, entendo que se a redução for feita unilateralmente pela Administração, deve ser observado o limite de 25% do valor do contrato (e 50% no caso de reformas) (art. 65, I, “b”, e §1º, da Lei 8.666/93); se houver acordo entre os contratantes, não há limitação para o valor da redução (art. 65, §2º, II, Lei 8.666/93)

7.3 – Da suspensão ou rescisão dos contratos de terceirização

Questiona o consulente se pode haver a suspensão ou rescisão desses contratos de terceirização.

De acordo com a equipe técnica, como os contratos de terceirização são regidos pela Lei 8.666/93, aplicam-se a eles as hipóteses de suspensão e rescisão previstas nessa lei, sendo cabíveis ambas as medidas.

De acordo com os artigos. 8º, parágrafo único *in fine*, 57, §1º, II, 78, XIV e 79, §5º, da Lei 8.666/93, é cabível a suspensão dos contratos de terceirização, que podem ser retomados posteriormente. Observe:

Art. 8º A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, **salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)** (Grifo nosso)

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

(...)

II - Superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

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;

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

(...)

§ 5º Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.

Ainda, de acordo com esses artigos, a suspensão dos contratos pode perdurar por até 120 dias, em condições normais. Todavia, havendo um motivo grave, como a situação de calamidade pública, é possível que ela dure mais tempo, prorrogando-se a execução e a vigência do contrato. No caso do coronavírus, é plausível uma suspensão por 120 dias, inicialmente, e após esse período, o administrador deve avaliar a necessidade de a medida perdurar por mais tempo ou retomar a execução contratual.

Embora sejam juridicamente possíveis tanto a suspensão quanto a rescisão dos contratos de terceirização, para o caso do coronavírus, a suspensão é, em princípio, a providência mais razoável, uma vez que com a suspensão, prorroga-se o prazo de vigência e execução, mantendo-se o vínculo da Administração com a contratada; e tão logo a situação se normalize, é possível simplesmente retomar a execução contratual. Por outro lado, ao rescindir os contratos, a Administração, quando da normalização da situação, terá que realizar outra licitação ou promover uma contratação direta, sem qualquer garantia de que será bem-sucedida na nova contratação, além da geração de gastos que decorrerá desta demanda.

Em todo caso, para a materialização da rescisão e da suspensão, é imprescindível a motivação do ato, acompanhada de uma postura dialógica entre as partes contratantes,

conforme já exposto anteriormente, por ser medida salutar, que não envolve burocracias desnecessárias, em épocas que as demandas surgem em caráter emergencial, impondo à Administração e aos contratados a busca conjunta pela melhor solução.

Assim sendo, os contratos de terceirização podem ser rescindidos na forma do art. 78, da Lei 8.666/93, e suspensos na forma dos arts. 8º, parágrafo único, 57, §1º, II, 78, XIV, art. 79, §5º, da Lei 8.666/93. O administrador deve ponderar a conveniência, oportunidade, e proporcionalidade das medidas, considerando a transitoriedade da situação, a possibilidade de retomada dos contratos, e a necessidade de proceder à nova licitação.

7.4 - Da indenização ao contratado

O consulente indaga se caberia alguma indenização do contratado.

A equipe técnica responde no sentido de que, nos termos da Lei 8666/93, assim como em qualquer contrato regido por essa legislação, a suspensão e a rescisão podem gerar o dever de indenizar o contratado.

Desta forma, acompanho o opinamento técnico e ministerial, para responder nos termos do § 2º do artigo 79 da Lei Geral de Licitações, no sentido de que, em casos de suspensão ou paralisação dos contratos de terceirização é devido o pagamento de indenização:

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

(...)

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este

ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito

I - Devolução de garantia;

II - Pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.

7.5 – Qual o percentual monetário passível de redução?

Este questionamento foi apresentado no item 8, abaixo. Todavia, esta pergunta já foi respondida no item 7.2, a qual apresentou o seguinte questionamento: 7.2 – Do percentual lícito de redução dos serviços e monetária.

