



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

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

NUP: 23000.009019/2020-79

INTERESSADOS: SAA - SUBSECRETARIA DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS/MEC

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

VALOR ECONÔMICO: NÃO SE APLICA

I - Direito administrativo. Direito constitucional. Contratações públicas.

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

III - Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde. Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011. Decreto-lei 4.657/1942, de 04 de setembro de 1942. Instruções Normativas nº 19, 20 e 21, de 2020 do Ministério da Economia. Portaria nº 84, da Advocacia-Geral da União. Portaria nº 491, de 19 de março de 2020, do Ministério da Educação.

IV - Pela possibilidade desde que obedecidas as balizas dispostas neste parecer jurídico.

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta encaminhada pela Subsecretaria de Assuntos Administrativos - SAA/MEC por meio do Ofício Nº 933/2020/GAB/SAA/SAA-MEC, de 17 de março de 2020 (Sei nº 1961431), acerca da viabilidade jurídica da dispensa dos prestadores de serviços terceirizados e seus reflexos tanto no contrato administrativo, quanto no contrato de trabalho, em razão da pandemia causada pelo COVID-19 (coronavírus).

2. Dessume-se da análise dos autos do processo eletrônico que o ofício sobredito delimitou o contexto fático da consulta nos seguintes termos:

[...]

3. Diante disso, e considerando o caso específico da iminente redução de força de trabalho presencial, consultamos essa Conjur sobre os seguintes aspectos da aplicação das orientações, a fim de resguardarmos a Administração quanto à correta interpretação legal na execução dos contratos de terceirização de mão de obra em vigor neste Ministério:

1º - Está correta a interpretação de que pode a Administração, considerando o atual cenário como justificável para a aplicação da redução de trabalho consoante a diminuição de servidores, **dispensar os prestadores de serviço de suas atividades, mantendo sua remuneração mas aplicando-lhes os descontos referentes aos auxílios transporte e alimentação?**

2º - Tendo em vista que as orientações não tratam explicitamente do tema e os contratos tampouco o fazem, pode a Administração demandar que os prestadores de serviços terceirizados realizem suas tarefas remotamente, durante o período que perdurar a crise de saúde pública vigente, aplicando-se semelhante interpretação das orientações dadas aos servidores públicos sem que incorra em descumprimento do inciso VII do art. 5º da Instrução Normativa nº 5, de de 2017?

3º - Os profissionais terceirizados que estejam enquadrados no sabido grupo de risco, inclusive descrito no art. 6º da Instrução Normativa nº 21, de 2020, deverão ser dispensados de suas atividades? Em caso positivo, considerando a não realização das atribuições, pode a Administração impor à empresa que apresente outro profissional para cobrir a ausência da prestação desses serviços?

[...]

3. Além disso, foi juntado aos autos do processo eletrônico o documento intitulado “carta anônima” (Sei nº 1968051) questionando as providências do Ministério da Educação acerca dos prestadores de serviço terceirizados relacionadas à prevenção e combate ao coronavírus.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

4. De início, convém destacar que compete a esta Consultoria Jurídica, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73/93, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, que estão reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente, tampouco examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira.

5. Esses limites à atividade deste órgão jurídico se justificam em razão do princípio da deferência técnico-administrativa e do disposto no Enunciado nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União – AGU, in verbis:

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

6. Ademais disso, entende-se que as manifestações da CONJUR são de natureza opinativa e, portanto, não são vinculantes para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar orientação contrária ou diversa da exposta neste parecer. Ou seja, não é vinculante.

II.2. DELIMITAÇÃO DA DÚVIDA JURÍDICA

7. Nos termos do que disposto no Ofício Nº 933/2020/GAB/SAA/SAA-MEC, de 17 de março de 2020 (Sei nº 1961431), encaminhado pela Subsecretaria de Assuntos Administrativos – SAA/MEC, como destacado linhas acima, o cerne da questão diz respeito à possibilidade de dispensa dos empregados terceirizados e seus reflexos tanto no contrato administrativo, quanto no contrato de trabalho, em decorrência da pandemia declarada pela Organização Mundial de Saúde – OMS em 11 de março de 2020, resultante da contaminação pelo COVID-19 (coronavírus).

