

SOB A ÓTICA EMPRESARIAL

COVID - 19

REFLEXOS E IMPLICAÇÕES NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA
VISÃO DO CONTRATADO - PLANO DE GESTÃO DE CRISE
CONTRATUAL

 **PIRONTI** | ADVOGADOS

SUMÁRIO

1) INTRODUÇÃO	03
2) REFLEXOS NO PIB.....	04
3) PLANO DE GESTÃO DE CRISE EMPRESARIAL.....	05
4) ANÁLISE DOS IMPACTOS NOS CONTRATOS.....	09
5) REVISÃO DA MATRIZ DE RISCOS.....	10
6) DISPENSAS DE LICITAÇÃO.....	11
7) PREGÃO ELETRÔNICO E PRESENCIAL.....	12
8) INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO.....	13
9) SUSPENSÃO DAS SESSÕES PÚBLICAS.....	14
10) FISCALIZAÇÃO E GESTÃO DOS CONTRATOS.....	15
11) REEQUILIBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO....	16
12) SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	17
13) PERGUNTAS E RESPOSTAS.....	18
14) AVALIAÇÃO GERAL.....	21

REFLEXOS E IMPLICAÇÕES NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

COVID-19

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto do “coronavírus” (2019-nCov) constituía Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) [1]. Na sequência, em 11 de março, a OMS elevou o estado de contaminação pelo novo “coronavírus” como pandemia, após a identificação de mais de 115 países com casos declarados de infecção. O motivo da classificação de pandemia retratou não apenas a gravidade da doença ao denominado “grupo de risco”, mas principalmente a rápida disseminação geográfica do vírus. [2]

O mesmo motivo que elevou o estado de contaminação do vírus, trouxe – além de impactos imediatos e concretos na economia e nas relações sociais – inúmeras incertezas e implicações em vários setores, dentre eles, no âmbito do Direito, o das contratações públicas.

Diante disso, como equalizar esse cenário de incertezas entre o Público e o Privado, privilegiando os contratos firmados e a manutenção do seu equilíbrio? Em razão dessa e de tantas outras questões, formatamos esse breve material, que longe de ter interesse em ser exaustivo e definir um posicionamento único para a matéria, busca contribuir cientificamente para a discussão e definição do tema, com propósito instrutivo e de busca pelo consenso e das boas práticas nas relações público-privadas.

Fontes:

[1] Publicado em 04/02/2020 - Por Nações Unidas - <https://nacoesunidas.org/tire-suas-duvidas-sobre-o-novo-coronavirus>

[2] Publicado em 11/03/2020 - Por Agência Brasil - Brasília - <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>

