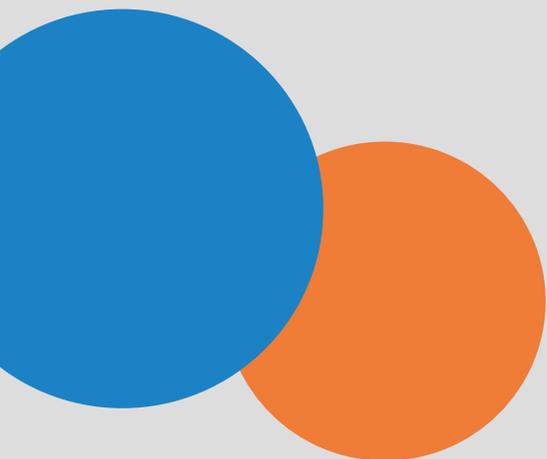




CADERNO 5

SELEÇÃO DE PARECERES JURÍDICOS

COVID-19: Serviços públicos





CADERNO 5

SELEÇÃO DE PARECERES JURÍDICOS COVID-19: Serviços públicos

Trabalho elaborado pela equipe da
Consultoria Jurídica do IBAM

Supervisão:

Marcus Alonso Ribeiro Neves

Coordenação:

Fabienne Oberlaender Gonini Novais

Consultores Jurídicos:

Affonso de Aragão Peixoto Fortuna
Gustavo da Costa Ferreira Moura dos Santos
Júlia Alexim Nunes da Silva
Priscila Oquioni Souto
Rafael Pereira de Sousa

Equipe de apoio:

Ewerton Antunes
Maria Victória da Conceição Lobato
Gustavo Neffa Gobbi

Sumário

APRESENTAÇÃO	4
Parecer IBAM nº 0673/2020	
PE – Poder Executivo. Restrições à atividade industrial e ao transporte de trabalhadores em face da atual pandemia. Análise.	5
Parecer IBAM nº 0694/2020	
CC – Convênios / Contratos. Suspensão de transporte escolar em razão da emergência de saúde causada pelo novo Coronavírus. Pagamento por serviços não prestados. Considerações.	8
Parecer IBAM nº 0725/2020	
AM – Ação Municipal, CL – Competência Legislativa Municipal, SP – Serviços Públicos. Emergência de saúde pública de importância internacional. COVID-19 (Coronavírus). Restrições a atividades e serviços em âmbito local. Cooperação federativa. Obrigatoriedade de se resguardar atividades essenciais nos termos do art. 3º, § 8º, da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Comentários.	11
Parecer IBAM nº 0793/2020	
PE – Poder Executivo. Imposição de medidas restritivas para o combate à expansão da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19). Recomendações do Ministério Público. Considerações.	24
Parecer IBAM nº 0815/2020	
AM – Ação Municipal, CL – Competência Legislativa Municipal. Calamidade pública. Comentários. Pandemia do novo Coronavírus (COVID-19). Suspensão de transporte escolar. Pagamento por serviços não prestados. Inviabilidade. Considerações.	29
Parecer IBAM nº 0819/2020	
CL – Competência Legislativa Municipal, PL – Poder Legislativo, SP – Serviços Públicos. Projeto de lei. Iniciativa parlamentar. Disponibilização de álcool gel nos meios de transporte público. Imposição de obrigação às concessionárias. Contratos administrativos. Reserva da administração. Comentários.	38
Parecer IBAM nº 0842/2020	
CC – Convênios / Contratos, LI – Licitação. Aditamento qualitativo a contrato de transporte de alunos. Ato de gestão. Inviabilidade de promulgação de lei municipal para cancelar alterações contratuais não permitidas de acordo com a legislação geral de licitações e contratos. Comentários.	42



Parecer IBAM nº 1034/2020

PL – Poder Legislativo. Curso sobre evoluções tecnológicas para a prestação de serviços públicos. Custeio pelo Poder Legislativo. Ausência de finalidade inerente às atividades do Legislativo. Ato normativo interno que proíbe temporariamente diárias para fins de cursos. Comentários.**48**

Parecer IBAM nº 1678/2020

CC – Convênios / Contratos, CL – Competência Legislativa Municipal, PG – Processo Legislativo, SP – Serviços Públicos. Projeto de lei. Iniciativa parlamentar. Disponibilização de álcool gel nos meios de transporte público. Imposição de obrigação às concessionárias. Contratos administrativos. Reserva da administração. Comentários.**51**

APRESENTAÇÃO

Dando sequência à coletânea de pareceres relacionados às providências para enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus (Covid-19) pelos municípios, iniciada pelo primeiro caderno com a temática “Conceitos básicos e normas aplicáveis”, o segundo sobre a “Situação de emergência e direitos fundamentais”, o terceiro sobre “Servidores públicos e organização administrativa”, o quarto sobre “Licitações e contratos públicos” e este quinto de “Serviços públicos”, os demais terão a seguinte temática:

- Caderno 6 - Tributação e Orçamento; e
- Caderno 7 - Eleições Municipais.

Mais uma vez, esclarecemos que o IBAM se coloca à disposição para atender todos os Municípios brasileiros a fim de dirimir dúvidas dos gestores locais no enfrentamento dos problemas relacionados à Pandemia. Orientações a respeito podem ser obtidas por meio de um de nossos canais de comunicação: E-mail: associado@ibam.org.br e WhatsApp: (21) 97584-7223.

Parecer IBAM nº 0673/2020

PE – Poder Executivo.
Restrições à atividade industrial
e ao transporte de trabalhadores
em face da atual pandemia.
Análise.

CONSULTA:

Diz uma Prefeitura que a Medida Provisória nº 926, de 20/03/2020, o Decreto Federal nº 10.282, de 20/03/2020 e o Decreto Legislativo nº 06, de 20/03/2020, definem os serviços essenciais e não fazem proibição ou restrição às atividades agroindustriais, neste período de pandemia. A única atividade agroindustrial neste município é uma usina de álcool e açúcar e o Ministério Público está recomendando e insistindo na restrição.