8. Cabe ser destacado que a matéria posta nesta manifestação é válida para o presente momento. Como a situação decorrente da pandemia está sofrendo alteração diária recomenda-se, caso a situação atual seja alterada, ser novamente consultado este órgão de assessoramento jurídico para que seja verificada a necessidade de orientação diferente dos termos tratados no presente parecer.

9. Delimitada a dúvida jurídica cumpre trazer à baila o fato gerador que levou à necessidade de manifestação por parte desta Consultoria Jurídica.

10. Pois bem, de acordo com Rosalind Eggo, acadêmica especialista em doenças infecciosas na Escola de Higiene e Medicina Tropical de Londres pandemia significa uma epidemia que ocorre "em todo o mundo mais ou menos ao mesmo tempo".

11. Em vista disso, o cenário mundial atual é de uma epidemia que tem o potencial de ser espalhada por todo o mundo mais ou menos ao mesmo tempo.

12. Nesse panorama, todos possuem o risco de contrair o vírus, alguns em maior potencial, outros em menor potencial.

13. É sabido que o vírus pode levar à morte, pelo contágio da doença, ou mesmo, pela falta de assistência médica, justamente, pela velocidade de propagação da doença e pela conhecida escassez do sistema de saúde. Atento a esse cenário o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, declarando Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional em seu artigo 1º, *verbis*:

Art. 1º Declarar Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional conforme Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011;

14. O Decreto nº 7.616/2011 em seu artigo 2º dispõe que:

Art. 2º A declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN ocorrerá em situações que demandem o emprego urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública. (grifei)

15. Além do mais foi noticiado amplamente pela imprensa que o Projeto de Decreto Legislativo nº 88/2020 reconhece o estado de calamidade pública no Brasil. A proposta foi aprovada na Câmara Dos Deputados no dia 18.03.2020 e seguiu para votação no Senado Federal, que deverá apreciar o pedido na data de hoje, conforme noticiado no sítio eletrônico denominado “Senadonotícias”.

16. Em face do exposto está mais do que comprovado que a situação atual vivenciada em nosso país demanda ações nas diversas esferas dos poderes públicos para contenção do atual quadro de emergência em saúde pública de importância nacional.

II.2.1 O direito à vida como direito fundamental prestacional a ser garantido pelo Estado

17. Na doutrina dos direitos fundamentais do homem encontra-se o direito à vida, para o qual José Afonso da Silva conferiu o seguinte entendimento:

Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas, na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade [...] tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

[...]

Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, senão erigisse a vida humana num desses direitos.

[...] (grifei)

18. Dessa forma, para proteção dos direitos fundamentais existem as chamadas garantias constitucionais, as quais para José Afonso da Silva são consideradas:

Caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais.

19. Por outro lado, na concepção trazida por Robert Alexy:

[...]

o conceito de direito a prestações será compreendido de forma ampla. Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direito a prestações é exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal.

20. O autor complementa sua exposição esclarecendo, também, que toda vez que existir uma relação constitucional na qual o titular de um direito fundamental tiver um direito em face do Estado, para que esse realize uma ação positiva, o Estado terá o dever de realizar. Ademais, tem o titular do direito fundamental a competência de exigir judicialmente o mencionado direito.

21. Uma das classificações que Robert Alexy atribui aos direitos prestacionais é a dos direitos prestacionais em sentido estrito, na qual estão inseridos os direitos fundamentais sociais. Para o autor, “direitos à prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. São exemplos: direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação.

22. No art. 196 da Constituição da República foi disposto que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifei)

23. Discorrendo sobre as normas que possuem conteúdo de direitos fundamentais sociais,

Robert Alexy destaca:

As normas a serem atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica 'direitos fundamentais sociais' são de tipos os mais distintos. A partir de pontos de vista teórico-estruturais, elas podem ser diferenciadas com base em três critérios. Em primeiro lugar, pode-se tratar de normas que garantam direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o Estado de forma objetiva. Em segundo lugar, elas podem ser normas vinculantes ou não-vinculantes - neste último sentido seriam elas enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada como 'vinculante' se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal. As normas podem, por fim, fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios.

24. Assim, claro está que os direitos sociais vinculam o Poder Público, podendo-se afirmar que fazem parte das normas vinculantes, de acordo com a classificação apresentada acima.