REFLEXOS NO PIB



Fonte: BofA Global Research

Plano de Gestão de Crise Empresarial para os contratos - COVID19

ATIVIDADES

FASE 1		DEFINIÇÃO DA ESTRUTURA GERAL DO PLANO DE GESTÃO DE CRISE
ETAPA 1		DESENVOLVIMENTO DE PLANILHA GERENCIAL
A	Elaboração de um Plano de Trabalho que apresente e descreva os contratos impactados pelos reflexos do Covid-19	
ETAPA 2		ELABORAÇÃO DE UM MAPA DE RISCO INICIAL
A	Identificar e classificar esses contratos em níveis de risco inicial, considerando critérios de probabilidade e impacto (sem considerar, neste momento, o nível de risco pela conjugação dos critérios P x I)	
B	Requisitar das áreas gestoras dos contratos as informações que subsidiem o preenchimento do mapa de risco, com todos os documentos e justificativas que embasem o futuro pedido de repactuação ou reequilíbrio.	
C	Análise pela área jurídica das circunstâncias jurídicas do pleito: a) a existência de cláusula contratual tratando de caso fortuito ou de força maior (alea extraordinária); b) avaliação inicial do impacto das possíveis sanções e das inexecuções contratuais quando da inexistência de cláusulas contratuais; e c) o interesse na manutenção do contrato ou em sua rescisão amigável motivada pelos reflexos (comprovados) da crise e na impossibilidade de conclusão do escopo contratado.	
FASE 2		CRIAÇÃO DE UM COMITÊ DE GESTÃO DE CRISE EMPRESARIAL (CONTRATUAL)
ETAPA 1		NOMEAÇÃO DO COMITÊ DE GESTÃO DE CRISE E NEGOCIAÇÃO CONTRATUAL
A	Verificação das competências internas que devem integrar o comitê (primeiras e segundas linhas de defesa e representantes da Alta Administração)	
B	Elaboração do Regimento Interno do Comitê, suas competências e a responsabilidade de cada um dos seus integrantes	
C	Definir política de alçadas e desenho de processos para a avaliação dos casos objeto de enfrentamento pelo Comitê	
ETAPA 2		ESTRUTURAÇÃO DE MATRIZ DE RISCO
A	Elaboração da Política de Gestão de Riscos Contratuais	
B	Definição do apetite de risco do Comitê	
ETAPA 2.1		MATRIZ DE RISCOS
A	Elaboração da Matriz de Risco para gerenciamento da crise (considerando neste momento o nível de risco pela conjugação dos critérios P x I = NR)	
ETAPA 2.2		PLANOS DE AÇÃO
A	Estruturação do PCN (plano de continuidade do negócio) no âmbito destes contratos, considerando os planos de ação para aceitação, mitigação ou compartilhamento dos riscos dos contratos a serem negociados em razão da configuração da alea extraordinária;	
FASE 3		FORMALIZAÇÃO DA NOTIFICAÇÃO
ETAPA 1		ESTRUTURA JURÍDICA DA NOTIFICAÇÃO
A	Situação de fato a ser considerada (justificativa de fato vinculada à alea extraordinária/força maior pelo COVID-19)	
B	Delimitação dos impactos da crise especificamente na empresa e seus reflexos no contrato objeto da notificação	
C	Motivação congruente que vincule o nexo de causalidade existente entre a força maior do COVID-19 e o direito do contratado à repactuação ou reequilíbrio (ainda que o pedido seja de solução consensual)	
D	Elaboração da notificação com a juntada de toda documentação necessária	
FASE 4		PLANO DE COMUNICAÇÃO
ETAPA 1		COMUNICAÇÕES AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE
A	Comunicações para acompanhamento e diligências sobre o pleito:	
A.1	Solicitação de acompanhamento e providências de avaliação e resposta eficientes pelo Controle Interno do Ente Público ou Entidade da Administração Indireta	
A.2	Informação ao gestor do contrato determinando a necessidade de diálogo e providências urgentes sobre o contrato em razão de situação excepcional	
A.3	A depender da complexidade do objeto do contrato ou da afetação de sua solução de continuidade ao interesse público (serviços públicos essenciais ou de interesse direto da coletividade, v.g., contratos de concessão, terceirização de serviço, gestão da saúde ou educação, obras dentre outros), encaminhar cópia da notificação ou informação sobre os fundamentos que a motivaram aos órgãos de controle externo, com o objetivo de demonstrar transparência e lisura no trato do contrato	
ETAPA 2		MONITORAMENTO E REPORTE
A	Monitoramento contínuo pelo Comitê de Gestão de Crise	
B	Registros e reportes internos de todos os atos realizados no âmbito da gestão de crise contratual	

Plano de Gestão de Crise Empresarial para os contratos - COVID19

ATIVIDADES	DATA ESTIMADA DE INÍCIO	DATA ESTIMADA DE FIM	DATA EFETIVA DE INÍCIO	DATA EFETIVA DE FIM	ANDAMENTO GERAL	STATUS	ATIVIDADE PENDENTE COM	%	OBSERVAÇÕES
FASE 1									
ETAPA 1									
A	11/03/2020	13/03/2020			EM ANDAMENTO	ALTERAÇÕES REVISÃO FINAL		75%	
ETAPA 2									
A	11/03/2020	13/03/2020			EM ANDAMENTO	ALTERAÇÕES REVISÃO FINAL		75%	
B									
C									
FASE 2									
ETAPA 1									
A	23/03/2020	23/03/2020			PENDENTE	PENDENTE	AMBOS	0	
B	23/03/2020	23/03/2020			PENDENTE	PENDENTE	AMBOS	0	
C	24/03/2020	26/03/2020							
ETAPA 2									
A	30/03/2020	03/04/2020			PENDENTE	PENDENTE	AMBOS	0	
B	06/04/2020	17/04/2020			PENDENTE	PENDENTE	AMBOS	0	
ETAPA 2.1									
A	06/04/2020	17/04/2020			PENDENTE	PENDENTE	AMBOS	0	
ETAPA 2.2									
A	20/04/2020	20/04/2020			PENDENTE	PENDENTE	AMBOS	0	
FASE 3									
ETAPA 1									
A	21/04/2020	23/04/2020			PENDENTE	AG. FASE 1	AMBOS	0	
B									
C		24/04/2020			PENDENTE	AG. FASE 1	AMBOS	0	
D	24/04/2020	24/02/2020							
FASE 4									
ETAPA 1									
A	27/04/2020	29/04/2020			PENDENTE	AG. FASE 2	AMBOS	0	
A.1									
A.2									
A.3									
ETAPA 2									
A	30/04/2020	30/04/2020			PENDENTE	AG. FASE 2	AMBOS	0	
B	27/04/2020	29/04/2020			PENDENTE	AG. FASE 2	AMBOS	0	