Pergunta: O Município pode estabelecer alguma restrição à atividade desta usina? A competência para definição dos serviços essenciais é exclusiva da União? Frise-se que a referida usina realiza o transporte de seus colaboradores tanto para indústria, quanto para o campo, com ônibus terceirizados. Neste caso deve estabelecer alguma condição especial para a manutenção desse transporte?

RESPOSTA:

Cabe dizer, inicialmente, que o Município não pode proibir a instalação e funcionamento de atividades econômicas no seu território, legalmente admitidas pela legislação pátria, se atendidas forem as normas locais de uso e ocupação do solo.

Quanto ao tema da consulta, o Decreto nº 10.282/2020 define no art. 3º, quais são as atividades essenciais que devem permanecer em funcionamento, entre as quais as do inciso XXVII: "produção, distribuição e comercialização de combustíveis e derivados", em cujo âmbito pode-se incluir a produção de álcool, objeto da usina referida na consulta.

Quanto aos transportes, compete privativamente à União legislar a respeito, conforme dispõe o art. 22, XI, da Constituição Federal. Ao Município cabe apenas, nos termos do art. 30, V, "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial", o que nos remete ao transporte urbano e intramunicipal de passageiros, não alcançando o transporte de trabalhadores.

A MP nº 926/2020 diz:

"Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

(...)

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

- a) entrada e saída do País; e
- b) locomoção interestadual e intermunicipal;

(...)

§ 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.

(...)

§ 10. As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

§ 11. É vedada a restrição à circulação de trabalhadores



que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no § 9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população." (NR).

Em suma, o Município encontra-se impedido de estabelecer restrições à atividade da usina ou de interferir no transporte de seus trabalhadores, nada obstando que busque verificar se estão sendo cumpridas as normas trabalhistas de transporte e as normas de saúde, muito especialmente no caso da atual epidemia, podendo inclusive solicitar a colaboração do Ministério Público para atuar junto à indústria, no sentido de serem tomadas medidas de prevenção ao contágio da doença e, se for o caso, as medidas sugeridas na MP nº 927, de 22/03/2020.

É o parecer, s.m.j.

Affonso de Aragão Peixoto Fortuna
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 23 de março de 2020.

Parecer IBAM nº 0694/2020

CC – Convênios / Contratos.
Suspensão de transporte escolar em razão da emergência de saúde causada pelo novo Coronavírus.
Pagamento por serviços não prestados. Considerações.

CONSULTA:

Relata o consulente que o Município suspendeu o serviço de transporte escolar em razão da pandemia causada pelo novo Coronavírus. Indaga-se, então, se, considerada a situação de emergência, o pagamento por esses serviços pode continuar a ser realizado.

RESPOSTA:

A consulta não explicita qual a relação jurídica estabelecida entre a Administração Pública Municipal e os transportadores que prestam serviço de transporte escolar. Suporemos, então, que foram celebrados contratos administrativos com os transportadores em que os pagamentos pelo serviço prestado são efetuados pelo Poder Público.

Regulamentando a matéria, os artigos 62 e 63, §2º, da Lei nº 4.320/64 determinam que o pagamento só pode ocorrer após a liquidação da despesa que depende da comprovação do serviço prestado. Os referidos dispositivos estabelecem que:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

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

(...)

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

- I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;
- II - a nota de empenho;
- III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço." (Grifos nossos.).

A Administração Pública não pode pagar por serviços não prestados, mesmo em situação de emergência. O pagamento por serviços que não foram efetivamente prestados, ademais, pode configurar ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, destacamos a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE ENCANTADO. SERVIÇOS NÃO PRESTADOS. PAGAMENTOS. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. 1. O reconhecimento de ato de improbidade administrativa demanda prova do ato antijurídico, dano ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública, além da aferição de conduta subjetiva do agente. 2. Havendo a expressa designação do Secretário Municipal de Obras como responsável pela fiscalização do contrato, e diante da comprovada inexecução dos serviços, o pagamento daqueles importa conduta ímproba por omissão, nos termos do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. 3. Impossibilidade de imputação de responsabilidade objetiva ao Prefeito Municipal pela ausência de fiscalização pessoal. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70078893310, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 19/09/2018).(TJ-RS - AC: 70078893310 RS, Relator: Francesco Conti, Data de Julgamento: 19/09/2018, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/11/2018) (Grifos nossos.)

Em situação de emergência, os contratos devem ser

suspensos por ato escrito fundamentado do Poder Público, na forma do artigo 78, XIV, da Lei nº 8666/93, *in verbis*:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação. (Grifos nossos.)

Destaque-se que, em regra, a suspensão dos contratos não deve ultrapassar o prazo de 120 dias. Este prazo, contudo, não se aplica em situações de calamidade pública, que autorizam a suspensão da execução do contrato por período superior.

Por todo o exposto, concluímos que a Administração Pública não pode continuar a efetuar pagamentos por serviços que não estão sendo prestados e que os contratos devem ser suspensos, na forma do artigo 78, XIV, da Lei nº 8.666/93, em razão da situação de emergência de saúde pública decorrente da pandemia causada pelo novo Coronavírus.

É o parecer, s.m.j.

Júlia Alexim Nunes da Silva
Consultora Técnica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 25 de março de 2020.

Parecer IBAM nº 0725/2020

AM – Ação Municipal, CL – Competência Legislativa Municipal, SP – Serviços Públicos. Emergência de saúde pública de importância internacional. COVID-19 (Coronavírus). Restrições a atividades e serviços em âmbito local. Cooperação federativa. Obrigatoriedade de se resguardar atividades essenciais nos termos do art. 3º, § 8º, da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Comentários.

CONSULTA:

A Prefeitura Municipal requer, em caráter de urgência, parecer fundamentado a respeito de possível conflito de competência entre governo estadual e governo municipal.