25. Ainda, é de salutar importância considerar que o interesse público nesse tipo de situação está intrinsecamente relacionado à realização de determinado direito fundamental, cuja a titularidade é do Estado.

26. Nessa mesma linha Paulo Otero em seu Manual de Direito Administrativo afirmou:

"[...] A definição do que seja o bem comum ou o interesse público a cargo da Administração Pública insere-se num processo de contínuas alterações resultantes das mutabilidades sociais e das responsabilidades que o Estado, em cada momento histórico, à luz da subsidiariedade, pretende assumir na satisfação das necessidades coletivas: o interesse público traduz uma opção política, sendo a sua definição condicionada pelo modelo ideológico refletido a nível político-económico.

[...]

O interesse público é o fundamento, o limite e o critério do agir da Administração Pública. O interesse público desempenha o papel de 'farol orientador do desempenho público'.

Na prossecução do interesse público, **a Administração Pública tem sempre de se pautar por um critério decisório que visa alcançar o melhor interesse público, escolhendo os melhores meios, os meios mais convenientes ou adequados a habilitar uma solução ótima: o interesse público alicerça um dever de boa administração [...]**" (grifei e sublinhei)

27. Porquanto, é obrigação dos órgãos do poder público garantir a todos de forma igualitária o direito à vida, à saúde e à manutenção de seu emprego. Por ser de conhecimento dos órgãos do poder público essas obrigações estão sendo publicadas normas para proteção ou redução de risco de contágio ou propagação da doença.

II.2.2 Da competência do Ministro de Estado da Educação para adotar no âmbito desta pasta medidas gerais de prevenção e contenção do avanço da doença em relação aos prestadores de serviço terceirizados

28. Levando em consideração o cenário atual não há como esta pasta se abster em tomar decisão no sentido de como irá proceder para liberação dos prestadores de serviço terceirizados correndo o risco da autoridade máxima deste órgão sofrer penalização em âmbito judicial e administrativo.

29. De fato, na Administração Pública existe uma categoria de empregados chamados terceirizados que possuem vínculo laboral com a empresa prestadora de serviços, que não são, desse modo, sujeitos às regulamentações que estão sendo publicadas pelo poder público fazendo gerar as dúvidas descritas no ofício supracitado, principalmente, porque os servidores (para quem são direcionadas as regulamentações precitadas) em sua grande maioria estão sendo dispensados da prestação de serviços de forma presencial para a prestação de forma remota, o que gera reflexos tanto nos contratos administrativos, quanto nos contratos de trabalho, formalizados com as empresas prestadoras de serviços terceirizados por não se fazerem necessários os serviços na mesma quantidade antes demandada.

30. Nessa linha, o Ministério da Educação publicou a Portaria nº 491, de 19 de março de 2020, que "Estabelece medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus (COVID-19) no âmbito do Ministério da Educação" voltada para os servidores e estagiários.

31. Nada obstante não houve regulamentação da matéria no que se refere aos prestadores de serviço terceirizados.

32. Como destacado no artigo 15 do PARECER n. 00294/2020/CONJUR-MEC/CGU/AGU, o qual está sendo parcialmente aprovado, cabe ao Ministério da Economia regulamentar a matéria. O que até o

momento não foi feito.

33. A medida tomada pela pasta precitada foi a de publicar no dia 16 de março por meio do portal de compras a orientação citada no ofício mencionado no artigo primeiro deste arrazoado, a qual ao final fez referência à Nota Técnica 66/2018 - Delog/Seges/MP para utilização analógica na situação apresentada pela pandemia resultante da transmissão do COVID-19.

34. Acontece que a orientação não foi considerada suficiente para que esta pasta tomasse as medidas cabíveis e necessárias o que fez gerar a dúvida jurídica apresentada.

35. Cabe, nesse ponto, deixar consignado que não houve até o presente momento, nos normativos citados nesse parecer, dispensa total das atividades de servidores ou estagiários. Foi instituído regime de trabalho remoto "teletrabalho" (a IN nº 21/2020, alterando a IN 19/2020, ampliou as hipóteses de trabalho remoto aos servidores e empregados públicos e definiu novas medidas, ante o agravamento da crise do COVID-19).

