

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: Análise em torno da pandemia de COVID-19

ADMINISTRATIVE CONTRACTS: Analysis around COVID-19 pandemic

Bruno de Almeida de Oliveira^{*}
Clara Carvalho Loureiro^{**}
Francielle Caroline Pereira Pontes^{***}
Gessica Lorrani Oliveira Xavier^{****}
Thaynan Oliveira Costa^{*****}

Resumo

A pandemia de COVID-19 alterou substancialmente a dinâmica de vida das pessoas já que medidas para conter a propagação implicaram na diminuição de circulação de pessoas. Assim, além dos custos extraordinários com a saúde, o poder público deve atentar-se para os impactos provocados às atividades decorrentes dos contratos administrativos firmados. Este artigo propõe-se a apresentar possíveis soluções da Administração em relação aos contratos em questão, considerando as prerrogativas e particularidades destes contratos.

Palavras-Chave: Administração. COVID-19. Pandemia. Impactos. Soluções.

Abstract

The COVID-19 pandemic substantially changed the dynamics of people's lives as measures to contain the spread led to a decrease in the circulation of people. Thus, in addition to the extraordinary health costs, the government must pay attention to the impacts caused to the activities resulting from the administrative contracts signed. This article proposes to present possible Administration' solutions in relation to the contracts in question, considering the prerogatives and particularities of these contracts.

Keywords: Administration. COVID-19. Pandemic. Impacts. Solutions.

Artigo submetido em 20 de julho de 2020 e aprovado em 14 de setembro de 2020.

^{*} Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Email: bruno.oliveira@almg.gov.br

^{**} Graduanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Email: claracloureiro@gmail.com

^{***} Graduanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Email: franciellecpontes@gmail.com

^{****} Graduanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Email: gessicalorrani.oliveira@gmail.com

^{*****} Graduanda em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Email: thay.nan.costa12@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade a análise e compreensão da pandemia de COVID-19 em relação aos contratos administrativos, no tocante às possíveis contribuições por parte da administração pública, tendo em vista a incerteza gerada para toda a população e que abalou e continua abalando as relações contratuais em inúmeros aspectos.

Não restam dúvidas de que a pandemia de Coronavírus atingiu os contratos administrativos em geral. Os mesmos já foram e serão ainda mais afetados pelos efeitos da crise. Diante disso, existem diversas medidas excepcionais que podem ser usadas para enfrentar a situação de anormalidade, e isso pode mudar a relação entre contratado e contratante.

Estruturalmente, entendeu-se por bem estabelecer, um panorama geral acerca da situação atual vivenciada pelo mundo, decorrente da pandemia do COVID-19. Em seguida, foi realizada uma análise sobre os contratos administrativos, destacando-se os pontos essenciais para a discussão. A seguir, realizou-se uma exposição sobre os princípios da consensualidade e da continuidade dos serviços públicos, tendo em vista que são princípios que estão ligados diretamente a prestação de serviços públicos e decorrem de um dever constitucional.

Logo após, discutem-se as possíveis soluções e contribuições que podem ser pensadas e realizadas pela administração pública em comunicação com o contratado, para manutenção dos contratos administrativos já firmados nesta época de incerteza a fim de resguardar a relação contratual, evitando uma elevada taxa de desemprego e apresentando possíveis soluções consensuais e não consensuais para a resolução da situação, para que nenhuma das partes seja prejudicada.

Por fim, conclui-se que há soluções respaldadas pela lei para o enfrentamento da questão, sendo imperativa a observância dos aspectos socioeconômicos na tomada de decisões quanto aos contratos administrativos, porém, havendo um prolongamento da atual pandemia no tempo, poderão ser tomadas medidas mais drásticas no que tange a manutenção ou não desses contratos administrativos.

2 ANÁLISE DA PANDEMIA DE COVID-19

O coronavírus, no ano de 2020, alterou de forma drástica as atividades cotidianas das pessoas em escala global. As infecções pelo vírus iniciaram-se por volta de dezembro de 2019

em Wuhan, na China, e alastraram-se por todo o mundo, em razão da dinâmica global de circulação de pessoas. Cumpre anotar que apesar dos sintomas da infecção apresentarem-se em diversos graus, desde aqueles comuns à gripe aos mais graves, como o comprometimento do sistema respiratório, o que pode causar pneumonia (GAGLIONI, 2020).