* As datas existentes neste planejamento são meramente ilustrativas

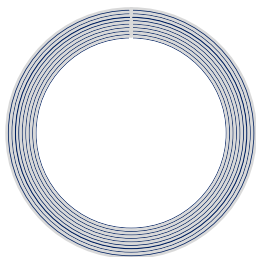
Escalas de porcentagem

10%	Documentação/reunião solicitada
25%	Atividade em elaboração
50%	Atividade finalizada - em revisão interna
75%	Alterações de revisão final
90%	Validação e ajustes
100%	Concluído

DASHBOARD PARA ACOMPANHAMENTO GERENCIAL

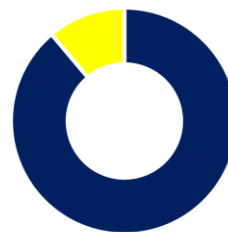


STATUS COMPILADO FASE 01 à FASE 4

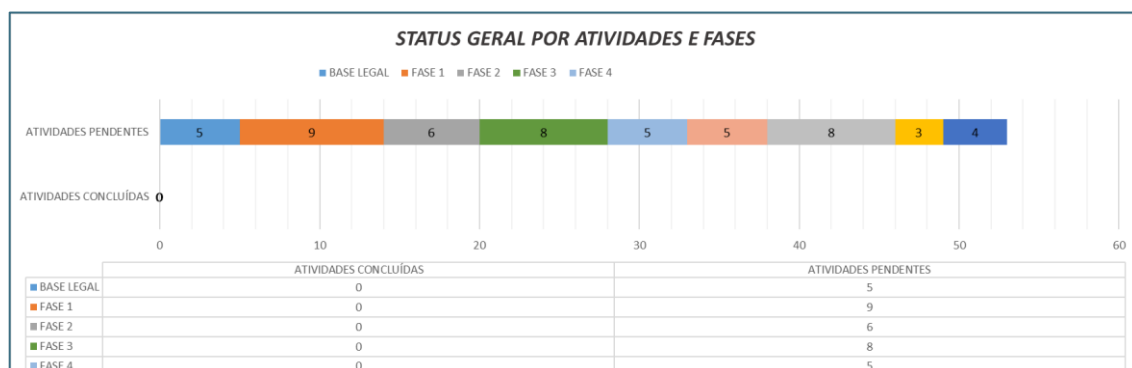


■ CONCLUÍDO ■ NÃO CONCLUÍDO

STATUS GERAL - PORCENTAGEM DE CONCLUSÃO



■ Concluído ■ Não concluído



Fase 1. DEFINIÇÃO DA ESTRUTURA GERAL DO PLANO DE GESTÃO DE CRISE

Etapa 1. DESENVOLVIMENTO DE PLANILHA GERENCIAL

A. Contrato de prestação de serviços de tecnologia da informação que exige profissionais qualificados em regime celetista de contratação. A inexistência desses profissionais no mercado pode gerar inexecução contratual.

Etapa 2. ELABORAÇÃO DE UM MAPA DE RISCO INICIAL

- A. Probabilidade: muito alta x Impacto: muito alto
- B. Solicitar maiores informações aos gestores do contrato.
- C. Análise jurídica em relação à cláusula contratual disciplinadora da força maior; ao evento (inexecução parcial do contrato), à consequência (penalidade ou rescisão) dentre outros fatores.

