



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
SECRETARIA-GERAL DE CONSULTORIA
DEPARTAMENTO DE ASSUNTOS JURÍDICOS INTERNOS
COORDENAÇÃO DE LICITAÇÕES, CONTRATOS, CONVÊNIOS E INSTRUMENTOS CONGÊNERES

PARECER n. 00106/2020/DAJI/SGCS/AGU

NUP: 00404.000942/2020-05

INTERESSADOS: SGA/AGU.

ASSUNTOS: CONSULTA JURÍDICA. GESTÃO DE CONTRATO os estão sendo tomadas S DE TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA PANDEMIA DO CORONA VÍRUS.

I - Advertência sobre a adoção de medidas por órgão setorial sem a devida orientação dos órgãos centrais. Acredita-se que as diretrizes para o enfrentamento de situações da magnitude da ora enfrentada devem ser gestadas na mais alta cúpula do funcionalismo público, tendo em vista que as soluções a serem dadas são, acima de tudo, de caráter político, e não jurídico. Por tal motivo, independente de qualquer orientação jurídica levantada por este parecer, sugere-se a articulação junto ao Ministério da Economia para edição de ato normativo de caráter geral e abstrato.

II - Administrativo. Contratos terceirizados. Pandemia do corona vírus. Evento que permite à equipe de gestão dos contratos ter maior espectro de intervenção nas relações trabalhistas estabelecidas entre as empresas contratadas para prestação de serviços terceirizados e seus empregados, desde que qualquer decisão seja adotada de forma fundamentada, com a demonstração dos motivos que levaram à determinada medida. Inteligência das normas estabelecidas no Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

III - Recomendação do portal de compras governamentais de levantamento dos terceirizados pertencentes ao grupo de risco para avaliação da necessidade de sua substituição temporária ou suspensão.

IV - Impossibilidade de a análise jurídica se manifestar hipoteticamente sobre a presença dos requisitos elencados em eventual pedido de reequilíbrio. Demonstrados os requisitos exigidos pela Lei nº 8.666/93, que parece ter estabelecido o dispositivo presente na “d”, inciso II, do art. 65 de seu texto, justamente para enfrentar situações extremas como a atual, assistiria tal direito à contratada. Contudo, é possível perceber que, até o momento, as alternativas de enfrentamento sinalizadas pelo governo e exigidas para conter a pandemia tratam do isolamento, tais como - o trabalho remoto, turnos de revezamento, redução de carga horária, etc. Tais medidas, isoladas, não parecem alterar o sinalagma econômico do pacto, impondo mais deveres e compromissos financeiros à empresa. Sendo assim, reafirma-se, cada situação só poderá ser analisada em concreto.

V - Recomendação do portal de compras governamentais no sentido de 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 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.

VI - Tendo em vista a situação excepcionalíssima e emergencial enfrentada, reitera-se, com a declaração de pandemia pela Organização Mundial de Saúde, caso não haja tempo hábil para a formalização do termo aditivo sem ampliação do risco a vidas humanas, a área competente deve juntar a devida justificativa ao processo e posteriormente realizar o aditamento.

VII - Possibilidade de inserção de terceirizados em trabalho remoto caso as atividades exercidas sejam compatíveis com esta modalidade.

Sr. Diretor do DAJI,

I - RELATÓRIO

1. Em atenção ao disposto no inciso V do artigo 11 da Lei Complementar nº 73/1993 e nos incisos IV e V do artigo 7º do Anexo I do Decreto nº 7.392/2010, vem, a este Departamento Jurídico, o processo em epígrafe, para análise e manifestação acerca de consulta formulada pela Secretaria-Geral de Administração através da Nota Técnica n. 00035/2020/CLOG/SGA/AGU (seq. 05). Os quesitos estão formulados nos seguintes termos:

- *Podem os gestores de contrato exigir que as empresas façam a substituição de terceirizados que estejam enquadrados nos chamados grupos de riscos?*
- *Havendo a negativa da empresa por conta de questões econômico-financeiras (planilha de formação de preços somente contém previsão de afastamentos legais), teria esta direito ao reequilíbrio financeiro do contrato?*
- *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?*
- *Em caso positivo, tal redução/suspensão pode ser realizada sem a formalização de termo aditivo, o que seria custoso e demorado?(...)*
- *Mesmo sem previsão contratual, há possibilidade de inserção de terceirizados em trabalho remoto, sendo as atividades desenvolvidas compatíveis com tal modalidade?*

2. É o breve relatório, ante a urgência que o caso requer. Passo a fundamentar.