Nesse contexto, vale mencionar que há a estimativa de que 5% dos casos de contaminação pelo vírus, *sars-cov-2*, atinjam estágios mais críticos da doença, necessitando de cuidados médicos específicos (GAGLIONI, 2020). Diante dessa conjuntura, como formas de conter a propagação do vírus, infectologistas recomendam, principalmente, a manutenção de hábitos de higiene, o uso de máscaras e isolamento social (MAGENTA; MOTTA, 2020). Esta última medida gera impactos notórios no contexto econômico dos países, visto que a diminuição de circulação altera a dinâmica de comércios e prestadores de serviços, bem como modifica as necessidades das pessoas durante esse período. Dessa forma, apesar de existirem oposições à adoção do isolamento social, a medida foi adotada, seja de forma compulsória ou voluntária, pelos cidadãos, na maioria dos países.

No Brasil, em que pese a falta de determinação do governo federal para decrescer a circulação interna de pessoas, governadores e prefeitos adotaram medidas no sentido de conter a circulação nos centros urbanos e, com isso, reduzir a velocidade de propagação da doença. Essas medidas visam reduzir os impactos no sistema de saúde, visto que a contaminação em larga escala causaria um colapso na saúde pública, sobrecarregando os atendimentos de quaisquer casos, uma vez que o sistema não possui estrutura para atender a todos e a população iria ficar sem assistência.

Embora não seja possível, até o momento, precisar quais são os desdobramentos permanentes provocados pela atual pandemia, é certo que, para atender as demandas em relação à saúde, a administração pública deve aferir as modificações de necessidade em relação aos seus contratos vigentes. Nessa conjectura, para o exame dessas modificações é basilar a apresentação de contornos dos contratos administrativos, bem como de princípios que os regem.

3 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos da administração são contratos em sentido amplo e encontram-se divididos em contratos da administração sob regime de direito privado e contratos da administração sob regime de direito público. Di Pietro expõe que:

A expressão contratos da Administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público. (DI PIETRO, 2019, p. 556)

Sobre o regime jurídico dos contratos administrativos, embora existam divergências doutrinárias¹, podem ser determinados como contratos administrativos “todos aqueles ajustes celebrados pela Administração Pública por meio de regras previamente estipuladas por ela, sob um regime de direito público, visando à preservação dos interesses da coletividade.” (SPITZCOVSKY, 2019, p. 593).

A Lei 8.666/93 disciplina de forma geral os contratos administrativos, além disso algumas de suas modalidades estão dispostas em leis específicas. O art.2, parágrafo único, da Lei 8.666/93 dispõe que:

Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.(BRASIL, [2017]).

Importante salientar que os contratos administrativos detêm diversas características peculiares, tendo em vista que a administração tem prerrogativas e privilégios nas relações contratuais, baseadas no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

¹ Tal divergência doutrinária é desvelada por Nohara (2019, p. 188) conforme o que explicado a seguir. A primeira corrente da doutrina, a qual é assentada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, corrobora com arguição de inexistência da modalidade de contratos administrativos. Assim, as prerrogativas de modificação e rescisão unilaterais conferidas à administração pública, a teor do art. 58 da Lei 8.666/93, evidenciaram a ausência de (i) *igualdade entre as partes* e (ii) *autonomia de vontade entre as partes*. Assim, a natureza contratual dos negócios jurídicos em questão seria descaracterizada. Esse posicionamento é minoritário na doutrina, eis que, em contraposição, argumenta-se que as vantagens conferidas à administração pública não mitigariam a natureza contratual, mas sim cumpririam o que disposto no art. XX, da Constituição Federal, no sentido de assegurar o princípio da supremacia do interesse público expresso no art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/99. Os autores, como Agustín Gordillo e Lúcia Valle Figueiredo, defendem a segunda corrente, segundo a qual não há contratos firmados pela administração pública que não sejam contratos administrativos. Dessa forma caso um ente administrativo celebre contratos, não haveria a possibilidade de submissão ao direito privado. Esses negócios jurídicos, portanto, têm a finalidade de realizar o interesse público, sendo próprios de regime jurídico administrativo, mesmo que trate de casos como, por exemplo, a locação na qual a Administração seja a locatária. No que concerne a terceira corrente, vislumbra-se que são admitidos *contratos privados da Administração*, bem como os *contratos administrativos*. Estes são submetidos ao regime jurídico administrativo puro; esses são, discriminados pelo art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93, que determinar a aplicação de normas gerais e normas da Lei de licitações e contratos da Administração Pública aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário. Dentre autores adeptos a esta terceira corrente, menciona-se Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Maria Sylvia Di Pietro e a própria Irene Patrícia Nohara. Nohara (2019, p. 189), ao reportar-se à Lúcia Valle Figueiredo, destaca, ainda, que tal divergência no Brasil é menos relevante quanto a questões de ordem prática, visto que no país inexistente a jurisdição administrativa.