Fase 2. CRIAÇÃO DE UM COMITÊ DE GESTÃO DE CRISE EMPRESARIAL

Etapa 1. NOMEAÇÃO DO COMITÊ DE GESTÃO DE CRISE E NEGOCIAÇÃO CONTRATUAL

- A. Criação do Comitê de Gestão de Crises (TI, Jurídico, Controle Interno e representante da Alta Administração).
- B. Regimento e Responsabilidades (matriz de responsabilidade)
- C. Alçada decisória para negociação = Alta Administração

Etapa 2. ESTRUTURAÇÃO DE MATRIZ DE RISCO

- A. Elaborar Política de Gestão de Riscos.
- B. Apetite definido = Alto

Etapa 2.1 Matriz de Risco

- A. Matriz de risco 5 x 5 = Nível de Risco: extremo (25)

Etapa 2.2 Planos de Ação

- A. Plano de ação contingencial. Rescisão do contrato, contratação de profissionais no formato RPA ou contratação de profissionais sem a qualificação exigida no contrato. Risco compartilhado com contratação realizada pela Contratada.

FASE 3. FORMALIZAÇÃO DA NOTIFICAÇÃO

A, B, C, D. Formalização da notificação, com as considerações do PGC.

FASE 4. PLANO DE COMUNICAÇÃO

Etapa 1. COMUNICAÇÕES AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

- A. Comunicação aos órgãos de Controle
 - A.1 Comunicação com cópia da notificação do Controle Interno, solicitando acompanhamento do pleito
 - A.2 Encaminhar cópia do requerimento ao Gestor do Contrato
 - A.3 Encaminhar cópia do requerimento do TCE para acompanhamento

FASE 5. MONITORAMENTO E REPORTE

- A. Monitoramento conforme política definida pelo Comitê de Gestão de Crise
- B. Informação à área jurídica e Alta Administração

The background of the entire page is a light gray, semi-transparent image of several COVID-19 virus particles. These particles are spherical with a textured surface and numerous protruding spike proteins. They are scattered across the page, with a larger, more detailed one in the center. The overall aesthetic is clean and professional, with a focus on the subject matter.

COVID - 19

ANÁLISE DOS IMPACTOS NOS CONTRATOS

 **PIRONTI** | ADVOGADOS

Revisão da matriz de risco

A declaração da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, de que o surto do “coronavírus” (2019-nCov) constitui Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) fundamentou a edição da Lei nº 13.979/2020, em 06 e fevereiro, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, e trouxe repercussões que afetam os contratos administrativos. Uma dessas implicações é a necessidade de revisão da matriz ou do mapa de riscos.

Considerando que risco é o efeito da incerteza na consecução de um dado objetivo [ISO 31.000], a declarada emergência pelo COVID-19 e sua repercussão nos contratos públicos altera o prognóstico dos eventos de riscos elencados na matriz ou mapa inicial, cabendo sua atualização, como prevê, por exemplo, a Instrução Normativa nº 05/2017 em seu artigo 26, §1º, inciso IV.

O impacto e a probabilidade das incertezas relacionadas ao “coronavírus” no atingimento dos objetivos do contrato, como por exemplo, a alteração de cronograma de execução em vista das ausências de empregados da empresa contratada nas dependências da contratante, deve fazer parte de uma necessária revisão da matriz, com previsão das ações preventivas e de contingência e dos responsáveis pelo risco.

Dispensas de licitação

—
A Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da COVID-19 criou nova hipótese de dispensa de licitação para “aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus” (art. 4º).

O parágrafo primeiro define que essa dispensa “é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”.

Portanto, considerando essa pandemia, a Administração Pública poderá contratar fornecedores de forma direta, sem licitação.

Algumas questões merecem destaque:

- ✓ Possibilidade de contratação de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido;
- ✓ Podem ser adquiridos equipamentos usados, em plenas condições de uso e funcionamento;
- ✓ Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, poderá ser dispensada a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista.

Pregão eletrônico e presencial

A Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da COVID-19 estabeleceu novas regras para a utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da pandemia.

Visando agilizar as contratações, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade (art. 4ºG). Na hipótese de o prazo original for número ímpar, este será arredondado para o número inteiro antecedente (§1º).