Informa que o Estado do Espírito Santo declarou situação de emergência em razão do COVID-19, disciplinando também, por meio de decreto, os serviços essenciais e a regulamentação de seu funcionamento.

Considerando que se trata de pandemia e situação de emergência em saúde pública, a competência para regular a matéria de abertura, fechamento, e, ainda, limitação de horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais e industriais é do estado ou do município, tendo em vista os artigos 23, inciso II, 24, inciso XII e 30, inciso I da Constituição Federal.

A consulta não vem documentada.

RESPOSTA:

Em primeiro lugar, cabe observar que este Instituto elaborou Nota Explicativa visando à orientação dos Municípios no enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19), disponível no endereço eletrônico < http://www.ibam.org.br/media/arquivos/2020/NE_Covid-19.pdf>. No referido documento, buscamos trazer algumas orientações básicas quanto às medidas que podem ser tomadas pelo Município, bem como limites e parâmetros para sua atuação.

Como é sabido, no dia 6 de fevereiro, foi promulgada a Lei nº 13.979/2020, posteriormente alterada por duas medidas provisórias, que dispôs a respeito das medidas para enfrentamento do Coronavírus, enumerando medidas farmacológicas e não farmacológicas a serem tomadas pelas autoridades federais, estaduais e municipais no contexto da pandemia. É inegável, contudo, que diante do acelerado avanço da doença no Brasil e no mundo, e dos inúmeros e inéditos desdobramentos no campo da saúde e da economia, os poderes Legislativo e Executivo dos entes federativos, têm adotado, proposto ou sugerido medidas, providências ou ordens, ao longo das últimas semanas, de conteúdos diversos, heterogêneos, e às vezes conflitantes.

Cabe observar, entretanto, que quando se trata do exercício de competências comuns e concorrentes, as esferas federal, estadual e municipal devem agir em espírito de cooperação e harmonia, visando à consecução dos objetivos e finalidades constitucionais. Assim é que do concerto federativo participa o Município como entidade com autonomia política nos termos do art. 18 da Constituição, a qual determina ser de competência comum da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal cuidar da saúde e da assistência pública (art. 23, II, da CRFB). Atribui a Constituição, também, ao Município a tarefa de prestar serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII, da CRFB).

É de se observar que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada que constituem um sistema único, o Sistema Único de Saúde (SUS), prevendo o art. 198, inciso II, da CRFB expressamente que deve haver prioridade para as atividades preventivas. Assim, a vigilância sanitária é um dos aspectos essenciais e prioritários da proteção à saúde, razão pela qual a Lei nº

8.080/1990 a prevê dentre as ações do campo de atuação do SUS (art. 6º, I, "a"). A par da competência da União para tratar de normas gerais da matéria, o Município é responsável, juntamente dos Estados e do Distrito Federal (art. 23, II, e 30, VII, da CRFB), pelo desempenho de ações, serviços e programas de vigilância sanitária, podendo complementar a legislação federal ou estadual no que couber (art. 30, II, da CRFB).

Desse modo, em relação à proteção à saúde e à vigilância sanitária, o Município deve observar a sua competência administrativa exarada na Lei nº 8.080/1990 e atuar em consonância com o Estado-membro e a União, consoante as diretrizes dos arts. 196 e ss. da Constituição, notadamente seus arts. 6º, § 1º e os arts. 15 a 18. Já anotava Hely Lopes Meirelles, em lição clássica que surpreende pela atualidade, o caráter interfederativo da chamada polícia sanitária:

"A polícia sanitária abrange tudo quanto possa interessar à salubridade pública. A amplitude de seu campo de ação está a indicar e a aconselhar medidas conjuntas da União, dos Estados- membros e do Município. E na realidade é o que ocorre. No setor sanitário, pode-se dizer que predomina o interesse nacional sobre o local ou regional. Com os rápidos meios de transporte que cortam o espaço e encurtam as distâncias, toda coletividade está exposta a contágio desde que haja o elemento contaminante em qualquer ponto do território da Nação, ou mesmo de um país longínquo. Daí a convergência do interesse nacional, regional e local para adoção de medidas de polícia sanitária que tenham por objetivo debelar ou circunscrever as moléstias e doenças, as epidemias e endemias, ao mínimo possível de contágio e propagação. Essa política sanitária é praticada por todos os povos civilizados, não só no âmbito interno como também nas relações internacionais." (In "Direito Municipal Brasileiro". São Paulo: Malheiros, 2008, p. 492-493 - grifo nosso).

Portanto, não resta dúvida que a saúde e a vigilância sanitária constituem matéria de competência legislativa comum da União, dos Estados e dos Municípios, e que esses entes federativos têm seus papéis estabelecidos no SUS em uma rede hierarquizada e regionalizada, conforme comando constitucional. Especificamente quanto ao enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19), a atuação legiferante deve ter em vista, primeiramente, as normas

gerais editadas pela União na Lei nº 13.979/2020 consoante a sistemática prevista no art. 24, §§ 1º ao 4º, da CRFB, cabendo ao Município suplementar a legislação federal e estadual no que couber, isto é, quando houver interesse local (art. 30, I, da CRFB).

Porém, a par dar competências legislativas, prevê a Constituição em seu art. 23 as competências comuns materiais e regulamentares, de caráter administrativo, estabelecendo o próprio art. 23, em seu parágrafo único, que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. Na falta de uma lei complementar que estabeleça parâmetros e critérios específicos para resolução de conflitos federativos quando se trate do enfrentamento do Coronavírus, devem os entes da federação ter em vista as normas gerais prevista na Lei nº 13.979/2020, bem como ser observado o princípio da predominância do interesse. A respeito do tema, pertinente o magistério de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco:

"A Carta da República prevê, no parágrafo único do art. 23, a edição de leis complementares federais, para disciplinar a cooperação entre os entes tendo em vista a realização desses objetivos comuns. A óbvia finalidade é evitar choques e dispersão de recursos e esforços, coordenando-se as ações das pessoas políticas, com vistas à obtenção de resultados mais satisfatórios.