Verifica-se que o referido princípio destina-se a elevar a posição da administração pública, colocando-a de forma superior ao particular para que proceda-se com a predominância dos interesses coletivos em face dos interesses particulares, com vistas a alcançar os anseios da coletividade como um todo, em busca do bem comum. Conforme explica Rossi, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular explicita que:

O objetivo fundamental da Administração é atingir o bem comum, de maneira que os interesses coletivos prevaleçam sobre os individuais. A Administração, para buscar de maneira eficaz tais interesses, se coloca em um patamar de superioridade em relação aos particulares, numa relação de verticalidade, e para isso utiliza-se do princípio da supremacia do interesse público, fazendo prevalecer as conveniências e as necessidades da sociedade. Diferentemente, no mundo privado, os privilégios e prerrogativas estão estabelecidos de forma horizontal. (ROSSI, 2019, p.24).

No que diz respeito ao referido princípio, cumpre esclarecer que há críticas sobre sua validade. Conforme elucidada Binenbojm, pode-se dizer que “o direito administrativo não tem mais como ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas de proporcionalidade.” (BINENBOJM, 2005, p.8). Nota-se que, ao se falar em proporcionalidade deve-se levar em consideração a necessidade de ponderação, visando uma análise da situação conflituosa do caso concreto. Sendo assim, a primazia desse princípio em detrimento do interesse individual é incompatível com o instituto da proporcionalidade, conforme explicita o autor:

Com efeito, nota-se que não há como conciliar no ordenamento jurídico um “princípio” que, ignorando as nuances do caso concreto, pré-estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. O “princípio” em si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados que estejam envolvidos. (BINENBOJM, 2005, p.16).

A respeito das peculiaridades presentes nos contratos administrativos em que pese as críticas feitas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ainda pode-se falar sobre desigualdade entre as partes, podendo citar como exemplo, a existência das cláusulas exorbitantes que estão previstas no art.58 da Lei 8.666/93 e que são determinadas pela administração, de forma imperativa e unilateral. É o que explica Costa: “As cláusulas exorbitantes são aquelas que conferem prerrogativas para a Administração Pública no ajuste, razão pela qual há um desequilíbrio em favor do Poder Público, tendo em vista o interesse público tutelado.” (COSTA, 2013, p.92).

Dessa maneira, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, as especificidades dos contratos administrativos além das inseguranças que

decorrem da atual pandemia de COVID-19, faz-se necessária a análise da continuidade e da consensualidade.

4 A CONSENSUALIDADE E A CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Apesar de a pandemia global alterar a dinâmica dos contratos administrativos, deve-se ter em vista que a atuação da administração pública, bem como os contratos firmados com a administração estão submetidos a um regime especial. Assim, para que sejam exploradas possíveis formas de enfrentamento à crise, é imperativo que sejam trazidos à discussão, considerações sobre a consensualidade e continuidade.

O princípio da continuidade é um dos princípios norteadores do Direito Administrativo e determina que os serviços públicos devem manter prosseguimento. É o que explicita Mazza:

O princípio da continuidade veda a interrupção na prestação dos serviços públicos. Aplica-se, por isso, somente no âmbito do Estado prestador (atuações ampliativas da esfera privada de interesses), não valendo para outros domínios, como o poder de polícia, a atividade econômica, o fomento, as atuações políticas e as funções legislativas e jurisdicionais. (MAZZA, 2019, p.166).

Além disso, o referido princípio está expressamente previsto no art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95, juntamente com outros princípios que norteiam a prestação do serviço público. Nota-se que esse princípio decorre de um dever constitucional da prestação do serviço público por parte da administração.

A continuidade está ligada diretamente a efetiva prestação de serviços públicos, ou seja, ligada diretamente a necessidade da prestação de determinados serviços pela administração pública. Nessa perspectiva, cumpre esclarecer que o entendimento acerca da aplicação desse princípio será cabível de forma absoluta apenas aos serviços públicos considerados essenciais e que são indispensáveis ao interesse público de forma geral. No que tange a essencialidade do serviço público, trata-se de princípio da administração pública e sobre “esse princípio entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar.” (DI PIETRO, 2019, p 224).

A problemática principal no tocante a aplicação prática do princípio da continuidade, principalmente na pandemia, diz respeito à definição de quais seriam os serviços públicos considerados indispensáveis. O art. 10 da Lei 7.783/1989 apresenta um rol de serviços que

são considerados essenciais e que, portanto, devem ser contínuos. Tais serviços essenciais, são delineados como serviços de necessidade absoluta. Conforme salienta Oliveira, “Na necessidade absoluta, o serviço deve ser prestado sem qualquer interrupção, uma vez que a população necessita, permanentemente, da disponibilidade do serviço”. OLIVEIRA (2013, p.138). Diante disso, constata-se a necessidade de cuidado por parte da administração ao tomar medidas drásticas quanto aos contratos administrativos, principalmente no tocante aos contratos administrativos que regem serviços essenciais de necessidade absoluta.