36. Ante tudo até este ponto exposto, sem falar na proteção ao interesse público, entendo que as alterações processadas no Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, em 25 de abril de 2018 pela Lei nº 13.655/2018 norma posterior ao Decreto nº 9.745/2019 mencionado linhas acima, em seu art. 22 ao estabelecer que "Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados" autoriza o Ministro desta pasta a adotar medidas gerais de prevenção e combate à propagação do vírus, dentre elas, considero também a verificação da possibilidade de adoção de regime de jornada em turnos alternados de revezamento ou trabalho remoto para os prestadores de serviços terceirizados, para aquelas atividades que sejam compatíveis.

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

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

38. Para o conceito do que é grupo de risco adoto o da Portaria nº 84, de 17 de março de 2020, da Advocacia-Geral da União que informa em seu artigo 3º, § 4º que:

Consideram-se inseridos no grupo de risco os agentes com maior exposição aos riscos de contaminação e infecção pelo COVID-19, seja por baixa imunidade, idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, gestantes, lactantes, portadores de doenças pré-existentes ou aqueles que apresentem sintomas tais como febre, tosse seca, dor de garganta, mialgia, cefaleia e dificuldade de respirar. (grifei)

39. Nesse ponto, é importante destacar que existem estudos que já apontam que 79% das transmissões acontecem a partir de pessoas assintomáticas.

40. Assim, considerando o rápido avanço da doença, dado que se trata de uma pandemia, e, ainda, a proteção que deve ser dada pelo Estado a vida e a saúde, foi publicada a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que em seu artigo 3º, § 3º, deixou claro que "Será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo."

41. O artigo 3º da lei sobredita traz diversas situações à serem observadas para enfretamento da emergência de saúde pública de âmbito internacional dentre elas o isolamento e a quarentena.

42. Tendo em vista que diversos órgãos da Administração Pública de forma individual estão regulamentando medidas de ação contra a propagação do vírus e dentre elas está o afastamento dos servidores públicos para exercer suas atividades de forma remota a dúvida com relação aos empregados terceirizados passou a ter razão de ser em decorrência de serem trabalhadores privados que prestam serviços para a Administração de forma terceirizada, sendo, portanto, empregados de empresas privadas.

43. Para recomendar que tipo de ações deveriam ser tomadas nos contratos de prestação de serviços terceirizados, como já mencionado linhas acima, o portal de compras, dentre outras medidas, orientou a utilização por analogia da Nota Técnica 66/2018 - Delog/Seges/MP para a situação apresentada pela pandemia resultante da transmissão do COVID-19.

44. Na norma acima mencionada no terceiro parágrafo foi orientado que seja avaliado pela Administração Pública quem está no grupo de risco para verificar a necessidade de interrupção ou a substituição temporária do prestador de serviços terceirizados.

45. Como é sábio abaixo das leis, encontram-se as normas infralegais, como por exemplo, Instrução Normativas. São consideradas normas secundárias, não possuem o poder de gerar direitos, nem, tão pouco, de impor obrigações. Não podem, também, ir contra as normas primárias (legislação constitucional e infraconstitucional), pois correm o risco de serem declaradas inválidas. Pode-se afirmar que sejam nulas de pleno direito normas infralegais que afrontem normas de hierarquia superior, com efeito ex-tunc (salvo raríssimas exceções circunstanciais).

46. Nesse diapasão, considero que para os empregados terceirizados enquadrados no “grupo de risco” que tenham a execução do seu contrato de trabalho interrompida não será aplicado o art. 5º, inciso VII, da Instrução normativa nº 05, de 26 de maio de 2017, por decorrência legal e constitucional.

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

48. Seguindo, a grande questão que se coloca é como vai ser verificado se o empregado terceirizado está dentro do grupo de risco? É obrigação da Administração?

49. Mais uma vez a orientação da Portaria nº 84/2020 da AGU pode ser utilizada também para esse caso.

50. Veja o normativo predito dispôs em seu artigo 11 que a comprovação do preenchimento dos requisitos constantes da Portaria será feita por autodeclaração. Acertada foi a medida, já que o que se quer é aquele que esteja enquadrado dentro do grupo de risco seja afastado do seu local de trabalho, logo, a presença do empregado terceirizado deve ser evitada em razão de ser um potencial propagador da doença.