II - FUNDAMENTAÇÃO

3. De forma preliminar, vale consignar que os questionamentos jurídicos decorrem de situação excepcionalíssima, qual seja, a pandemia global do coronavírus. No caso específico, a Administração Pública Federal vem tomando iniciativas para a contenção da disseminação do vírus na busca de mitigar um possível colapso da saúde pública e conseqüente perda de milhares de vidas.

4. Até o momento, e de modo mais célere, buscou-se alternativas para que os servidores, empregados públicos, estagiários e colaboradores em geral, que têm vínculo direto com a Administração Pública permaneçam realizando suas atividades em casa, é o que se percebe de toda a instrução processual, em especial dos expedientes acostados aos autos de seqs. 15 a 20.

5. Contudo, ainda não há orientação normativa central para o tratamento que deve ser dado aos terceirizados, os quais, possuem vínculo jurídico contratual com as empresas contratadas pela Administração.

6. A contratação de serviços terceirizados pela Administração Pública passou a constituir norma legal no âmbito federal a partir da vigência do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, cujo artigo 10, §7º, assim estabelece:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista,

na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

7. O Decreto nº 9.507, 24 de setembro de 2018, veio a regulamentar a questão, e, de modo diverso do Decreto nº 2.271/1997, o qual estabelecia quais atividades poderiam ser prestadas de modo indireto, preferiu estabelecer um rol de atividades nas quais não é possível a terceirização, *in verbis*:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do **caput** poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

8. Como se vê, excetuando-se as hipóteses ali previstas, a terceirização de serviços é amplamente utilizada e incentivada no âmbito da Administração Pública Federal. É possível perceber que em condições normais, o ordenamento jurídico brasileiro é construído para desincumbir a Administração da relação jurídica entre a empresa contratada e seus empregados.

9. Não por acaso, a Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional é expressa ao afirmar em seu artigo 5º o seguinte:

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

I - possibilitar ou dar causa a atos de subordinação, vinculação hierárquica, prestação de contas, aplicação de sanção e supervisão direta sobre os empregados da contratada;

II - exercer o poder de mando sobre os empregados da contratada, devendo reportar-se somente aos prepostos ou responsáveis por ela indicados, exceto quando o objeto da contratação prever a notificação direta para a execução das tarefas previamente descritas no contrato de prestação de serviços para a função específica, tais como nos serviços de recepção, apoio administrativo ou ao usuário;

III - **direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas**;

IV - promover ou aceitar o desvio de funções dos trabalhadores da contratada, mediante a utilização destes em atividades distintas daquelas previstas no objeto da contratação e em relação à função específica para a qual o trabalhador foi contratado;

V - considerar os trabalhadores da contratada como colaboradores eventuais do próprio órgão ou entidade responsável pela contratação, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens;

VI - definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior a daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente; e

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

10. Justamente pela presunção da não intervenção da Administração do Contrato de Trabalho, os órgãos públicos, em sua maioria (como se vê dos documentos constantes de seqs. 15 a 20) se resumem a determinar que os gestores dos contratos de prestação de serviço notifiquem as empresas contratadas quanto à responsabilidade destas em adotar todos os meios necessários para conscientizar seus funcionários quanto aos riscos do COVID-19 e quanto à necessidade de reportarem a ocorrência de febre ou sintomas respiratórios, estando as empresas passíveis de responsabilização contratual em caso de omissão que resulte em prejuízo à Administração Pública.

11. **Nesse sentido, adverte-se sobre a adoção de medidas por órgão setorial sem a devida orientação dos órgãos centrais. Acredita-se que as diretrizes para o enfrentamento de situações da magnitude da ora enfrentada devem ser gestadas na mais alta cúpula do funcionalismo público, tendo em vista que as soluções a serem dadas são, acima de tudo, de caráter político e geral, e não jurídico e setorial.**

12. Por tal motivo, independente de qualquer orientação jurídica levantada por este parecer, **acredita-se necessária a articulação junto ao Ministério da Economia para edição de ato normativo de caráter geral e abstrato.**

13. Feitas tais considerações preliminares, este parecer tentará fornecer algum substrato jurídico para que o gestor, munido de seu juízo de conveniência e oportunidade, adote medidas emergenciais setoriais até o advento de solução geral.