No que concerne a consensualidade, pertinente evidenciar que a administração pública “nem sempre atua de forma impositiva, expedindo unilateralmente atos administrativos imperativos, mas também estabelece acordos de vontade com os particulares para a produção de efeitos jurídicos recíprocos desejados por ambas as partes.” (NOHARA, 2019, p.188). Desta forma, verifica-se que a consensualidade visa um diálogo entre contratados, em análise e discussão de uma solução que contemple os anseios das partes envolvidas.

Em que pese o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e todos os privilégios e prerrogativas da administração pública “a ascensão do Estado Democrático de Direito se pauta, ao contrário, na valorização do cidadão e em sua participação efetiva nas relações envolvendo o Poder Público.” (FALEIROS JÚNIOR, 2017, p.78).

Assim, nota-se que a consensualidade é uma característica importante para a administração pública para o enfrentamento da atual pandemia. Sobre o referido princípio cabe à administração buscar o interesse público, ou seja, o bem comum para a coletividade. Assim, Faleiros Júnior faz a seguinte consideração:

O interesse público se revela como fator imprescindível para viabilizar a conservação da vida em comunidade, uma vez que busca, por meio da atuação estatal, propiciar, na máxima medida possível, um convívio harmonioso e organizado entre os seus membros. Desse modo, a Administração Pública, orientada por essa premissa, deve buscar alcançar da melhor forma seu fim último, mesmo que sejam vários os entraves e barreiras que se imponham à sua atuação. (FALEIROS JÚNIOR, 2017. p.71).

Pode-se considerar que bem comum para a coletividade é que a administração, sempre que possível, opte pela melhor decisão para as partes, levando sempre em consideração as necessidades essenciais e a possibilidade do poder público manter os contratos administrativos.

Dessa forma, para atender os interesses públicos, importante analisar as medidas a serem adotadas pela administração em relação aos contratos administrativos, levando em consideração as suas peculiaridades e a situação vivenciada atualmente.

5 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA MANUTENÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

5.1 Soluções consensuais

No contexto da pandemia provocada pelo vírus *sars-covid-2*, em decorrência do isolamento social, é essencial abordar a possibilidade de promoverem-se alterações contratuais consensuais nos contratos administrativos. Ferraz (2020), explica que “não há qualquer incompatibilidade no uso desses instrumentos consensuais simultaneamente com o uso de institutos tradicionais do Direito Administrativo”. Sendo assim, há a possibilidade de utilização de métodos bilaterais, regidos pela legislação, no tocante às possíveis contribuições do ponto de vista da administração.

No tocante às alterações contratuais consensuais, vislumbra-se na legislação vigente o art. 26 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, essa disposição legal inclui a possibilidade de celebrar compromisso com os interessados para alterações nos contratos administrativos. Não são imprescindíveis para essas mudanças a edição de leis específicas, decretos ou regulamentos internos (GUERRA; PALMA, 2018).

Sobre o assunto, Di Pietro leciona que:

O dispositivo está permitindo que a autoridade administrativa, ao invés de decidir unilateral e imperativamente, entre em acordo com os interessados para corrigir a irregularidade, afastar a incerteza jurídica e pôr fim a um litígio. Essa possibilidade é outorgada com a exigência de determinadas cautelas, como a oitiva do órgão jurídico, a realização de consulta pública (quando prevista em lei ou for de interesse das partes) e o atendimento ao interesse geral. (DI PIETRO, 2019, p. 209).

A norma é referida pelos doutrinadores como “permissivo genérico” para que acordos de vontade sejam realizados pela Administração Pública com os contratados. Cumpre esclarecer que “o artigo 26 da LINDB universalizou e consagrou, em definitivo, a consensualidade como um instrumental de ação administrativa”(SOLIANO, 2020). Portanto, a norma em questão é recurso eficiente para solucionar conflitos os quais comportam alterações contratuais.

5.1.1 Terceirização e consensualidade

No que tange às alterações consensuais, cumpre ainda destacar que há contratos de cuja natureza permite negociações com o apoio do sistema sindical dos trabalhadores da classe. Tais contratos são os que contemplam o regime de terceirização² e, por isso, as negociações, nesse âmbito, devem ser realizadas de forma tripartite. Isto é, de modo a contemplar não só o interesse do Poder Público, mas também das empresas contratantes e das pessoas que o trabalho sofre com os reflexos da alteração do ritmo de vida decorrente da pandemia.

Diante disso, sobre os sindicatos, anota-se que a Constituição Federal de 1988, no Capítulo dos Direitos Sociais, acolheu a liberdade de associações sindicais para “defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” (BRASIL, [2019]). A Carta Maior, também, define como obrigatória sua participação em negociações coletivas de trabalho, a teor dos incisos III e VI do art. 8º do diploma legal citado.