51. Dessarte, deve-se ajustar os termos da Portaria precitada para aplicação ao caso em análise, visto que são empregados terceirizados, a autodelcaração de saúde ou de cuidado ou coabitação deverá ser enviada para a empresa, que avaliará no caso concreto a liberação do empregado, considerando, estar ele ou não no grupo de risco. Não cabe à Administração esse encargo, em razão de não ser ela a empregadora, mas, sim, a tomadora do serviço.

52. Outrossim, caberá à Administração solicitar para a empresa relatório sobre os empregados afastados, a motivação e o período de afastamento, que deverá ser acordado entre a Administração Pública e a empresa, em virtude da instabilidade vivenciada.

53. Ressalta-se quanto ao ponto em questão que as condições e os prazos aplicáveis ao isolamento e à quarentena são atribuições do Ministro de Estado da Saúde, nos termos do que disposto no §5º do art. 3º Lei nº 13.979/2020. Da mesma forma, a regulamentação da lei, conforme o art. 7º da norma.

54. Para atendimento desse comando normativo foi publica a Portaria nº 356, de 11 de março de 2020 do Ministério da Saúde, que em seu art. 3º estabeleceu que “a medida de isolamento objetiva a separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local” e que essa medida “poderá ser determinada por prescrição médica ou por recomendação do agente de vigilância epidemiológica” foi, ainda, definido o prazo máximo de 14 dias, que pode se estender por até igual período, a depender de resultado laboratorial. Conforme prescreve o §2º do art. 3º, o isolamento deve ser realizado preferencialmente em domicílio.

55. A quarentena, por sua vez, será determinada, motivadamente, “por Secretário de Saúde do Estado, do Município, do Distrito Federal ou Ministro de Estado da Saúde ou superiores em cada nível de gestão”, com publicação no Diário Oficial e amplamente divulgada pelos meios de comunicação. O prazo da quarentena será de até 40 dias, podendo se estender pelo tempo necessário para reduzir a transmissão comunitária e garantir a manutenção dos serviços de saúde no território.

56. Nos termos do art. 10 da portaria, as medidas de isolamento e quarentena deverão observar os protocolos clínicos do coronavírus (COVID-19) e as diretrizes estabelecidas no Plano Nacional de Contingência Nacional para Infecção Humana novo Coronavírus (Convid-19).

57. Nesse sentido, tendo em conta que até o momento em âmbito federal não há norma que tenha instituído a quarentena, mas, tão somente, o afastamento dos servidores públicos para exercer o trabalho de forma remota esse fato também deve ser considerado em relação à situação dos prestadores de serviços terceirizados sendo levado em consideração em relação ao prazo a ser

concedido as normas referidas acima do Ministério da Saúde.

II.2.4 Do Vale-Transporte, Vale-Refeição e Auxílio-Alimentação

58. Outra questão resultante da ação acima a ser processada é sobre a necessidade de desconto ou não da remuneração do trabalhador das parcelas referentes ao vale-transporte e vale-alimentação, porquanto o salário deve ser mantido como abaixo explanado.

59. Para tanto, faz-se necessária a distinção entre interrupção e suspensão do contrato de trabalho. Institutos fundamentais que "... sustentam de modo restrito e amplo, mas provisoriamente, os efeitos das cláusulas componentes do respectivo contrato." Como bem destacado por Maurício Godinho Delgado. Ainda, para esse mesmo autor a diferenciação entre os dois institutos que "... tratam da sustação restrita ou ampliada dos efeitos contratuais durante certo lapso temporal é:

A suspensão contratual é a sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho no tocantes às partes, em virtude de um fato juridicamente relevante, sem ruptura, contudo, do vínculo contratual formado. É a sustação ampliada e recíproca de efeitos contratuais, preservado, porém, o vínculo entre as partes.