14. Em primeiro lugar, é de se ter em mente, em momento de situação calamitosa, os fundamentos constitucionais do Estado brasileiro, notadamente a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

15. Ingo Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana nos seguintes termos^[1]:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

16. Quanto aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, em que pese o empregador ter o ônus de suportar o risco da atividade econômica, a nossa Constituição Social é clara em atribuir ao Estados o dever de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

17. O constituinte também consagrou no art. 170 que a ordem econômica deve estar fundada na valorização do trabalho humano a fim assegurar a todos existência digna, além de estabelecer, no art. 200, ser dever do SUS colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

18. O Supremo Tribunal Federal já decidiu o seguinte na ADIn 1.950:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as

providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes." (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, DJ 02/06/06). No mesmo sentido: ADI 3.512, DJ 23/06/06. (destaquei)

19. Em que pese a decisão tratar sobre o exercício do direito de meia entrada, o que se quer demonstrar é que o Estado não deve se quedar inerte, esperando que a iniciativa privada resolva suas questões, em especial em períodos de crise (certamente a maior neste século XXI). A própria CLT prevê dispositivo que, a depender da evolução da situação, poderá ser utilizado em massa contra a Administração Pública, gerando prejuízo enorme aos cofres públicos, transcreve-se:

Art. 486 - No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.

20. Por sua vez, a já citada IN nº 05/2017 conceitua o que vem a ser a atividade de gestão e fiscalização do contrato, veja-se:

Art. 39 As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados, verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como prestar apoio à instrução processual e o encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, entre outras, com vista a assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto.

21. Em seu momento, o Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, que 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, traz disposição semelhante:

Art. 10. A gestão e a fiscalização da execução dos contratos compreendem o conjunto de ações que objetivam:

(...)

III - prestar apoio à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente para a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, reajuste, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, aplicação de sanções, extinção dos contratos, entre outras, com vistas a assegurar o cumprimento das cláusulas do contrato a solução de problemas relacionados ao objeto.

22. Por sua vez, o Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estabelece o seguinte:

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.

23. O Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, citado acima, afirma que:

Motivação e decisão

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Motivação e decisão baseadas em valores jurídicos abstratos

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Segurança jurídica na aplicação das normas

Art. 19. As autoridades públicas atuarão com vistas a aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de normas complementares, orientações normativas, súmulas, enunciados e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** terão caráter vinculante em relação ao órgão ou à entidade da administração pública a que se destinarem, até ulterior revisão.

24. **Com base no exposto, acredita-se que, no momento atual, a equipe de gestão dos contratos tem maior espectro de intervenção nas relações trabalhistas estabelecidas entre as empresas contratadas para prestação de serviços terceirizados e seus empregados, desde que qualquer decisão seja adotada de forma fundamentada, com a demonstração nos autos dos motivos que levaram à determinada medida.**

25. **Dito isto, passa-se ao enfrentamento objetivo e sucinto, diante a extrema urgência que o caso requer, dos quesitos levantados pela SGA.**

- **PODEM OS GESTORES DE CONTRATO EXIGIR QUE AS EMPRESAS FAÇAM A SUBSTITUIÇÃO DE TERCEIRIZADOS QUE ESTEJAM ENQUADRADOS NOS CHAMADOS GRUPOS DE RISCOS?**

26. Como já demonstrado neste parecer, é vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas.

27. Contudo, tendo em vista a excepcionalidade e gravidade da situação atual, o próprio portal de compras do Governo Federal (seq. 06) já recomendou o levantamento dos empregados pertencentes aos grupos de risco para a avaliação da necessidade de suspensão ou substituição temporária na prestação de serviços por esses terceirizados.