Se a regra é a cooperação entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, pode também ocorrer conflito entre esses entes, no instante de desempenharem as atribuições comuns. Se o critério da colaboração não vingar, há de se cogitar do critério da preponderância de interesses. Mesmo não havendo hierarquia entre os entes que compõem a Federação, pode-se falar em hierarquia de interesses, em que os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados)." (MENDES, Gilmar Ferreira, et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1048 - grifo nosso).

Em âmbito municipal, dentre as medidas de competência material estão a gestão das unidades de saúde, da atenção básica, a compra de insumos, EPIs, implantação de leitos, tudo isso em constante

articulação com os gestores de saúde estaduais e federais, nomeadamente quanto ao atendimento de média e alta complexidade. Cabe verificar que a fim de conferir uniformidade e promover a articulação interfederativa, foi criado pela Portaria nº 188/2020 do Ministro da Saúde, em 3 de fevereiro, o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV), mecanismo nacional de atuação coordenada da resposta à emergência, e unidade federal responsável pela articulação com os gestores estaduais e municipais. Com o envolvimento de outros ministérios no enfrentamento da pandemia, no dia 16 de março de 2020 foi criado pelo Decreto nº 10.277/2020 o Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid-19, e, no dia 24 de março de 2020, no âmbito do referido Comitê, foi criado mais um Centro de Coordenação de Operações pelo Decreto nº 10.289/2020. Todas essas são unidades administrativas co-responsáveis pela articulação da ação governamental para enfrentamento da pandemia.

Além disso, existem, também, medidas não farmacológicas ou médicas previstas no art. 3º da Lei nº 13.979/2020, e delas a que vem trazendo maiores repercussões é medida de quarentena (inciso II), que envolve a restrição de atividades e separação de pessoas e bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias de maneira a evitar possível contaminação (art. 2º, II). Cabe observar que o Ministério da Saúde, autorizou, nos termos do art. 3º, § 7º, a decretação de quarentena pelos gestores locais ou superiores, motivadamente, conforme se pode observar nos seguintes termos:

"Art. 4º A medida de quarentena tem como objetivo garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado.

§ 1º A medida de quarentena será determinada mediante ato administrativo formal e devidamente motivado e deverá ser editada por Secretário de Saúde do Estado, do Município, do Distrito Federal ou Ministro de Estado da Saúde ou superiores em cada nível de gestão, publicada no Diário Oficial e amplamente divulgada pelos meios de comunicação.

§ 2º A medida de quarentena será adotada pelo prazo de até 40 (quarenta) dias, podendo se estender pelo tempo necessário para reduzir a transmissão comunitária e garantir a

manutenção dos serviços de saúde no território.

§ 3º A extensão do prazo da quarentena de que trata o § 2º dependerá de prévia avaliação do Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV) previsto na Portaria nº 188/GM/MS, de 3 de fevereiro de 2020.

§ 4º A medida de quarentena não poderá ser determinada ou mantida após o encerramento da Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional.

Art. 5º O descumprimento das medidas de isolamento e quarentena previstas nesta Portaria acarretará a responsabilização, nos termos previstos em lei."

Em vista das legítimas preocupações com o abastecimento de gêneros imprescindíveis à população e com a prestação de serviços essenciais, foi editada em 20 de março a Medida Provisória nº 926/2020, que, dentre outras disposições, acrescentou o § 8º ao art. 3º para dispor que qualquer medida ali elencada, quando adotada, deve resguardar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. Em seguida, foi editado o Decreto nº 10.282, também de 20 de março de 2020, que em seu art. 3º definiu as seguintes atividades essenciais:

"Art. 3º As medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º. § 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como:

I - assistência à saúde, incluídos os serviços médicos e hospitalares;

II - assistência social e atendimento à população em estado de vulnerabilidade;

III - atividades de segurança pública e privada, incluídas a vigilância, a guarda e a custódia de presos;

IV - atividades de defesa nacional e de defesa civil;

V - transporte intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros e o transporte de passageiros por táxi ou aplicativo;

VI - telecomunicações e internet; VII - serviço de call center;

VIII - captação, tratamento e distribuição de água;

IX - captação e tratamento de esgoto e lixo;

X - geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, incluído o fornecimento de suprimentos para o funcionamento e a manutenção das centrais geradoras e dos sistemas de transmissão e distribuição de energia, além de produção, transporte e distribuição de gás natural;(Redação dada pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

XI - iluminação pública;

XII - produção, distribuição, comercialização e entrega, realizadas presencialmente ou por meio do comércio eletrônico, de produtos de saúde, higiene, alimentos e bebidas;

XIII - serviços funerários;

XIV - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, de equipamentos e de materiais nucleares;

XV - vigilância e certificações sanitárias e fitossanitárias;

XVI - prevenção, controle e erradicação de pragas dos vegetais e de doença dos animais;

XVII - inspeção de alimentos, produtos e derivados de origem animal e vegetal;

XVIII - vigilância agropecuária internacional;

XIX - controle de tráfego aéreo, aquático ou terrestre;

XX - serviços de pagamento, de crédito e de saque e aporte prestados pelas instituições supervisionadas pelo Banco Central do Brasil; (Redação dada pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

XXI - serviços postais;

XXII - transporte e entrega de cargas em geral;

XXIII - serviços relacionados à tecnologia da informação e de processamento de dados (data center) para suporte de outras atividades previstas neste Decreto;

XXIV - fiscalização tributária e aduaneira;

XXV - produção e distribuição de numerário à população e manutenção da infraestrutura tecnológica do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro; (Redação dada pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

XXVI - fiscalização ambiental;

XXVII - produção de petróleo e produção, distribuição e comercialização de combustíveis, gás liquefeito de petróleo e demais derivados de petróleo; (Redação dada pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