Desta forma, como ambas as perguntas se referem ao mesmo tema, a resposta para este item é a mesma apresentada no item 7.2, qual seja: “entendo que se a redução for feita unilateralmente pela Administração, deve ser observado o limite de 25% do valor do contrato (e 50% no caso de reformas) (art. 65, I, “b”, e §1º, da Lei 8.666/93); se houver acordo entre os contratantes, não há limitação para o valor da redução (art. 65, §2º, II, Lei 8.666/93) ”

Todavia, para que seja oferecida uma resposta mais completa, interessante apresentar algumas informações complementares no sentido de que tendo em vista a dificuldade das empresas em pagar o salário de seus trabalhadores, o governo federal ofereceu algumas alternativas, dentre as quais a MP 927/2020, a qual prevê que a empresa pode implementar o tele trabalho aos funcionários, quando essa medida for possível; conceder férias individuais ou coletivas; aproveitar feriados; utilizar banco de horas. Assim, caso a Administração decida por reduzir o objeto do contrato ou suspender a prestação dos serviços, os trabalhadores e as empresas podem se valer dos mecanismos previstos na MP 927/2020 para aplacar os efeitos financeiros.

Além das possibilidades previstas na MP 927/2020, uma vez suspenso ou reduzido o objeto do contrato pela Administração, a empresa pode valer-se da MP 936/2020, que, por sua vez, prevê a redução da jornada de trabalho e a suspensão dos contratos de trabalho pela empresa. A fim de manter os vínculos empregatícios sem sacrificar a empresa, prevendo o pagamento de um benefício por parte do governo, impedindo que os trabalhadores fiquem sem renda alguma.

A adesão a essas MPs depende única e exclusivamente da empresa, não podendo a Administração interferir na sua decisão de aderir ou não. No entanto, o administrador deve levar essas normas em consideração, como um elemento para formar sua convicção sobre quais providências legais adotar, pois, uma vez que os colaboradores estejam recebendo este auxílio por parte da União, não é necessário onerar os estados e municípios, cujos orçamentos são bem mais modestos.

Embora exista a possibilidade de utilização das MPs 927/2020 e 936/2020 pelas empresas, a suspensão ou a rescisão dos contratos não devem ser encaradas como medidas necessárias por todos os entes administrativos, uma vez que outras providências podem ser adotadas, como a busca por uma solução consensual, negociada com a empresa, na busca do dever de cooperação.

Ressalto, por fim, que os jurisdicionados desta Corte podem ainda valer-se da orientação oficial da União ¹⁴: ¹⁵ pagam-se os salários dos terceirizados, mas

¹⁴ Recomendações COVID-19 - Contratos de prestação de serviços 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

Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1264-recomendcoes-covid-19-terceirizados>>. Acesso em 25/04/2020.

¹⁵ Nota Técnica nº 66/2018-MP

1. Trata a presente Nota Técnica de manifestação [...] sobre o tratamento a ser oferecido aos empregados de empresas prestados de serviços para a Administração Pública federal, quando da ocorrência dos benefícios exclusivos dos servidores públicos como ponto facultativo e recesso [...]

4.1. Os dispositivos da Convenção Coletiva de Trabalho (CCT), via de regra, dispõem que a empresa conceda auxílio-alimentação aos seus empregados apenas nos dias efetivamente trabalhados. Dito de outro modo, se o empregado não labora em dias

descontam-se, o vale transporte e o tíquete alimentação. Esta é a recomendação do Governo Federal, no seu Portal de Compras, em analogia ao procedimento adotado nos períodos de recesso e pontos facultativos. No mesmo sentido é a posição a Advocacia Geral da União – AGU nos seguintes pareceres emitidos em meados de março de 2020. Vejamos:

PARECER n. 00106/2020/DAJI/SGCS/AGU – De 18/03/2020.

CONSIDERANDO QUE AS DIVERSAS UNIDADES DA AGU ESTÃO SE ORGANIZANDO INTERNAMENTE, DISPENSANDO MEMBROS, SERVIDORES E ESTAGIÁRIOS DO TRABALHO PRESENCIAL, HÁ A POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO/SUSPENSÃO DE SERVIÇOS, SEM RESPECTIVA GLOSA NAS FATURAS?

[...]

50. Em síntese, em resposta ao terceiro questionamento, conclui-se que:

a) pode-se suspender/reduzir o efetivo de terceirizados, nos termos da Nota Técnica nº 66/2018- Delog/Seges/MP, sem prejuízo da remuneração, não se efetivando o pagamento apenas das parcelas referentes ao auxílio alimentação e ao vale-transporte. Registra-se, entretanto, com base numa interpretação teleológica das normas de enfrentamento da crise, não nos parece que seja o caso de reduzir o pagamento do salário tendo em vista as medidas que poderão ser adotadas aos colaboradores em razão da Portaria AGU nº 84, de 17 de março

considerados de "ponto facultativo" ou de "recesso" de servidores públicos, não há que se falar no pagamento dessas rubricas, mas sim o seu desconto nas faturas a serem pagas pela administração;