Sob essa perspectiva, é importante observar que as prerrogativas conferidas aos sindicatos são reguladas pela Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei nº 5.452/43, e, mesmo que parte do poder de negociação fora reduzido em decorrência de alterações legislativas³, a função essencial dos sindicatos continua sendo a de zelar pelos interesses de categorias dos trabalhadores. Razão pela qual, é relevante a sua presença no intermédio das possíveis alterações consensuais atinentes aos contratos administrativos.

Nesse tocante, Niebuhr enfatiza:

Dentro desse processo de diálogo, é conveniente mapear os instrumentos jurídicos que podem ser empregados para prover a solução ou medidas mitigadoras, por isso a relevância da participação do jurídico e dos sindicatos envolvidos. É provável que muitas das soluções cogitadas, notadamente nos contratos de terceirização de serviços, passem por adequações nos contratos de trabalho dos empregados das

² Em que pese não ser o objeto específico deste estudo, consigna-se que o regime de terceirização pode ser definido como “*todo processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo objetivo último é a redução de custos com a força de trabalho e/ou a externalização dos conflitos trabalhistas*. Ou seja, é a relação na qual o trabalho é realizado para uma empresa, mas contratado de maneira imediata por outra.”(MARCELINO; CAVALCANTE, 2012).

³ A despeito desse tema, convém ponderar que “O poder de negociação dos sindicatos vem sendo fragilizado com o “novo poder” de reduzir direitos, por meio da interposição de comissões de representação dos trabalhadores, nas quais é proibida a participação sindical, ou do empoderamento do indivíduo para negociar diretamente. Essas medidas quebram o papel sindical de escudo coletivo e protetor. Como já ocorre em outros países que adotam mecanismos semelhantes, os trabalhadores são incentivados e estimulados, por meio de inúmeras práticas antissindicais e de submissão patronal, a não apoiar ou financiar os sindicatos. Ficarão submetidos ao poder das empresas, pressionados para aceitar acordos espúrios diante do medo de perder o emprego, ainda mais em uma situação de altas taxas de desemprego de longa duração.” (LUCIO, 2020).

empresas contratadas, a maior parte delas dependente do crivo dos sindicatos e da elaboração de acordo ou de convenção coletiva. (NIEBUHR, 2020).

Assim, cumpre mencionar que no Brasil, o Decreto nº 9.507 de 21 de setembro de 2018, contempla, em seu capítulo IV, as hipóteses relativas a reajustes destes instrumentos contratuais, considerando alterações substanciais. Tal diploma normativo trata dessas possibilidades nos arts. 12 e 13, *in verbis*:

Art. 12. Será admitida a repactuação de preços dos serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva, com vistas à adequação ao preço de mercado, desde que:

I - seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos para os quais a proposta se referir; e

II - seja demonstrada de forma analítica a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Art. 13. O reajuste em sentido estrito, espécie de reajuste nos contratos de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra, consiste na aplicação de índice de correção monetária estabelecido no contrato, que retratará a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

§ 1º É admitida a estipulação de reajuste em sentido estrito nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano, desde que não haja regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

§ 2º Nas hipóteses em que o valor dos contratos de serviços continuados seja preponderantemente formado pelos custos dos insumos, poderá ser adotado o reajuste de que trata este artigo. (BRASIL, 2018).

É pertinente anotar que são lícitas alterações nos contratos com observância à variação do preço de mercado ou do custo de produção, a depender da espécie de contrato. Destarte, no período em que o cotidiano é alterado pelo coronavírus, as partes do contrato podem considerar a adoção de alterações contratuais mencionadas a fim de não extinguir os instrumentos que estão vinculados.

5.3 Do acordo de leniência

Em outra seara, o acordo de leniência é um instituto que está presente no art.16⁴ e 17 da Lei 12.846/13 conhecida como Lei anticorrupção, que “Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública,

⁴ De acordo com Rossi, a legislação traz a “possibilidade de celebração de acordo de leniência (art. 16 da Lei n. 12.846/2013), permitindo que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública celebre esse acordo com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos considerados lesivos e que colaborarem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, desde que dessa colaboração resulte: a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.” (ROSSI, 2019, p.113). Nesse sentido, no que concerne a referida hipótese de acordo de leniência presente no art.16 da Lei 12.846/13, registra-se que este acordo tem por objetivo conseguir a colaboração para as investigações em processos administrativos.

nacional ou estrangeira, e dá outras providências.” (BRASIL,2013). Conforme esclarece Di Pietro:

o acordo de leniência tem por objetivo permitir ao infrator, por meio de acordo com o Poder Público, colaborar na investigação de ilícitos administrativos ou penais, favorecendo, a um tempo, o interesse público na investigação das infrações e responsabilização dos infratores, e o interesse do próprio infrator na obtenção da extinção da punibilidade ou redução da pena aplicável. (DI PIETRO, 2019, p.1.861).