Exemplos: o período de publicação do edital pode ser reduzido para 4 dias, o prazo de impugnação e pedidos de esclarecimentos será de apenas 1 dia antes da data da abertura e o prazo recursal também será de apenas 1 dia.

Por fim, pontua-se que os recursos apenas terão efeito devolutivo, seguindo-se o procedimento.

Inexigibilidade de licitação

—

Além da permissão contida na Lei 13.979/2020, para contratação por dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, aventa-se a possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação, de certos objetos relacionados à pandemia; como exemplo, cita-se a contratação de especialistas da área de saúde para ministrar cursos a profissionais que trabalham em hospitais públicos ou de exames laboratoriais específicos, dentre outros. Tais objetos, podem ser enquadrados no inciso II, do art. 25, da Lei 8.666/93, caso evidenciado no caso concreto a confluência de seus três elementos caracterizadores, quais sejam, (a) serviços técnicos especializados, (b) singularidade do objeto, (c) e a contratação de profissionais ou empresas notoriamente especializados.

Mas a novidade da pandemia e a sua repercussão pulverizada em diversos setores permite contratações por inexigibilidade em variados objetos, não apenas na área da saúde, como especialistas em gerenciamento de riscos, em planejamento estratégico dinâmico, perícias técnicas em aditivos contratuais, auditorias em execução físico-financeira de obras suspensas, consultorias e treinamentos em produtividade de trabalho remoto, dentre tantos outros.

Também se vislumbra a aquisição de produtos por inexigibilidade de licitação quando procedentes de fornecedores exclusivos, amoldando-se no inciso I do artigo 25.

Enfim, há e ainda poderão existir, situações variadas que permitam a contratação direta por inexigibilidade em função da inviabilidade de competição derivada dos efeitos da pandemia do COVID-19.

Suspensão das sessões públicas

Uma das consequências da COVID-19 é a determinação via ato normativo de suspensão de sessões públicas ou de atividades em alguns setores dentro da Administração Pública. A repercussão de tal medida para contratações públicas pode ser o adiamento de sessões de certames licitatórios presenciais.

Nessa hipótese, é possível ocorrer, dentro do grau de necessidade concreta do objeto, a revogação do edital com fundamento no artigo 49 da Lei 8.666/93, por motivo de fato superveniente que tornou inoportuno o ato, ou de republicação do edital estabelecendo nova data para a sessão.

Caso já tenha ocorrido a abertura da licitação em data anterior, cogita-se a suspensão do certame para retomada após a revogação das medidas estabelecidas, com a necessidade de consulta aos licitantes sobre a renovação da validade das propostas. A inviabilidade desse procedimento demanda a revogação da licitação.

Do mesmo modo, reuniões pontuais ou periódicas entre a Administração e empresas contratadas devem ser adiadas ou realizadas por meios eletrônicos, remotamente, com respectivo registro em ata.

Reuniões públicas, diante do quadro instalado, são inadequadas ao interesse público e contrárias às medidas de prevenção à COVID-19, devendo, sempre que possível ou determinado, serem adiadas ou realizadas de forma remota. Cabe aos fornecedores/licitantes acompanharem os avisos de suspensões de sessões ou revogação de licitação.

Fiscalização e gestão dos contratos

As maiores e mais complexas repercussões do COVID-19 no universo das contratações públicas certamente se materializarão na execução contratual.

Isso porque já estão sendo observados descumprimentos de obrigações por parte das contratadas originadas por ausências de funcionários da contratada, desabastecimento de estoques, etc.

Permanece, contudo, a obrigação de a Administração acompanhar a execução contratual e manter – dentro do possível – a rotina de acompanhamento do cronograma físico-financeiro das obras e serviços, de avaliação *in loco* e da análise dos produtos recebidos.

Portanto, os registros de acompanhamento contratual devem relatar todos os aspectos de não atendimento às regras contratuais, para instauração de procedimento administrativo visando apurar irregularidades e eventualmente aplicar sanções.

Cabe às empresas contratadas solicitar todos os relatórios, juntar todas as ocorrências e evidências para eventual defesa administrativa para afastar as penalidades.

Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é tutelado constitucionalmente (art. 37, inciso XXI) e materializa-se na justa correlação entre os encargos do particular e a remuneração devida. Quaisquer alterações nesses encargos que influenciem essa equação devem ser analisadas pela Administração impondo-se a recomposição do equilíbrio econômico da relação contratual.