4.2. Em relação ao vale-transporte, cabe destacar que este benefício cobre despesas de deslocamento efetivo do empregado. Por conseguinte, não havendo esse deslocamento - trajeto da sua residência para o trabalho e vice-versa - não há que se falar em pagamento dessa rubrica, o que por via reflexa enseja o desconto desse pagamento nas faturas a serem liquidadas pela Administração;

Disponível em <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/NotaSEI-66-2018.pdf>>. Acesso em 28/04/2020.

de 2020, do Ofício-Circular nº 00003/2020/GABSGA/SGA/AGU, de 16 de março de 2020, e do Comunicado nº 18/SGA, de 18 de março de 2020, posto que alinhadas às referidas normas editadas nos órgãos centrais.

b) além disso, caso o Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, visando assegurar a continuidade de prestação do serviço público, entenda pela necessidade de manter terceirizados em atividade, esta Autoridade pode determinar a adoção de regime de jornada em trabalho remoto ou em turnos alternados de revezamento, nos termos do art. 6º-A da IN nº 21/2020.

E:

PARECER n. 00310/2020/CONJUR-MEC/CGU/AGU – De 20/03/2020

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

[...]

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 tele trabalho obedecidas as ressalvas deste parecer.

Entendo que seria uma boa alternativa para a manutenção dos empregos e diminuição dos encargos trabalhistas conferidos ao empregador,

8). No caso de serviços terceirizados, incluindo o fornecimento de mão de obra, em não havendo paralisação ou redução da prestação de serviços, mostra-se possível a redução monetária contratual? Qual o percentual monetário passível de redução?

8.1 – Da redução do valor do contrato no caso de prestação integral dos serviços

Em seu último questionamento, o consulente questiona sobre a alteração da parte financeira do contrato, e apresenta, neste caso, a hipótese de os serviços continuarem a ser prestados integralmente na forma como pactuado.

Nesses casos, a equipe técnica informa que o valor do contrato pode ser alterado com base em dois fundamentos.

O primeiro é o ajuste dos itens gerenciáveis do contrato, conforme já tratado no item 7.1, acima exposto. Assim como é possível realizar a adaptação dos valores no caso de paralisação parcial dos serviços também é possível fazê-lo no case de sua manutenção.

O segundo fundamento que justifica a redução do valor contratado sem a alteração na prestação de serviços é o reequilíbrio contratual, na forma do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93:

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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Entendo que no caso da primeira opção apresentada pela equipe técnica, a Administração pode e deve contar com a contribuição da contratada, que pode desempenhar um importante papel nesta remodelagem, apresentando alternativas não visualizadas pelos administradores.

Além dessa solução negocial, temos o reequilíbrio econômico-financeiro com base na teoria da imprevisibilidade, que permite a alteração do valor do contrato em virtude de álea econômica extraordinária. Para essa espécie de alteração do valor contratual, não há nenhum percentual limitador, na medida em que a mudança depende da alteração do valor dos insumos. Logo, não há percentual pré-fixado nesse caso, visto que não se trata da hipótese do art. 65, §1º, Lei 8.666/93.

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

(...)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Nesse sentido, há os Pareceres Consulta 06/2012 e 06/2003, mencionados no Estudo Técnico de Jurisprudência 17/2020-1.

O PARECER CONSULTA TC 006/2003, apresenta a seguinte conclusão:

No que concerne aos limites para a revisão do contrato administrativo, observamos que não há possibilidade de serem pré-estabelecidos, uma vez que não há como mensurar previamente a amplitude do desequilíbrio contratual, uma vez que decorre de fatos imprevistos ou previsíveis, porém de efeitos incalculáveis, devendo esses limites ser verificados pela Administração Pública diante dos casos concretos, ou quando da ocorrência de eventos danificadores do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. As justificativas de fato utilizadas para o reestabelecimento do equilíbrio contratual serão os eventos danificadores do equilíbrio, e as de direito serão o estabelecido no art. 65,11, 'd', da Lei 8.666/93. Assim, concluímos que as condições pactuadas no momento da proposta devem ser observadas até o término contrato. Caso ocorra algo que altere o equilíbrio econômico-financeiro do contrato a Administração deverá manter o que foi acordado com o particular de modo que não ocorra oneração para ambas as partes

O Parecer Consulta TC 06/2012, por sua vez, apresenta a seguinte conclusão:

IV CONCLUSÃO Por todo o exposto, sugere-se o conhecimento da presente consulta, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade. Quanto ao mérito, conclui-se que, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, é possível a extrapolação dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/93, seja para alterações contratuais qualitativas ou quantitativas, para melhor adequação às finalidades de interesse público, desde que de forma consensual e excepcionalíssima, atendidos cumulativamente os parâmetros definidos na Decisão TCU n. 215/1999, a saber: I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV – não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea “a”, supra - que as conseqüências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou

serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

Um motivo para a realização do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato é a redução imprevisível e impactante dos insumos. Um exemplo citado pela equipe técnica é a redução no valor da gasolina recentemente ocorrida. Nesse caso, as partes contratantes devem verificar como a diminuição do preço da gasolina impacta no contrato, por exemplo, em rondas com automóveis pelos prédios públicos. Além disso, cada posto de trabalho pode ter um reflexo diferente.

Os contratos administrativos em tempos de coronavírus

As possibilidades apresentadas às perguntas 7 e 8 estão previstas na Lei 8.666/93, o que seria de fácil resolução para o consultante. Todavia, percebo que o real interesse na apresentação das respostas por parte desta Corte é uma solução para o dilema de utilizar os mecanismos jurídicos existentes quando eles podem deixar inúmeros terceirizados sem renda de uma hora para outra e contribuir para a possível falência de empresas.

Sobretudo porque, além dos prédios públicos, também edifícios privados suspenderam ou limitaram suas atividades presenciais, reduzindo ou suprimindo a necessidade dos serviços prestados por terceirizados, deixando pessoas e empresas prejudicados, sem trabalho. Sobre essa dificuldade, importante a transcrição de um estudo realizado pela Equipe Zênite acerca dos impactos causados nos contratos administrativos em andamento, em virtude do coronavírus:

Dessa forma, simplesmente rescindir unilateralmente contratos por razões de interesse público, em vez de resolver o problema, agravará a emergência, na medida em que trabalhadores perderão sua fonte de subsistência, indispensável para lidar com

os efeitos da crise, e empresas certamente caminharão para a falência. Pior do que isso, vencido o momento mais dramático da crise, a rapidez para a recuperação econômica ficará prejudicada.

[...]

A Administração Pública não pode ignorar o fato de ser a maior contratante no mercado interno nacional, razão pela qual, diante da crise que assola o país (e o mundo), deve adotar medidas estratégicas para permitir a rápida recuperação da economia quando a emergência cessar. (g.n.)¹⁶

Antes, porém de passar a esses comentários, cabem duas observações iniciais. A uma, vale destacar que os comentários feitos adiante não precisam ficar restritos aos contratos de terceirização, podendo as ideias ser estendidas, no que for possível, aos contratos de fornecimento de bens e aos contratos de serviços por demanda. Depois, qualquer avaliação a ser feita deve levar em conta a essencialidade do contrato em face do coronavírus e de outras atividades essenciais. Assim, a Administração deve fazer uma avaliação de serviços que são essenciais (os terceirizados propriamente ditos, mas também de manutenção) e os não essenciais. Por vezes, a solução adequada para uma espécie de contrato não será para outro.

Quando aos contratos administrativos em execução em tempos de pandemia, devemos ponderar que, em tempos normais, quando a Administração decide pela redução dos serviços, suspensão ou rescisão do contrato, a empresa contratada sofre uma queda na sua receita, o que pode acarretar na dispensa de alguns de seus colaboradores. Em princípio, esta situação não deveria preocupar a Administração, pois os contratos não servem para fazer política pública, a variabilidade na receita é um risco inerente da livre

¹⁶ Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/contratos-administrativos-em-andamento-serao-impactados-pela-pandemia-da-covid-19-coronavirus-como-a-administracao-direta-indireta-e-as-estatais-devem-atuar-na-avaliacao-dessas-repercussoes-e-na-c/>>. Acesso em 28/04/2020.

iniciativa, e os trabalhadores podem contar com seguro-desemprego, além de buscar outro emprego. Entretanto, neste momento, ainda que os contratos administrativos não sirvam como mecanismo de distribuição de renda, é preciso agir com sensibilidade.

No tocante ao questionamento acerca de qual o percentual monetário passível de redução, apresentado neste item 8, reitero que já foi respondido dos itens 7.2.e.7.5 acima expostos.