28. Desse modo, entende-se que a resposta ao primeiro questionamento é afirmativa, uma vez que o próprio portal de compras governamentais recomenda o levantamento dos terceirizados pertencentes ao grupo de risco para avaliação da necessidade de sua substituição temporária ou suspensão. Desse modo, não só os gestores dispõem de tal possibilidade, como esta é a recomendação dada aos órgãos e às entidades da Administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

29. Ademais, não parece ilegal a tentativa de negociar com a empresa o remanejamento das pessoas enquadradas nos grupos de risco para atividades dentro da própria empresa terceirizada, ou que possam ser executadas de modo remoto, destinando pessoas menos vulneráveis para as atividades que exigem exclusivamente atividade presencial. Também pode ser negociada a possibilidade de concessão de férias antecipadas para o empregado pertencente ao grupo

de risco. Vale observar que as referidas hipóteses são apenas em caráter exemplificativo, diante da impossibilidade de abarcar todas as possíveis situações concretas existentes em todas as sedes da AGU.

30. A atual crise, como já afirmado neste parecer, demandará uma atuação colaborativa entre o Estado e a iniciativa privada, buscando em cada caso específico a melhor solução para não proliferação do vírus.

- **HAVENDO A NEGATIVA DA EMPRESA POR CONTA DE QUESTÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS (PLANILHA DE FORMAÇÃO DE PREÇOS SOMENTE CONTÉM PREVISÃO DE AFASTAMENTOS LEGAIS), TERIA ESTA DIREITO AO REEQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO?**

31. Desde logo, registra-se que o reequilíbrio econômico-financeiro é possível independentemente de disposição editalícia e/ou contratual, na hipótese de superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis mas de consequências incalculáveis, e encontra-se prevista no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993.

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.

32. Em se tratando de reequilíbrio econômico-financeiro, veja-se o que determina a Orientação Normativa AGU nº 22/2009, de 1º de abril de 2009:

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

33. Na análise de pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos, fundamentados na ocorrência de fatos econômicos imprevisíveis (álea extraordinária), a Administração deve observar a presença de alguns pressupostos para concessão do direito previsto na alínea “d”, inciso II, do art. 65, da Lei nº 8.666/1993:

- Elevação dos encargos do particular;
- Ocorrência de evento posterior à assinatura do contrato alheio à vontade do contratado;
- Vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos da empresa; e
- Imprevisibilidade da ocorrência do evento.

34. Não há como a análise jurídica se manifestar hipoteticamente sobre a presença dos requisitos elencados em eventual pedido de reequilíbrio. Contudo, em exercício de abstração, e diante da situação que o mundo enfrenta, a Lei nº 8.666/93 parece ter estabelecido o dispositivo justamente para enfrentar situações extremas, como a presente pandemia do corona vírus.

35. Desse modo, a resposta ao segundo questionamento é, também, afirmativa: comprovados, *in casu*, os requisitos legais necessários à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, acima listados, assiste tal direito à empresa. Contudo, é possível perceber que, até o momento, as alternativas de enfrentamento sinalizadas pelo governo e exigidas para conter a pandemia tratam do isolamento, tais como - o trabalho remoto, turnos de revezamento, redução de carga horária, etc. Tais medidas, isoladas, não parecem alterar o sinalagma econômico do pacto, impondo mais deveres e compromissos financeiros à empresa. Sendo assim, reafirma-se, cada situação só poderá ser analisada em concreto.

- o **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?**

36. Inicialmente, vale consignar que não houve dispensa de membros, servidores e estagiários. Trata-se, apenas, de instituição de regime de teletrabalho excepcional e temporário, nos termos da Portaria AGU nº 84, de 17 de março de 2020.

37. Dentre as recomendações do portal de compras governamentais para atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal sobre o COVID-19, está justamente a seguinte:

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

38. A suspensão ou redução na forma da Nota Técnica nº 66/2018 - Delog/Seges/MP foi criada com o intuito de permitir a redução/suspensão dos serviços prestados pelas empresas terceirizadas em dias de ponto facultativo ou recesso de servidores, tendo em vista a diminuição do efetivo do expediente administrativo. A Nota considerou que tal alteração não configura ingerência da Administração no contrato.

39. Com efeito, no presente momento, cabe a aplicação deste posicionamento. Primeiramente, por se tratar de situação em que há redução efetiva do expediente administrativo que torna infrutífera a manutenção de todo o efetivo terceirizado, nos termos da Nota Técnica mencionada. Além disso, trata-se de circunstância muito mais grave, apoiada em recomendação voltada a prevenir a disseminação do coronavírus, expressamente disposta no portal de compras governamentais para a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Se tal entendimento pode ser aplicado em situações normais, deve incidir com maior força neste momento, em que a redução do efetivo constitui medida de combate à pandemia.