O COVID-19 tem trazido profundas consequências financeiras para os contratos, como o aumento do valor de insumos vinculados ao dólar ou em vista do acréscimo da demanda no mercado; ausências de empregados ocasionando contratações extraordinárias e de alto impacto financeiro, ou ainda, pagamento de horas extraordinárias para manutenção da atividade dentre outros.

Subsumindo-se o disposto no art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93, com as variadas hipóteses de materialização do desequilíbrio econômico-financeiro em razão da pandemia do COVID-19, é possível identificar os elementos autorizadores do reequilíbrio:

- a) Fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis – a pandemia declarada pela OMS foge de qualquer exercício de previsibilidade, além de, no momento, consubstanciar-se em fato superveniente ao contrato, incalculável, retardador ou impeditivo da execução do ajustado.
- b) Caso de força maior – por tratar-se de evento imprevisível e inevitável.
- c) Fato da Administração ou Fato do Príncipe – nas hipóteses em que há alteração unilateral do contrato ou determinação legal que importe em modificações das condições iniciais e desequilibrem a equação econômico-financeira.

Aplica-se, nestes casos, a teoria da imprevisão, cujos requisitos são: (1) imprevisibilidade, (2) fato alheio à vontade das partes, (3) inevitabilidade e (4) desequilíbrio com grande impacto no contrato.

Portanto, caracterizando-se os elementos e requisitos acima listados e havendo a demonstração inequívoca da relação de causa (pandemia) e efeito (desequilíbrio econômico-financeiro) que impede ou retarda a execução contratual é dever da Administração promover o reequilíbrio, por meio do realinhamento, ou revisão dos preços contratados, com todas as evidências e justificativas apensas no processo.

Sanções Administrativas

O COVID-19 tem trazido extensas consequências às execuções dos contratos administrativos, materializando descumprimentos parciais ou totais das contratadas pelos mais variados motivos, como ausências de empregados, descumprimento de cronogramas, desabastecimento de produtos, entregas alteradas dentre outros.

Uma das “cláusulas exorbitantes” dos contratos administrativos, que pode sofrer impactos com a pandemia do Coronavírus, é a aplicação unilateral de penalidades. Trata-se de dever-poder da Administração instaurar o devido processo administrativo para apurar os descumprimentos contratuais e aplicar a sanção correspondente.

É essencial ressaltar a necessidade de instrução processual para apontar os fatos, juntar as evidências, possibilitar a ampla defesa da contratada e após devidamente instruído levar à decisão da autoridade competente que definirá pela aplicação da sanção, com a posterior execução, ou arquivamento do processo.

Importante ressaltar, porém, que para aplicação da respectiva sanção, a inexecução contratual deve ser consequência direta de ação ou omissão da contratada, seja pela figura do dolo ou os elementos da culpa (negligência, imprudência e imperícia).

Caracterizando-se a pandemia como hipótese de força maior, evento imprevisível, inevitável, que cria ao contratado impossibilidade de cumprimento total ou parcial do ajuste, bem como, encontrando respaldo legal, como por exemplo os decretos que impõem a suspensão ou paralização de atividades, materializa-se – como regra – a ausência de culpabilidade nessas hipóteses, inviabilizando por parte da Administração a aplicação de sanções contratuais.

Cabe às empresas contratadas juntar todas as evidências que motivam o descumprimento de regras contratuais relacionados à COVID-19 para anexar as justificativas em defesa administrativa visando o afastamento de qualquer penalidade.

Outrossim, é essencial identificar e sinalizar as alternativas para cumprimento do contrato, ainda que de forma parcial, para minimização de prejuízos à Administração.



COVID - 19

ALGUMAS PERGUNTAS E RESPOSTAS

 **PIRONTI** | ADVOGADOS

Perguntas e Respostas

Meu pagamento é por demanda, o que fazer?