XXVIII - monitoramento de construções e barragens que possam acarretar risco à segurança;

XXIX - levantamento e análise de dados geológicos com vistas à garantia da segurança coletiva, notadamente por meio de alerta de riscos naturais e de cheias e inundações;

XXX - mercado de capitais e seguros;

XXXI - cuidados com animais em cativeiro;

XXXII - atividade de assessoramento em resposta às demandas que continuem em andamento e às urgentes;

XXXIII - atividades médico-periciais relacionadas com o regime geral de previdência social e assistência social;

XXXIII - atividades médico-periciais relacionadas com a seguridade social, compreendidas no art. 194 da Constituição; (Redação dada pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

XXXIV - atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência; (Redação dada pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

XXXV - outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

XXXV - outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade; (Redação dada pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

XXXVI - fiscalização do trabalho; (Incluído pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

XXXVII - atividades de pesquisa, científicas, laboratoriais ou similares relacionadas com a pandemia de que trata este Decreto; (Incluído pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

XXXVIII - atividades de representação judicial e extrajudicial, assessoria e consultoria jurídicas exercidas pelas advocacias públicas, relacionadas à prestação regular e tempestiva dos serviços públicos; (Incluído pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

XXXIX - atividades religiosas de qualquer natureza, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde; e (Incluído pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

XL - unidades lotéricas. (Incluído pelo Decreto nº 10.292, de 2020)

§ 2º Também são consideradas essenciais as atividades acessórias, de suporte e a disponibilização dos insumos necessários a cadeia produtiva relativas ao exercício e ao funcionamento dos serviços públicos e das atividades essenciais.

§ 3º É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, e de cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

§ 4º Para fins do cumprimento ao disposto neste Decreto, os órgãos públicos e privados disponibilizarão equipes devidamente preparadas e dispostas à execução, ao monitoramento e à fiscalização dos serviços públicos e das atividades essenciais.

§ 5º Os órgãos públicos manterão mecanismos que viabilizem a tomada de decisões, inclusive colegiadas, e estabelecerão canais permanentes de interlocução com as entidades públicas e privadas federais, estaduais, distritais e municipais.

§ 6º As limitações de serviços públicos e de atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que

em articulação prévia do com o órgão regulador ou do Poder concedente ou autorizador.

§ 7º Na execução dos serviços públicos e das atividades essenciais de que trata este artigo devem ser adotadas todas as cautelas para redução da transmissibilidade da Covid -19."

No âmbito do Estado do Espírito Santo, o governo do Estado baixou diversos atos regulamentares visando ao enfrentamento regional da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19), como o Decreto Estadual nº 4.593-R, em 13/3/2020, reproduzindo disposições da Lei nº 13.979/2020 e instituindo a Sala de Situação de Emergência, o decreto nº 4.597-R, em 16/3/2020, que tratou de medidas específicas na área de educação, o decreto nº 4.599-R, de 17 de março de 2020, tratando da suspensão de eventos e atividades com presença de público, o decreto nº 4.600-R, de 18 de março de 2020, que proibiu o funcionamento de academias de ginástica e shopping centers por tempo determinado, o Decreto Estadual nº 4.605-R, de 20 de março de 2020, revisado pelo Decreto Estadual nº 4.607/2020, de 22 de março de 2020, trazendo disposições a respeito de estabelecimentos comerciais em geral, o Decreto nº 4.616-R, de 30 de março de 2020, que tratou, especificamente, do funcionamento das casas lotéricas.

Como se pode observar, existem nos aludidos atos normativos federais e estaduais em referência inúmeras atividades e critérios para seu funcionamento, de modo que cada situação deve ser avaliada com suas peculiaridades e especificidades. Certo é que além de observar e fazer cumprir as determinações emanadas das autoridades federais e estaduais, encontra-se o Prefeito Municipal, ou o Secretário Municipal de Saúde, por delegação, autorizado a decretar medidas de quarentena com fundamento no art. 3º, II, e § 7º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 c/c art. 4º da Portaria nº 356, de 11 de março de 2020.

Essas medidas podem envolver restrições a atividades, serviços, circulação de pessoas, mercadorias, veículos e outras coisas, de forma motivada e com base em critérios técnicos e epidemiológicos, não podendo desrespeitar os parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade e impedir o regular abastecimento da população com gêneros essenciais. A respeito do assunto, decidiu o Ministro Marco Aurélio em 24 de março de 2020, do STF, no âmbito de ADI-MC nº

6341/DF, senão vejamos:

"O que nela [Medida Provisória nº 926/2020] se contém - repita-se à exaustão - não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios".

Não é pouco importante rememorar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito nos termos do art. 1º, da Constituição, que tem entre seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CRFB), assegurando ainda o direito ao trabalho e a livre concorrência (art. 6º e 170, da CRFB), que constituem liberdades fundamentais do cidadão destinadas a permitir sua subsistência por meio do fruto do próprio trabalho. Assim, qualquer restrição à liberdade de trabalho e às atividades econômicas apenas se viabiliza quando houver outro direito fundamental que esteja ameaçado. Com efeito, a prerrogativa de exercer o poder de polícia deve ser estritamente necessária à finalidade colimada pela medida, bem como os já mencionados postulados da razoabilidade, proporcionalidade. Consoante as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Atlas: São Paulo, p. 115).

Considerando, assim, que o questionamento do consulente foi feito em tese, sem trazer uma situação ou atividade concreta, concluímos o parecer trazendo alguns parâmetros básicos a serem observados no

exercício da competência do Município para disciplinar a abertura, fechamento e limitação ao horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, no contexto do enfrentamento à pandemia do novo Coronavírus (COVID-19):

- o Município deve buscar atuar em harmonia e espírito de cooperação com a União e com o Estado-membro do qual faça parte no enfrentamento à pandemia do novo Coronavírus (COVID-19), devendo todos os atos tendentes a restringir atividades ou serviços buscarem fundamento de validade na Lei nº 13.979/2020, que é norma geral a respeito do assunto.