40. Quanto à glosa, a Nota Técnica nº 66/2018- Delog/Seges/MP conclui que tal redução/suspensão deve ser feita sem prejuízo da remuneração dos terceirizados, apenas com o abatimento do auxílio-alimentação e do vale-transporte, tendo em vista que estas verbas devem ser pagas apenas nos dias efetivamente trabalhados:

9. Nessa seara, entende-se pela plausibilidade da redução dos serviços prestados pelas empresas terceirizadas, consoante e pleito do consulente, desde que observado em especial o item 4 desta Nota Técnica e seus subitens, que trata do desconto do auxílio alimentação e transporte do empregado alocado quando não labora em dias de ponto facultativo ou de recesso concedido exclusivamente aos servidores, sem prejuízo da sua remuneração.

41. Assim, deve-se reduzir o pagamento exclusivamente quanto ao montante concernente ao auxílio-alimentação e ao vale-transporte dos dias não trabalhados efetivamente. 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 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.**

42. Além da possibilidade de supressão/redução apresentada nos termos da Nota Técnica nº 66/2018-Dellog/Seges/MP, a Instrução Normativa nº 21, de 16 de março de 2020, que altera a Instrução Normativa nº 19, de 12 de março de 2020, que traz orientações aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal - SIPEC, quanto às medidas de proteção para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), estabelece o seguinte:

Medidas gerais de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade

Art. 6º-A Sem prejuízo do disposto nesta Instrução Normativa, o Ministro de Estado ou autoridade máxima da entidade poderá adotar uma ou mais das seguintes medidas de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade:

I - adoção de regime de jornada em:

a) turnos alternados de revezamento; e

b) trabalho remoto, que abranja a totalidade ou percentual das atividades desenvolvidas pelos servidores ou empregados públicos do órgão ou entidade;

II - melhor distribuição física da força de trabalho presencial, com o objetivo de evitar a concentração e a proximidade de pessoas no ambiente de trabalho; e

III - flexibilização dos horários de início e término da jornada de trabalho, inclusive dos intervalos intrajornada, mantida a carga horária diária e semanal prevista em Lei para cada caso.

§1º A competência de que trata o caput poderá ser delegada ao Secretário Executivo ou, quando se tratar de autarquia ou fundação pública, ao titular da unidade com competência sobre a área de gestão de pessoas, vedada a subdelegação.

§2º A adoção de quaisquer das medidas previstas no caput ocorrerá sem a necessidade de compensação de jornada e sem prejuízo da remuneração.

§3º Ficam suspensas, pelo prazo de vigência desta Instrução Normativa, as disposições normativas que restringem o percentual de servidores inseridos em quaisquer das hipóteses do caput, bem como as que estabelecem acréscimo de produtividade.

§4º O disposto no caput não se aplica aos servidores e empregados públicos em atividades nas áreas de segurança, saúde, ou em outras atividades consideradas essenciais pelo órgão ou entidade.

Art. 6º-B Os órgãos e entidades do SIPEC poderão autorizar os servidores e empregados públicos, que possuam filhos em idade escolar ou inferior e que necessitem da assistência de um dos pais, a executarem suas atribuições remotamente, enquanto vigorar norma local que suspenda as atividades escolares ou em creche, por motivos de força maior relacionadas ao coronavírus (COVID-19).

§1º Na hipótese do caput, aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 4º.

§2º Caso ambos os pais sejam servidores ou empregados públicos, a hipótese do caput será aplicável a apenas um deles.

§3º A comprovação do preenchimento dos requisitos previstos no caput e no §2º ocorrerá mediante autodeclaração, na forma do Anexo III, encaminhada para o e-mail institucional da chefia imediata.

§4º A prestação de informação falsa sujeitará o servidor ou empregado público às sanções penais e administrativas previstas em Lei." (NR)

Art. 7º Caberá ao Ministro de Estado ou à autoridade máxima da entidade, em conjunto com o dirigente de gestão de pessoas, assegurar a preservação e funcionamento das atividades administrativas e dos serviços considerados essenciais ou estratégicos, utilizando com razoabilidade os instrumentos previstos nos art. 6º-A e art. 6º-B, a fim de assegurar a continuidade da prestação do serviço público.