Via de regra, o contrato irá resolver a quem é imputável o ônus quando da ocorrência de eventos de força maior como a COVID-19. Usualmente, referido risco é repartido igualmente entre as partes, de modo que cada qual arcará com seus próprios ônus. Ocorre, o impacto poderá ser muito maior à contratada, por exemplo, em contratos em que o pagamento é realizado conforme demanda. Se não há demanda, não há pagamento. O problema é que muitos contratos de prestação de serviços exigem que as contratadas mantenham colaboradores em regime celetista. Assim, mesmo com a ausência de demanda do Contratante, a Contratada permanece arcando com os custos de recursos humanos e outros materiais que precisa ter disponíveis em caso de eventual demanda. Nesses casos, orienta-se a propositura de um plano de ação a ser enviado à Contratante, com medidas alternativas, de modo a reduzir o impacto às contratadas.

Não encontro profissionais qualificados no mercado para execução dos serviços, o que fazer?

Usualmente contratos exigem profissionais qualificados para a prestação de serviços. A não apresentação de um quadro de profissionais com as qualificações exigidas pela Contratante, em um cenário de normalidade, implica inexecução parcial do contrato. Esse evento gera como consequência a imposição de penalidade, usualmente multas contratuais, mas, a depender da reincidência, pode, inclusive, ocasionar rescisão contratual. Em um cenário de pandemia, essa realidade deve ser analisada de forma mais acurada, é que não há como imputar culpa à contratada. A situação fática (ausência de profissionais qualificados) não decorre de qualquer conduta da contratada, mas, sim, do evento de força maior (pandemia). Assim, entende-se que há justificativa para esse suposto descumprimento contratual, que, portanto, não deve implicar qualquer penalidade.

Fui penalizado por descumprir o contrato em razão de situação decorrente da COVID-19, o que fazer?

Conforme já destacado, a pandemia COVID-19 é um evento de força maior. Dessa forma, todas as situações que impliquem consequências ao contrato celebrado que decorram de um evento de força maior não poderão ser imputados à Contratada. Trata-se de um evento estranho à relação entre as partes, justificando-se eventual conduta que, em um cenário de normalidade, ensejaria uma penalidade. Assim, a contratada deve apresentar defesa administrativa, informando todas as ações tomadas como medida de mitigação da situação que impactou o contrato e gerou a penalidade.

Perguntas e Respostas

Meu contrato realizado por dispensa de licitação, fundada na existência de pandemia, poderá ser questionado pelos órgãos de controle no futuro?

A dispensa de licitação, se fundada na Lei Federal n. 13.979/2020, atendidas as exigências legais, não deverá ser questionada, sob pena de implicar um cenário de medo generalizado e “fuga das canetas” nas contratadas e nos próprios gestores. Destaque-se que, apenas se evidenciada uma situação de comprovado dolo ou culpa grave em relação à eventual ofensa ou fraude aos requisitos legais para celebração da contratação por dispensa de licitação é que haverá plausibilidade para questionamento pelos órgãos de controle.

A apresentação de eventual recurso administrativo em pregão fundado na Lei 13.979/2020 possui efeito suspensivo?

Eventuais recursos administrativos, interpostos nos termos da Lei Federal n. 13.979/2020, possuirão somente efeito devolutivo. Isso significa dizer que não terão efeito suspensivo, não implicarão paralisação dos trâmites processuais, da celebração dos contratos ou do início da execução contratual.

Avaliação Geral

Não há dúvida de que os impactos desta grave crise mundial, decorrente da pandemia do COVID-19 e com grandes consequências na economia e nas relações humanas, encontrará reflexo nos contratos administrativos.

O cenário ainda é de muitas incertezas e os danos ainda impassíveis de medição, de qualquer sorte, não se pode imaginar outra solução para estes casos, senão o diálogo e o entendimento de que situações extraordinárias e de repercussão geral devem ser tratadas com o mesmo zelo e serenidade do tratamento dado as causas que as originaram.

Equipe Pironti Advogados

COORDENAÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA

RODRIGO PIRONTI, PhD.

ELABORAÇÃO E REVISÃO

RODRIGO PIRONTI
(Sócio Fundador)

EDUARDO MOURA
(*Head de Compliance*)

CAROLINE RODRIGUES
(Coordenadora de *Compliance* Público)

MIRELA MIRÓ ZILIOOTTO
(Coordenadora de Licitações/Contratos)

 **PIRONTI** | ADVOGADOS



+55 41 3209-7200 | www.pirontiadogados.com

Av. João Gualberto, 780 - 4º e 5º andares, Alto da Glória | Curitiba/PR