O art.17 da Lei 12.846/13 permite que sejam realizados acordos com particulares que cometeram ilícitos administrativos no contexto da lei de licitações. Nesses acordos firmados, objetiva-se eximir ou reduzir a aplicação de sanções administrativas. *In verbis*:

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88. (BRASIL,2013).

Ferraz elucida que o art.17 da Lei 12.846/13 permite que seja acordado entre parte e administração pública, a possibilidade de desincumbência completa das penalidades nas situações em que o particular não tenha cumprido com as obrigações em razão de fatos alheios à sua vontade. Nota-se que, dessa forma, surge a possibilidade de utilização do acordo de leniência em um âmbito consensual, tornando-se possível a realização de uma interpretação em prol de ajustes contratuais bilaterais, que se tornem necessários, principalmente no período da pandemia. Vejamos:

O art. 17 da Lei 12.846/13 possibilita a isenção total de penalidades previstas no contrato no caso de incumprimento – e não cogita necessariamente de que o particular tenha deixado de cumpri-lo por sua culpa. É possível, nesse passo, que a disposição seja interpretada com flexibilidade, para abarcar ajustes substitutivos da rescisão do contrato também para o caso da crise da Covid-19. E isto fundamentalmente porque a referida disposição legal pode se aliar, em exegese sistemática, ao art. 58, I da Lei 8.666/93, a fim de que o contrato possa ser alterado bilateralmente “para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”. (FERRAZ, 2020).

Portanto, levando-se em consideração a atual crise de saúde pública, o acordo de leniência torna-se uma ferramenta importante e que deve ser utilizada, visando uma mitigação dos efeitos da pandemia em caráter social e econômico. Caso o particular, devido a atual situação, cometa ilícitos que geram sanções administrativas, pode-se recorrer ao acordo de leniência para que seja feito eventuais ajustes no contrato que foi anteriormente pactuado.

5.4 Da suspensão contratual

Niebuhr discorre sobre algumas possíveis soluções para diminuir os impactos da pandemia nos contratos administrativos, uma delas, é a suspensão contratual de forma excepcional para contratos administrativos não essenciais com vistas a não rescisão imediata. De início, adotando-se a medida, o problema gira em torno da desoneração de pagamentos. Vejamos:

Uma outra providência poderia ser a suspensão dos contratos administrativos, o que depende apenas da Administração Pública, como lhe autoriza o parágrafo único do artigo 8º da Lei n. 8.666/1993. Aliás, consoante o inciso XIV do artigo 78 da Lei n. 8.666/1993, a empresa contratada somente tem a faculdade de pleitear a rescisão do contrato diante de suspensão que ultrapassa 120 dias. E, se a empresa contratada não se opor, é permitido que a suspensão vá para além dos 120 dias, que se estenda pelo tempo que for necessário, o que é positivo. Essa solução atende bem ao vetor da economicidade por parte da Administração, porque ela se desonera dos pagamentos durante o período de suspensão. O negativo é o vetor social, que não é minimamente contemplado. Com a suspensão, a empresa contratada não recebe e é induzida a demitir os seus empregados. (NIEBUHR, 2020).

Portanto, Niebuhr entende que tal suspensão deve amoldar-se no fornecimento de uma ajuda compensatória aos trabalhadores, a qual teria valor inferior ao salário fornecido. É importante destacar, que tal suspensão só é possível para os serviços considerados não essenciais no período da pandemia⁵. Assim o interesse público seria preservado e os impactos econômicos seriam reduzidos. Nas palavras de Niebuhr:

A suspensão do contrato administrativo casada com a suspensão dos contratos de trabalho e com o pagamento dessa ajuda compensatória seria vantajosa, mesmo que não fosse o caso de suspensão para qualificação profissional e, por via de consequência, mesmo sem a bolsa concedida pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador. Nessa hipótese, a ajuda concedida ao empregado pode ser menor que o salário, o que não seria o ideal sob a perspectiva do empregado. No entanto, seria melhor do que a demissão nesse momento de crise. Para a Administração, sob a ótica econômica, seria vantajoso porque o valor seria uma fração da prestação mensal do contrato de terceirização, dado que excluídas todas as demais despesas para a execução do contrato, como equipamentos, insumos, uniformes etc., taxa de administração e tributos, e encargos trabalhistas. Outra vantagem é que o contrato pode ser retomado quando acordado pelas partes, basta que a situação se normalize, sem necessidade de novos procedimentos e novas contratações. Essa solução não seria perfeita nem ideal para nenhuma das partes, mas seria real, factível e responsável. (NIEBUHR, 2020).