Já a interrupção contratual é a sustação temporária da principal obrigação do empregado no contrato de trabalho (prestação de trabalho e disponibilidade perante o empregador), em virtude de um fato juridicamente relevante, mantidas em vigor todas as demais cláusulas do contrato, Como se vê, é a interrupção a sustação irrestrita e unilateral de efeitos contratuais. (grifei)

60. Estabelecidas as premissas acima a conclusão que se chega é que para os casos dos empregados terceirizados que se encontrem no grupo de risco haverá interrupção do contrato de trabalho, uma vez que os efeitos da interrupção da execução do contrato de trabalho irão atingir "...apenas a cláusula de prestação obreira de serviços (e, ainda, disponibilidade do empregado perante a empresa), mantidas em vigência as demais cláusulas contratuais. Desse modo, não se presta trabalho (nem se fica à disposição), mas se computa o tempo de serviço e paga-se salário. Isso significa que as obrigações do empregador mantêm plena e rigorosa eficácia, o que não acontece com a principal obrigação do empregado."

61. Cabe nesse ponto chamar atenção para o fato de que como a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, em seu artigo 3º, § 3º, ordenou que "Será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo." Imperioso reconhecer que o rol taxativo do art. 473 da CLT foi acrescido com mais uma hipótese de falta justificada.

62. Relativamente ao vale-transporte a Lei nº 7.619, de 30 de setembro de 1987, o instituiu nos seguintes termos:

Art. 1º O caput do artigo 1º (Vetado) da Lei nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação, revogados o § 2º do art. 1º e o (Vetado) art. 2º, renumerando-se os demais:

Art. 1º Fica instituído o vale-transporte, (Vetado) que o empregador, pessoa física ou jurídica, antecipará ao empregado para utilização efetiva em despesas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa, através do sistema de transporte coletivo público, urbano ou intermunicipal e/ou interestadual com características semelhantes aos urbanos, geridos diretamente ou mediante concessão ou permissão de linhas regulares e com tarifas fixadas pela autoridade competente, excluídos os serviços seletivos e os especiais.

63. Dessa maneira, sendo o vale-transporte concedido para utilização efetiva em despesas de deslocamento não há o que se discutir que no caso de não prestação de serviços deverá ser descontado, caso o empregado terceirizado tenha optado por receber.

64. Com relação ao vale-alimentação que é diferente do vale-refeição. O primeiro é utilizado principalmente para compras em redes de supermercados, já o vale-refeição é comumente utilizado durante o período de trabalho, para que os colaboradores se alimentem em locais que oferecem alimentos prontos, como restaurantes e lanchonetes a lei não obriga as empresas a fornecerem vale-alimentação, nem o vale-refeição. Trata-se de benefícios corporativos concedidos por liberalidade do empregador. Como não é de obrigação da empresa o trabalhador que sai de férias, de licença ou é afastado pode continuar recebendo, ou pode ser reduzido ou cessado a depender do que estiver previsto na Convenção Coletiva de Trabalho.

65. Quando o vale-alimentação ou vale-refeição não é fornecido gratuitamente pelo empregador, isto é, quando o empregador desconta alguma porcentagem do salário do trabalhador, o benefício é considerado como parcela de natureza indenizatória, e não salarial, não podendo, assim, ser incorporado ao salário.

66. Sendo assim, em relação ao vale-alimentação e vale-refeição cabe ser observada a

Convenção Coletiva de trabalho de cada categoria para verificar se foi estabelecido tratamento sobre a matéria. Todavia, destaco que parcelas que sejam consideradas como salariais devem continuar sendo pagas.

67. Deve-se ressaltar que os prestadores de serviços terceirizados colocados em trabalho remoto ou que estejam em escalas de revezamento deverão ter a manutenção do auxílio-alimentação assegurada, já que o serviço não sofrerá solução de continuidade.

II.2.5 Da possibilidade de realização de trabalho remoto pelos prestadores de serviços terceirizados

68. Sobre o tema o art. 75-B da CLT estabelece como “teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.”

69. Mais, no art. 75-C dispõe que “a prestação de serviço na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.”

70. Dispõe, ainda, no art. 75-C, § 1º, que a alteração do regime de trabalho presencial para o de teletrabalho dar-se-á desde que haja mútuo acordo entre empregado e empregador e alteração do contrato de trabalho, mas seu § 2º diz que caso haja determinação do empregador, o teletrabalho poderá ser alterado para trabalho presencial, desde que garantido prazo de transição mínimo de 15 dias para que o empregado organize seu retorno, sendo que referida alteração deverá ser aditivada no contrato individual de trabalho [art. 75-C, § 2º da CLT].