- Além de observar as determinações das autoridades sanitárias federais e estaduais, deverá o Município resguardar o exercício e funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais definidas no art. 3º do Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, e 10.288, de 22 de março de 2020, bem como outras que sejam definidas pelo Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos do COVID-19 instituído pelo Decreto nº 10.277, de 16 de março de 2020. As restrições, ademais, devem ser temporárias e perdurarem enquanto forem necessárias e adequadas ao enfrentamento da pandemia.

- No exercício de sua competência material, deve o Município fazer cumprir, por meio de seus agentes de fiscalização e do exercício regular do poder de polícia, as determinações constantes nos decretos estaduais visando ao enfrentamento regional da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19), como o Decreto Estadual nº 4.593-R, em 13/3/2020, reproduzindo disposições da Lei nº 13.979/2020 e instituindo a Sala de Situação de Emergência, o decreto nº 4.597-R, em 16/3/2020, que tratou de medidas específicas na área de educação, o decreto nº 4.599-R, de 17 de março de 2020, tratando da suspensão de eventos e atividades com presença de público, o decreto nº 4.600-R, de 18 de março de 2020, que proibiu o funcionamento de academias de ginástica e shopping centers por tempo determinado, o Decreto Estadual nº 4.605-R, de 20 de março de 2020, revisado pelo Decreto Estadual nº 4.607/2020, de 22 de março de 2020, trazendo disposições a respeito de estabelecimentos comerciais em geral, o Decreto nº

4.616-R, de 30 de março de 2020, que tratou, especificamente, do funcionamento das casas lotéricas. Não deve o Município editar normas reproduzindo restrições ou parâmetros já existentes em normas estaduais ou federais, bastando, nesse caso, fazer cumprir as determinações.

- Tendo em vista que o Município é ente da federação com autonomia (art. 18, 23 e 30, da CRFB), o Prefeito Municipal ou o Secretário Municipal de Saúde, por delegação, com base no art. 3º, II e § 7º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 c/c art. 4º da Portaria nº 356, de 11 de março de 2020, podem estabelecer por ato normativo medidas de quarentena consistentes em restrição a atividades e separação de pessoas e bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias de maneira a evitar possível contaminação. Portanto, pode o Município tomar medidas específicas de aplicabilidade municipal, de acordo com as peculiaridades e o interesse local, que determinem restrição ou limitação ao horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, e essas restrições poderão ser mais abrangentes, e nunca menos abrangentes, que as constantes nos atos normativos estaduais, ressalvado o funcionamento das atividades essenciais conforme prevê o § 3º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, regulamentado pelo Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020 e 10.288, de 22 de março de 2020. Por fim, essas medidas devem estar fundamentadas em critérios técnicos e epidemiológicos, devendo ser proporcionais e razoáveis, sob pena de serem reputadas inválidas.

É o parecer, s.m.j.

Gustavo da Costa Ferreira M. dos Santos
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 31 de março de 2020.

Parecer IBAM nº 0793/2020

PE – Poder Executivo.
Imposição de medidas restritivas para o combate à expansão da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19).
Recomendações do Ministério Público. Considerações.

CONSULTA:

Relata o consulente que o Município, ao estabelecer as medidas de combate à expansão da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19) optou por permitir o funcionamento do comércio local, com algumas restrições de horários e evitando a aglomeração de pessoas, recomendando medidas sanitárias.

Entretanto, ainda conforme os relatos do consulente, o Ministério Público atuante na comarca recomendou formalmente e vem insistindo em intervir na situação para que o Poder Executivo adote as medidas que entendem convenientes para a situação em tela.

Diante da situação relatada, indaga o consulente:

"1) O Ministério Público tem competência legal para práticas dos atos supra descritos?

2) O Poder Executivo detém a competência exclusiva e/ou privativa para determinar as medidas que entender conveniente?

3) Em caso de não atendimento pelo Poder Executivo das recomendações do Ministério Público, quais seriam as medidas que possivelmente o Ministério Público impetre para ver atendidas suas recomendações?

4) Neste caso, haveria ato de improbidade do Gestor Municipal?

5) Quais as consequências legais para o Município e para o Gestor em caso de não atendimento da mencionada

recomendação? "

A consulta vem acompanhada da documentação pertinente.

RESPOSTA:

Inicialmente, temos que a rápida expansão da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19) impôs sérias restrições ao nosso modo de vida. Como tem sido amplamente divulgado, as estratégias de distanciamento social adotadas pelos Estados e Municípios contribuem, principalmente, para evitar o colapso nos sistemas de saúde locais, salvaguardando, desta forma, vidas.

Dentro deste contexto, a Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus, em seu art. 3º estabelece a possibilidade de adoção de medidas restritivas. Já o § 1º deste mesmo dispositivo estabelece que essas medidas somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública. Vejamos:

"Art. 3º: (...)

§ 1º: As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública."

De certo, a administração pública do Município tem o dever de zelar pela saúde e bem-estar da coletividade, bem como de assegurar e garantir o respeito dos direitos fundamentais da população. Portanto, a restrição à livre locomoção dos cidadãos é excepcional e, no que diz respeito ao enfrentamento do novo Coronavírus (COVID-19), deverá ocorrer no bojo de medidas de polícia administrativa tomadas em consonância com o art. 3º da Lei nº 13.979/2020, mormente no que tange a base em evidências científicas e em análises sobre as informações de saúde.

Recentemente, a Procuradoria Federal dos Direitos dos Cidadãos (PFDC) no âmbito do Ministério Público Federal editou uma Nota Pública acerca das condições para a transição do Regime de Distanciamento Social Ampliado para o Regime de Distanciamento Social Seletivo (Nota Pública/PFDC nº 01/2020).