⁵ No tocante aos serviços essenciais no período da pandemia, cumpre esclarecer que está tramitando a MP 926/20. A referida Medida Provisória “altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.” (BRASIL, 2020).

Em relação as atividade essenciais, levando-se em consideração o princípio da continuidade dos serviços públicos, faz-se necessário a remodelação dos contratos administrativos, ou seja, a administração deve dialogar com a contratada para chegar a um consenso e possibilitar soluções excepcionais para cada tipo de contrato, analisando suas especificidades e seus termos para assim, chegar a um equilíbrio social e econômico. É o que elucida Niebuhr:

A solução talvez seja remodelar os contratos administrativos que não podem ser suspensos. Sabe-se que é permitido promover alterações qualitativas e supressões quantitativas nos contratos administrativos e que elas, quando consensuais, não estão sujeitas aos limites de 25% do valor inicial atualizado (conferir a Decisão n. 215/1999, do TCU). Não se duvida que os fatos que se sucedem em razão do coronavírus são excepcionais, imprevistos e impactantes. O contexto atual justifica que os contratos sofram alterações significativas, que sejam remodelados por meio de aditivos contratuais. Deve-se propor exercícios e cenários para remodelá-los, sempre em vista dos vetores social e econômico.(NIEBUHR, 2020).

Desse modo, é interessante, em caráter social e econômico, manter as relações contratuais no período da quarentena. É de suma importância, portanto, a remodelação dos contratos administrativos essenciais, partindo do pressuposto que sua atividade é necessária e deve ser mantida, mesmo que seja de forma mitigada e com alterações na forma de cumprimento do que foi pactuado anteriormente.

5.5 Da revisão contratual

Diante das incertezas quanto ao período de duração do isolamento social, torna-se relevante a consideração da revisão contratual. Caso a pandemia protrair-se no tempo, imperiosa a análise da administração quanto a manutenção dos contratos pactuados, vez que o objeto destes contratos podem ser diminuídos decorrentes das alterações da essencialidade dos serviços.

A revisão contratual dos contratos administrativos é um procedimento que visa a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consoante Mazza (2019, p. 683), “Esse dever de manutenção de equilíbrio na relação custo-remuneração também constitui cláusula exorbitante típica do contrato administrativo.” e está prevista na Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública. Conforme dispõe o art.65 da Lei. 8.666/93, nos casos de necessidade de modificação no valor contratual, poderá ser feita alterações unilaterais pela administração. *In verbis*:

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

I - unilateralmente pela Administração:

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; (BRASIL, [2017]).

No contexto atual, a medida de revisão contratual seria reduzir o objeto até os percentuais de 25% ou 50%, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento (art. 65, §1º, Lei 8.666/93), daqueles contratos que não seriam essenciais à Administração Pública. A repercussão financeira aos cofres públicos desta medida, se dá na conseqüente redução do pagamento daqueles serviços cujo objeto foi diminuído.

Desvela-se, assim, uma tentativa significativa para que estes negócios jurídicos não sejam rompidos por completo, no momento atual. E, ainda, de forma a não ensejar novos encargos para a promoção de futuros procedimentos de contratação após a pandemia.⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de COVID-19 está causando conseqüências avassaladoras em todo o mundo, gerando incertezas para a toda a sociedade e está abalando as relações contratuais em diversos aspectos nunca previstos. Insere-se nesse cenário imprevisibilidade e enorme insegurança para os contratos administrativos estipulados. Dessa forma, torna-se pertinente que a avaliação detalhada em relação aos contratos administrativos por parte da administração pública, levando em conta, principalmente, ideais que visam uma maior consensualidade entre contratante e contratado para que ocorram ajustes contratuais visando a manutenção do contrato pelo período da pandemia.

O contexto atual é inesperado, o que dificulta a extração de conseqüências jurídicas precisas. O que se sabe, todavia, é que o caminho para a solução deve estar na implementação

⁶ Importante salientar que em caso de prolongação da pandemia, há a possibilidade também de ser realizada a rescisão dos contratos administrativos. Nesse contexto, cumpre esclarecer que a rescisão unilateral dos contratos está prevista na lei de licitações e trata-se de cláusula exorbitante. De acordo com Arêdes “A legislação brasileira (art. 78, XII e XIII, da Lei nº 8.666/93) prevê a possibilidade de a administração pôr fim ao contrato independentemente da anuência da outra parte, desde que lhe sejam assegurados o ressarcimento pelos prejuízos sofridos e o pagamento pelas obras já executadas. Vez que essa prerrogativa não é prevista a favor do contratado (que somente pode rescindir o contrato nos casos de culpa da administração ou de ocorrência de força maior), entende-se que se trata de uma prerrogativa administrativa: logo, de uma cláusula exorbitante que coloca a administração numa situação de privilégio inexistente nos contratos firmados entre os particulares.” (ARÊDES, 2010, p.191).