71. No art. 75-D encontra-se comando normativo no sentido de que deverá constar em contrato escrito as disposições relativas “à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado” atento ao fato de que essas utilidades não integram a remuneração do empregado [art. 75-D, Par. Único].

72. Dispõe, ainda, o artigo 75-E, “caput” da CLT que o empregador deverá instruir seu empregado, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho devendo os empregados assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador [art. 75-E, Par. Único).

73. Isso significa que, apesar de possível o trabalho remoto, alguns ajustes na relação trabalhista serão necessários devendo ser avaliado pela Administração juntamente com a empresa quais atividades podem ser exercidas por meio do teletrabalho, devendo, as exceções serem consideradas, como, por exemplo, os serviços essenciais, e a mitigação de algumas dessas diretrizes em prol do trabalhador, como no caso de o trabalhador já ter condições de prestar o serviço de maneira remota sem dispêndio seja para a Administração, seja para a empresa, o que também deverá constar no contrato de trabalho.

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

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

75. Posto isso, conclui-se que o equilíbrio econômico-financeiro não pode ser retirado nem por força de lei. Ademais disso, pelas disposições constantes da Orientação Normativa AGU nº 22/2009, de 1º de abril de 2009 foi reconhecido que o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é possível independentemente de disposição contratual, na hipótese elencada no art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei nº 8.666/1993.

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

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

78. No caso do reajuste, ele tem previsão no art. 40, XI, da Lei nº 8.666/1993 e é necessário para preservar o equilíbrio econômico-financeiro, à medida que ele prevê a aplicação de índice que reflita a variação dos custos previstos no contrato. Deve ser aplicado nos contratos com prazo de duração igual ou superior a um ano.

79. Além disso, a Lei nº 10.192/2001, em seu artigo terceiro, traz previsão expressa de que o reajuste conta da data limite fixada para a apresentação da proposta ou do orçamento a que ela se referir.

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

81. O sentido de revisão que se quis dar foi aquele de que ela pode ser estendida a qualquer cláusula contratual. Ademais, não depende de previsão no instrumento convocatório ou no contrato, pois o que conta é a sua imprevisibilidade e para que essa ocorra deve ser comprovada a repercussão sobre o objeto do contrato.

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

83. Quanto às diversas hipóteses previstas na alínea “d” do art. 65, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, o que se conclui é que desnecessária é a diferenciação feita para as diversas hipóteses.

84. Disso decorre que para força maior e caso fortuito, por exemplo, aplicam-se as mesmas disposições, sendo assim, haverá aplicação quando: a) não for possível individualizar uma conduta que seja imputável a um agente determinado; b) o fato deve ocorrer depois de apresentadas as propostas, pois se anterior o contratado tinha conhecimento e poderia ter previsto em sua proposta; c) existência de um evento considerado excepcional e imprevisível; d) o fato não puder ser suprimido por uma conduta do contratado.

85. Para fatos supervenientes, que venham a ser considerados imprevistos (álea econômica) aplica-se a teoria da imprevisão disso decorre que os fatos de consequências incalculáveis (Por exemplo, a desvalorização monetária/inflação, desde que ultrapasse os limites das previsões gerais) também estão incluídos.

86. No caso do fato da administração o que se tem é a configuração de um ilícito contratual, por ser um inadimplemento pela Administração das obrigações assumidas contratualmente, por isso deverá haver indenização em perdas e danos para a parte que não deu causa. Não se altera o valor do contrato, paga-se, na verdade uma quantia em dinheiro para quem foi lesado.

87. Referente ao fato do princípio sua previsão consta do art. 65, parágrafo quinto da Lei nº 8.666/1993 nos seguintes termos:

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso. (grifei)

88. Por fim, tem-se o instituto da repactuação, sendo considerada uma espécie do gênero reajuste, está prevista no art. 12 do Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. Esse tipo de alteração contratual é comumente utilizada para os casos de prestação de serviços executados de forma contínua sob o regime de mão de obra exclusiva.

89. Nesse termos, comprovado o atendimento aos requisitos legais assistirá o direito da empresa, ou, da Administração, conforme análise a ser processada pelo órgão assessorado.