Neste documento, resta estabelecido que as medidas de distanciamento social ampliado devem ser mantidas até que o suprimento de equipamentos e equipes de saúde estejam disponíveis em quantitativo suficiente para a salvaguarda da vida da população. Ou seja, a flexibilização de tais medidas, no entender do MPF, somente poderá acontecer quando o ente estiver preparado para enfrentar o pico da demanda da pandemia. Corroborando a presente ilação nos valem os de trecho da mencionada Nota Pública:

"Os esclarecimentos reforçam, portanto, a indispensabilidade de que qualquer flexibilização ou mitigação da estratégia de ampla quarentena social, denominada distanciamento social ampliado - DAS, pelo Ministério da Saúde, somente pode ser adotada se preenchidos cumulativamente os requisitos de existência de disponibilidade suficiente de equipamentos (respiradores e EPIs), testes laboratoriais, recursos humanos e leitos de UTI e internação, capazes de absorver eventual impacto de aumento de número de casos de contaminação por força da redução dos esforços de supressão de contato social."

Vale ainda mencionar o seguinte trecho da Nota Pública em questão:

"É importante enfatizar que a aparente inexistência de casos em larga escala em algumas localidades não deve servir de parâmetro isolado para qualquer decisão, seja em razão de se tratar de contágios que se realizam em escala exponencial (e, portanto, cenário no qual a percepção aritmética certamente induz a erro de avaliação), seja porque, diante da limitada disponibilidade de testes para diagnóstico da enfermidade, é manifesta a subnotificação de casos. Segundo alguns levantamentos, estima-se que os números reais de pessoas contaminadas e que vieram a óbito podem ser até 10 vezes superiores àqueles oficialmente confirmados." (Grifos nossos).

Pois bem. Da conjugação de tudo que foi até aqui explicitado temos que compete ao Município, com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde, estabelecer as medidas a serem tomadas para o enfrentamento da expansão da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19), sendo seu dever a salvaguarda da vida dos munícipes. Na forma do art. 196 da Constituição Federal é dever do Poder Público garantir o direito fundamental à saúde. Alertamos, outrossim, que as medidas a serem adotadas devem estar sistematizadas com as medidas tomadas em âmbito federal e estadual.

Em sendo assim, não cabe ao Ministério Público impor à municipalidade a adoção desta ou daquela medida. Contudo, sendo este órgão o fiscal da lei e o detentor de legitimidade para o manejo de ações civis públicas, ações de improbidade e o "*dominus litis*" da ação penal pública, caso o mesmo venha a detectar que o Município foi omissos, adotou medidas insuficientes ou sem o respaldo em evidências científicas e em análises de estratégia de saúde, deverá efetivar as providências para a responsabilização dos gestores municipais.

Isto porque, ao mostrar-se omissos, adotar medidas insuficientes ou sem respaldo em evidências científicas e em análises de estratégia de saúde, colocando em risco à saúde da população local, o gestor público viola seu dever de moralidade, podendo incorrer, inclusive, em improbidade administrativa. Neste ponto, vale a transcrição de mais um trecho da Nota Pública /PFDC nº 01/2020:

"De todo modo, os deveres de moralidade administrativa e de motivação e publicidade dos atos administrativos são imperativos estruturantes da administração pública no Estado Democrático de Direito e a inobservância desses princípios caracteriza improbidade administrativa.

A Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, diante de notícias de que gestores locais têm anunciado, ou mesmo já praticado, o fim do "distanciamento social ampliado - DSA", vem enfatizar a necessidade de que decisão nesse sentido deve ser pública e estar fundamentada nas orientações explicitadas no Boletim Epidemiológico nº 8, do Ministério da Saúde, com demonstração de (a) superação da fase de aceleração do contágio, de acordo com os dados de contaminação, internação e óbito; e (b) quantitativo suficiente, estimado para o pico de

demanda, de EPIs para os profissionais de saúde, respiradores para pacientes com insuficiência respiratória aguda grave, testes para confirmação de casos suspeitos, leitos de UTI e internação e de recursos humanos capacitados."

Desta sorte, as medidas adotadas pela municipalidade para o combate ao avanço da pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19) devem estar calcadas em evidências científicas e em análises de estratégia de saúde. De outra feita, para que a municipalidade deixe de adotar o distanciamento social proposto pelo Ministério da Saúde sem que isso venha a implicar uma possível/eventual responsabilização dos gestores, deve justificar essa ação nas orientações do Boletim Epidemiológico nº 8, do Ministério da Saúde, com demonstração de (a) superação da fase de aceleração do contágio, de acordo com os dados de contaminação, internação e óbito; e (b) quantitativo suficiente, estimado para o pico de demanda, de EPIs para os profissionais de saúde, respiradores para pacientes com insuficiência respiratória aguda grave, testes para confirmação de casos suspeitos, leitos de UTI e internação e de recursos humanos capacitados.

Por derradeiro, vale esclarecer que, ao nosso sentir, tendo em vista a unicidade do Sistema Único de Saúde, bem como sua hierarquia e regionalização, para fins de aferição das orientações do Boletim Epidemiológico nº 8, o parâmetro a ser utilizado não será o Município, mas sim a região no âmbito do SUS na qual o mesmo se encontra inserido.

Isto posto, concluímos objetivamente a presente consulta na forma das razões exaradas.

É o parecer, s.m.j.

Priscila Oquioni Souto
Assessora Jurídica

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 13 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0815/2020

AM – Ação Municipal, CL – Competência Legislativa Municipal. Calamidade pública. Comentários. Pandemia do novo Coronavírus (COVID-19). Suspensão de transporte escolar. Pagamento por serviços não prestados. Inviabilidade. Considerações.

CONSULTA:

Relata a Câmara Municipal que a Prefeitura fez licitação para contratação de transporte escolar. Informa, ainda, que por conta da suspensão das aulas o pagamento foi cessado, e que o Poder Executivo enviou projeto de lei à Câmara para que a administração pública municipal fique autorizada a manter o pagamento pelo período de 90 (noventa) dias do contrato de terceirização de transporte escolar, no valor de 30% (trinta por cento) da média dos pagamentos dos últimos 03 (três) meses de serviços prestados, desde que não haja demissão de eventuais empregados afetos à prestação do serviço no período em que perdurar medida excepcional, baseados na Lei Estadual nº 20.170 de 07/04/2020.