43. É certo que a referida Instrução Normativa foi expedida para os servidores com vínculo direto com a Administração Pública, mas não há qualquer razoabilidade em desvincular os serviços terceirizados da prestação efetiva do serviço público aos quais eles auxiliam na execução de atividades meio.

44. Além disso, o Tribunal de Contas da União já estabeleceu, por exemplo, a possibilidade dos terceirizados trabalharem remotamente (seq. 25):

Art. 6º Os Ministros, Ministros Substitutos, Membros do Ministério Público junto ao TCU, servidores e estagiários que tenham viajado ao exterior para locais ou países com circulação viral sustentada no período da viagem ou que tenham mantido contato próximo com casos suspeitos ou confirmados de COVID-19, devem realizar suas atividades remotamente ou por meio de teletrabalho, pelo período de 14 dias, contados da sua data de regresso ao país ou da data do contato.

(...)

§2º Aplica-se o disposto neste artigo aos terceirizados que prestem serviços ao Tribunal e a outros terceiros que atuem em empresas ou entidades localizadas nas dependências do TCU, cabendo aos empregadores adotar as providências para o seu cumprimento

45. O art. 7º da Instrução Normativa nº 21, de 16 de março de 2020, estabeleceu a competência política ao Ministro de Estado ou à autoridade máxima da entidade, em conjunto com o dirigente de gestão de pessoas, utilizar com razoabilidade os instrumentos ali previstos. O já citado o Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estabelece o seguinte:

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. (destaquei)

46. Sendo assim, diante do contexto atual, acredita-se que o o art. 7º da Instrução Normativa nº 21, de 16 de março de 2020, autoriza o Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, em caráter excepcional e temporário, visando assegurar a continuidade de prestação do serviço público, a adotar as medidas gerais de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade previstas nos arts. 6º A e B da referida IN, consistentes na adoção de regime de jornada em turnos alternados de revezamento ou em trabalho remoto, para aqueles que exerçam atividades compatíveis com esta modalidade.

47. Vale ressaltar que a própria SGA já destacou que o TRF da 3ª região assim o fez, por meio da Portaria Conjunta PRES/CORE Nº 2, DE 16 DE MARÇO DE 2020:

Art. 11 – Ficam os gestores dos contratos de mão de obra terceirizada autorizados a tomarem as providências necessárias para redimensionamento do contingente de funcionários presentes nas unidades judiciárias e administrativas, **sem alteração dos contratos.** (destaquei)

48. Ao nosso ver, a possível decisão política de ampliar as "medidas gerais de prevenção, cautela e redução da transmissibilidade" à tutela também dos empregados terceirizados acaba por materializar, na situação de caos econômico e social como a presente, o princípio constitucional da igualdade^[2].

49. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o alcance do princípio da igualdade material não se limita a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, porque a própria lei pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Trata-se de preceito voltado tanto para o aplicador da lei quanto para o legislador, e, como ressalta o autor, "não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas"^[3]. E assevera, ainda que a "lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes"^[4].

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-Delag/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 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.

◦ **EM CASO POSITIVO, TAL REDUÇÃO/SUSPENSÃO PODE SER REALIZADA SEM A FORMALIZAÇÃO DE TERMO ADITIVO, O QUE SERIA CUSTOSO E DEMORADO?**

51. Em atenção a este questionamento, tendo em vista a situação excepcionalíssima e emergencial enfrentada, reitere-se, com a declaração de pandemia pela Organização Mundial de Saúde, **caso não haja tempo hábil para a formalização do termo aditivo sem ampliação do risco a vidas humanas, a área competente deve juntar a devida justificativa ao processo.**

52. Entretanto, uma vez que a suspensão/redução constitui modificação das cláusulas contratuais, nos termos da Nota Técnica nº 66 - 2018 - Delog/Seges/MP, impõe-se a posterior formalização em termo aditivo.

53. Vale citar que, diante da caracterização de situação emergencial e excepcional, como é o caso, o Voto do Relator Augusto Nardes no Acórdão nº 3131/2010 – TCU – Plenário aceita justificativa para formalização posterior do aditivo.