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

II.3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

91. Com isso, para o grupo de risco tem-se: 1) deverá apresentar autodeclaração para a empresa de saúde ou de cuidado ou coabitação; 2) a empresa se encarregará de afastar o empregado terceirizado com fundamento no art. 3º, § 3º, da Lei nº 13.979/2020 c/c art. 131, inciso VI sendo

considerada falta justificada; 4) a empresa deverá se encarregar de apresentar relatório dos empregados afastados e a devida motivação e de periodicamente informar a Administração sobre a situação do empregado. Deverá a Administração ter atenção ao período de afastamento do empregado terceirizado, por causa dos efeitos jurídicos para o direito trabalho decorrente de afastamentos com mais de 30 dias, como, por exemplo, o direito a férias; 4) Não sendo possível a prestação do serviço de forma remota (essa análise caberá à Administração, observados os termos do que disposto neste parecer. Devendo, ainda, levar em considerações eventuais previsões em Convenções Coletivas de Trabalho de cada categoria).

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

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

III - CONCLUSÃO

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

95. Encaminhe-se o processo eletrônico à Subsecretaria de Assuntos Administrativos - SAA/MEC para as providências cabíveis inclusive, para que observe as recomendações da Nota Técnica Conjunta 04/2020 - PGT/COORDIGUALDADE/CODEMAT/CONAETE/ CONAFRET/CONAP do Ministério Público do Trabalho.

96. Recomendo o envio dos autos processo eletrônico ao Ministério da Economia e à Consultoria-Geral da União para ciência da presente manifestação, haja vista a complexidade do tema e a falta de regulamentação da matéria.

Notas de Rodapé:

1. Retirado do sítio da BBC News Brasil em 18.03.2020. Consultado em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51363153>.

2. Segundo Rosalind Eggo: "uma epidemia é um 'aumento de casos seguido de um ponto máximo e, depois, uma diminuição.'

3. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/19/senado-vai-votar-projeto-de-decreto-de-calamidade-publica-nesta-sexta>.

4. José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional. 32ª edição. Malheiros Editores. 2009. Página 197-198.

5. Op cit. Página 189.

6. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 442.

7. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 499.

8. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 501.

9. PAULO OTERO. Manual de Direito Administrativo. Editora Almedina. 2016. Páginas 69-70.

10. DECRETO Nº 9.507, DE 21 DE SETEMBRO DE 2018: “Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.”

11. (<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1264-recomendcoes-covid-19-terceirizados>)

12. <http://science.sciencemag.org>

13. “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.”

14. “Art. 5º É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

[...]

VII - conceder aos trabalhadores da contratada direitos típicos de servidores públicos, tais como recesso, ponto facultativo, dentre outros.”

15. Nota Técnica Conjunta 04/2020 - PGT/COORDIGUALDADE/CODEMAT/CONAETE/CONAFRET/CONAP, que destacou o seguinte:

“Os sintomas variam de leves a muito graves, podendo chegar ao óbito em algumas situações, prevendo-se que o período de incubação, ou seja, o tempo entre a exposição ao vírus e ao aparecimento dos sintomas, pode variar de 2 a 14 dias.”

16. “Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19)”

17. Maurício Godinho Delgado. Curso de Direito Do Trabalho. 12ª edição. Editora LTR. 2013. Página 1087.

18. “O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO PODE SER CONCEDIDO A QUALQUER TEMPO, INDEPENDENTEMENTE DE PREVISÃO CONTRATUAL, DESDE QUE VERIFICADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS ELENCADAS NA LETRA "D" DO INC. II DO ART. 65, DA LEI Nº 8.666, DE 1993.”

19. Art. 20 da Decreto-lei 4.657/1942, de 04 de setembro de 1942:

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

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

À consideração superior.

Brasília, 20 de março de 2020.

MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA
ADVOGADA DA UNIÃO
COORDENADORA-GERAL DE LICITAÇÕES, CONTRATOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23000009019202079 e da chave de acesso 166096bd

Documento assinado eletronicamente por MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 397269240 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MICHELLE MARRY MARQUES DA SILVA. Data e Hora: 20-03-2020 18:27. Número de Série: 40052874887357375241871890865. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