de soluções, que não violem o ordenamento jurídico e que estejam aptas a dar continuidade aos contratos administrativos que ainda sejam viáveis economicamente, observando-se a situação financeira, o que, talvez, mais do que a adoção dos mecanismos expressamente previstos em Lei, exija diálogos entre as partes, partindo da Administração Pública, para que se possa reduzir os efeitos prejudiciais da crise.

As soluções apresentadas neste artigo, em sua maioria, visam a manutenção destes contratos, eis que é de interesse geral que não se eleve a taxa de desemprego no país. Contudo, faz-se imperativo ponderar que a pandemia de COVID-19 é uma experiência extraordinária, eis que a velocidade de circulação de pessoas atual é maior do que em outros períodos em que a humanidade foi acometida por epidemias.

Destarte, não é sabido de qual forma ocorrerá a dinâmica de isolamento social. Caso prolongue-se esse período de pandemia ou haja alterações no desenvolvimento do isolamento, as soluções consensuais podem não ser sustentáveis e suficientes para solucionar eventuais conflitos com a Administração Pública, portanto, será necessária a tomada de decisões não consensuais que visem de forma ampla o interesse público.

REFERÊNCIAS

ARÊDES, Sirlene Nunes. **As cláusulas exorbitantes e a distinção dos contratos da administração em contratos administrativos e contratos de direito privado.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. v.253. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8053/6842>. Acesso em: 31 mai. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL, **Lei nº 7.783, de 28 jun. 1989**: Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, [2020].

BRASIL, **Lei nº 8.666 de 21 jun. 1993**: Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2019].

BRASIL, **Lei nº 8.997 de 13 fev. 1995**: Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2015].

BRASIL, **Lei nº 9.507 de 21 de set. 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. Brasília, DF: Presidência da República [2019].

BRASIL, **Lei nº12.846 de 1 ago.2013**: Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2013].

BRASIL. **Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Da Supremacia do Interesse Público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. v.239. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>. Acesso em: 23 jun 2020.

COSTA, da, E. P. Coleção saberes do direito. v. 33 - **Direito administrativo III: bens públicos, licitação**. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

FALEIROS JÚNIOR. José Luiz de Moura. **A Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais**. Revista Digital de Direito Administrativo. São Paulo. v.4. n.2. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/131126/130583>. Acesso em: 08 jun. 2020.

FERRAZ, Luciano. **Contratos administrativos e flexibilidade em tempos de Covid-19**. 01 abr. 2020. São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/luciano-ferraz-contratos-administrativos-flexibilidade>. Acesso em: 29 abr. 2020.

GAGLIONI, Cesar. **Quais são os níveis de transmissão do novo coronavírus**. Nexo Jornal, São Paulo. 06 de mar de 2020(atualizado 23/03/2020 às 10h14). Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/03/06/Quais-s%C3%A3o-os-n%C3%ADveis-de-transmiss%C3%A3o-do-novo-coronav%C3%ADrus>. Acesso em: 30 mar. 2020.

GALLAGHER, James. **Coronavírus: quanto tempo uma pessoa leva para se recuperar da covid-19**. BBC News. 26 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-52274791>. Acesso em: 30 mar. 2020.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653>. Acesso em 10 abr. 2020.

LUCIO, Clemente Ganz. **A reforma das relações sindicais volta ao debate no Brasil.** Estud. av., São Paulo, v. 34, n. 98, p. 127-142, abr. 2020. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000100127&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 07 jun. 2020.

MAGENTA, Matheus; MOTA, Camila Vera. **Coronavírus: com chegada da doença ao Brasil, o que realmente funciona para se proteger?** BBC News Brasil. São Paulo; Londres. 26 fev. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51318710>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MARCELINO, Paula; CAVALCANTE, Sávio. **Por uma definição de terceirização.** Cad. CRH, Salvador, v. 25, n. 65, p. 331-346, Aug. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792012000200010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 jun. 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **O que fazer com os contratos administrativos em tempos de coronavírus?** Curitiba. 01 abr. 2020. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-que-fazer-com-os-contratos-administrativos-em-tempos-de-coronavirus/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo.** 2 ed. São Paulo: Método, 2013. *E-book*.

SOLIANO, Vitor. **A negociação público-privada durante e após a pandemia.** São Paulo. 05 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/soliano-negociacao-publico-privada-durante-pandemia>. Acesso em: 09 abr. 2020.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo esquematizado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.