◦ **MESMO SEM PREVISÃO CONTRATUAL, HÁ POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DE TERCEIRIZADOS EM TRABALHO REMOTO, SENDO AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS COMPATÍVEIS COM TAL MODALIDADE?**

54. A resposta à quinta pergunta formulada na consulta é, mais uma vez, positiva, conforme já explanado por ocasião da análise ao terceiro questionamento.

III - CONCLUSÃO

55. Ante o exposto, ressalvado o fato de que a análise jurídica circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos na pretensão em apreço, não cabendo a esta unidade jurídica imiscuir-se no exame dos aspectos de economicidade, oportunidade e conveniência, conforme reza o Enunciado de Boa Prática Consultiva nº 7 (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), considerando as informações técnicas presentes nos autos, recomenda-se a devolução dos autos à SGA, para ciência dos termos deste Parecer, em especial:

a) advertência sobre a adoção de medidas por órgão setorial sem a devida orientação dos órgãos centrais. Acredita-se que as diretrizes para o enfrentamento de situações da magnitude da ora enfrentada devem ser gestadas na mais alta cúpula do funcionalismo público, tendo em vista que as soluções a serem dadas são, acima de tudo, de caráter político, e não jurídico. Por tal motivo, independente de qualquer orientação jurídica levantada por este parecer, sugere-se a articulação junto ao Ministério da Economia para edição de ato normativo de caráter geral e abstrato.

b) acredita-se que, no momento atual, a equipe de gestão dos contratos tem maior espectro de intervenção nas relações trabalhistas estabelecidas entre as empresas contratadas para prestação de serviços terceirizados e seus empregados, desde que qualquer decisão seja adotada de forma fundamentada, com a demonstração nos autos dos motivos que levaram à determinada medida;

c) especificamente em relação aos cinco questionamentos levantados na consulta, conclui-se que:

c.1) o próprio portal de compras governamentais recomenda o levantamento dos terceirizados pertencentes ao grupo de risco para avaliação da necessidade de sua substituição temporária ou suspensão;

c.2) não há como a análise jurídica se manifestar hipoteticamente sobre a presença dos requisitos elencados em eventual pedido de reequilíbrio. Demonstrados os requisitos exigidos pela Lei nº 8.666/93, que parece ter estabelecido o dispositivo presente na “d”, inciso II, do art. 65 de seu texto, justamente para enfrentar situações extremas como a atual, assistiria tal direito à contratada. Contudo, é possível perceber que, até o momento, as alternativas de enfrentamento sinalizadas pelo governo e exigidas para conter a pandemia tratam do isolamento, tais como - o trabalho remoto, turnos de revezamento, redução de carga horária, etc. Tais medidas, isoladas, não parecem alterar o sinalagma econômico do pacto, impondo mais deveres e compromissos financeiros à empresa. Sendo assim, reafirma-se, cada situação só poderá ser analisada em concreto.

c.3) conforme recomendação constante do portal de compras governamentais, 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 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.

c.4) tendo em vista a situação excepcionalíssima e emergencial enfrentada, reitere-se, com a declaração de pandemia pela Organização Mundial de Saúde, caso não haja tempo hábil para a formalização do termo aditivo sem ampliação do risco a vidas humanas, a área competente deve juntar a devida justificativa ao processo e posteriormente realizar o aditamento; e

c.5) há possibilidade de inserção de terceirizados em trabalho remoto caso as atividades exercidas sejam compatíveis com esta modalidade.

À consideração superior.

Brasília, 18 de março de 2020.

NÍCOLAS TRINDADE DA SILVA
ADVOGADO DA UNIÃO

MÍRIAM SASAKI FRANÇA
Advogada da União
Coordenadora de Licitações, Contratos, Convênios 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) 00404000942202005 e da chave de acesso 673a5aa7

Notas

1. [^] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62.
2. [^] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
3. [^] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 9.
4. [^] *idem*. p. 10.

Documento assinado eletronicamente por NICOLAS TRINDADE DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 395991581 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NICOLAS TRINDADE DA SILVA. Data e Hora: 20-03-2020 11:46. Número de Série: 17295217. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por MIRIAM SASAKI FRANCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 395991581 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MIRIAM SASAKI FRANCA. Data e Hora: 20-03-2020 11:57. Número de Série: 17328350. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