Ante o exposto, acompanhando parcialmente o entendimento da área técnica e Ministério Público de Contas, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Conselheiro Relator

1. PARECER EM CONSULTA TC-00004/2020

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **RESOLVEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. CONHECER da presente consulta;

1.2. No mérito, responder à Consulta no seguinte sentido:

1.2.1. É possível a rescisão de contratos administrativos de designação temporária, antes do prazo final, com base na conveniência administrativa, que independente da exigência por lei local quanto à justificativa da rescisão, neste caso excepcional de pandemia deverá ser precedida de motivação, não podendo ser promovida de forma genérica, devendo ser instruída com dados concretos quanto ao motivo declarado;

1.2.2. É possível a manutenção dos contratos e, conseqüentemente, dos salários dos servidores contratados temporariamente, mesmo não havendo efetiva prestação de serviço, considerando-se os dias de serviço não prestado como faltas justificadas, na forma do art. 3º, §3º, Lei 13.979/2020, e em homenagem aos princípios constitucionais econômicos e sociais, mas preferencialmente deverão imbuir-se na tentativa de exercerem função remota.

1.2.3. Não é possível a suspensão por prazo determinado de contratos administrativos de designação temporária utilizando-se de analogia com a Lei 8.666/93, uma vez que a Lei de Licitações e Contratos regula contratações de natureza jurídica diversa o que torna inaplicável a utilização do método de interpretação por analogia, bem como por força da norma geral disposta no art. 3º, parágrafo único, Medida Provisória 936/2020, que veda a aplicação do instituto da suspensão temporária do contrato de trabalho à Administração Pública.

1.2.4. Não é possível a suspensão por prazo determinado de contratos administrativos de designação temporária utilizando-se lei local, por força da norma geral disposta no art. 3º, parágrafo único, Medida Provisória 936/2020, que veda a aplicação do instituto da suspensão temporária do contrato de trabalho à Administração Pública.

1.2.5. Não é possível a redução da remuneração paga em razão de contratos administrativos de designação temporária utilizando-se lei local, por força da norma geral disposta no art. 3º, parágrafo único, Medida Provisória 936/2020, que veda a aplicação do instituto da redução proporcional de jornada de trabalho e de salários da Administração Pública.

1.2.6. É possível a exoneração de servidores ocupantes de cargo em comissão mesmo durante a pandemia, devendo a Administração Pública avaliar a conveniência e oportunidade da medida.

1.2.7.1. É possível a redução do valor do contrato, em razão de itens que são gerenciáveis, ou seja, ajustáveis conforme a efetiva prestação do serviço, efetivada por meio de acordo entre as partes.

1.2.7.2. Se a redução for feita unilateralmente pela Administração, deve ser observado o limite de 25% do valor do contrato (e 50% no caso de reformas) (art. 65, I, “b”, e §1º, da Lei 8.666/93); se houver acordo entre os contratantes, não há limitação para o valor da redução (art. 65, §2º, II, Lei 8.666/93).

1.2.7.3. Os contratos de terceirização podem ser rescindidos na forma do art. 78, da Lei 8.666/93, e suspensos na forma dos arts. 8º, parágrafo único, 57, §1º, II, 78, XIV, art. 79, §5º, da Lei 8.666/93. O administrador deve ponderar a conveniência, oportunidade, e proporcionalidade das medidas, considerando a transitoriedade da situação, a possibilidade de retomada dos contratos, e a necessidade de proceder à nova licitação.

1.2.7.4. No caso de rescisão ou suspensão dos contratos, é devida indenização ao contratado na forma do art. 79, §2º, Lei 8.666/93.

1.2.7.5. A utilização desses instrumentos deve considerar a possibilidade de a empresa utilizar os mecanismos das MPs 927/2020 e 936/2020.

A Administração pode também, em vez de rescindir ou suspender os contratos, buscar uma solução negociada com as empresas ou utilizar a orientação do governo federal de pagar os salários dos colaboradores da empresa, descontando o vale transporte e o tíquete alimentação, conforme os Pareceres 106/2020/DAJ/SGCS/AGU e 310/2020/CONJUR-MEC/CGU/AGU, da AGU.

1.2.8. Os contratos de terceirização que continuarem a ser prestados podem ter seus valores reduzidos com base na redução dos valores dos itens gerenciáveis e na revisão contratual para efetivar o reequilíbrio econômico-financeiro (art. 65, II, “d”, Lei 8.666/93). Não há percentual limitador para essas hipóteses.

1.2.9. Recomenda-se o diálogo entre os jurisdicionados deste TCE-ES na busca da solução mais adequada.

1.3. Dar **ciência** aos interessados;

1.4. Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 30/04/2020 – 3ª Sessão Extraordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (vice-presidente no exercício da presidência/relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Vice-Presidente no exercício da Presidência

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões

Este texto não substitui o publicado no DOEL-TCEES 4.5.2020