Informa, ainda, que o Município decretou calamidade pública, e que a medida foi aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado do Paraná.

Indaga-se:

- 1) O que é necessário para se decretar calamidade pública?
 - 1.1) É necessária autorização legislativa municipal, estadual e federal?
 - 1.2) Em sendo decretado calamidade pública, quais medidas são cabíveis ao Poder Executivo, ou seja, quais medidas ele poder adotar, o que fica dispensado?
- 2) É necessária autorização legislativa autorizando o

pagamento dos terceirizados ou bastaria aditivar o contrato?

1.1) É possível o pagamento dos terceirizados mesmo sem a prestação de serviços para que mantenham os empregados?

A consulta vem documentada.

RESPOSTA:

Em primeiro lugar, para entendimento do que significa decretação do estado de calamidade pública, é de se compreender a distinção entre atos e fatos jurídicos. Os fatos jurídicos se tratam dos acontecimentos ou situações da vida e da natureza que podem gerar efeitos no Direito. Os atos jurídicos, por sua vez, também tem consequências jurídicas, mas são comportamentos volitivos do ser humano, isto é, são tomados pela vontade humana.

Assim é que, como ensina Miguel Reale, diziam os romanos que o Direito nasce do fato: *ex facto oritur jur.* Prossegue o jurista: "*quando falamos, todavia, em fato jurídico, não nos referimos ao fato como algo anterior ou exterior do Direito, e de que o Direito se origine, mas sim a um fato juridicamente qualificado, um evento ao qual as normas jurídicas já atribuíram determinadas consequências, configurando-o e tipificando-o objetivamente. Nada mais errôneo, por conseguinte, do que confundir fato com fato jurídico.*" (REALE, Miguel. "Lições preliminares de direito". São Paulo: Saraiva, 2002, p. 200).

Portanto, pode-se dizer que a decretação de calamidade pública é um ato jurídico do poder público que *reconhece a existência* de um fato jurídico. Como afirmado, esse fato jurídico pode gerar consequências em diversas esferas do direito, consequências essas que estarão previstas na legislação competente.

Nesse passo, a decretação de calamidade pública encontra sua previsão na Lei nº 12.608/2012, que cria a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, e estabelece, em seu art. 6º, inciso X, que compete à União estabelecer critérios e condições para a declaração e reconhecimento do estado de calamidade pública, ao passo que determina ao Município a competência para decretação de estado de emergência ou calamidade. O Decreto nº 7.257/2010, que regulamentava a legislação anterior sobre defesa civil e é ato normativo

regulamentar atualmente vigente, reputa calamidade pública em seu art. 2º, IV:

"Art. 2º: Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

(...)

IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido;"

Isso não significa, no entanto, que o Município, no exercício de sua autonomia política, (art. 18, 29 e 30, da CRFB), não possa tratar de efeitos da decretação de calamidade pública, observando as normas gerais a respeito do assunto e sua esfera de competências. Assim, quanto aos efeitos da calamidade pública que envolvam matérias de direito civil ou direito do trabalho, por exemplo, não é dado ao Município se imiscuir, porque se tratam de assuntos de competência privativa da União. Quanto ao direito financeiro, tributário ou urbanístico, por outro lado, terá o Município competência para disciplinar desde que observada as normas gerais, dado que se tratam de matérias de competência concorrente.

É importante mencionar que um dos efeitos mais relevantes da decretação de calamidade pública se encontra no art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que autoriza os entes da federação a descumprir metas fiscais, nos seguintes termos:

"Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembléias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:

I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23 , 31 e 70;

II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput no caso de estado de defesa ou de sítio, decretado na forma da Constituição".

Assim, para fins de suspensão dos prazos e disposições relativas a metas e resultados fiscais previstos na LRF, a decretação de calamidade pública há que ser reconhecida pela Assembleia Legislativa respectiva. Isso não significa, contudo, que não possa haver decretação de calamidade pública pelo Prefeito Municipal sem o reconhecimento da Assembleia Legislativa. A previsão da LRF diz respeito apenas aos efeitos de direito financeiro. Como já dito, a calamidade pública é um fato jurídico que gera consequências em diversas esferas do direito, de modo que, não havendo a chancela da Assembleia Legislativa, a decretação deixará de gerar efeitos relativos à suspensão dos arts. 23, 31 e 70, da LRF, mas poderá gerar outros efeitos.

Esclarecido esse quadro geral quanto à decretação de calamidade pública pelo Município, e adentrando nas questões relativas ao contrato de transporte escolar, observa-se que se tratam de contratos administrativos com os transportadores em que os pagamentos pelo serviço prestado são efetuados pelo poder público.

É importante observar que a realização de despesa pública deve observância à regramento específico, notadamente quanto ao disposto na Lei nº 4.320/1964, recepcionada pela Constituição com *status* de lei complementar (art. 165, § 9º). Os arts. 62 e 63, §2º, da Lei nº 4.320/64 determinam que o pagamento só pode ocorrer após a liquidação da despesa que depende da comprovação do serviço prestado. Os referidos dispositivos estabelecem que:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

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

(...)

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

- I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;
- II - a nota de empenho;
- III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço." (Grifos nossos.).

Em regra, a Administração Pública não pode pagar por serviços não prestados, mesmo em situação de emergência ou calamidade. O pagamento por serviços que não foram efetivamente prestados, ademais, pode configurar ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, destacamos a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE ENCANTADO. SERVIÇOS NÃO PRESTADOS. PAGAMENTOS. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. 1. O reconhecimento de ato de improbidade administrativa demanda prova do ato antijurídico, dano ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública, além da aferição de conduta subjetiva do agente. 2. Havendo a expressa designação do Secretário Municipal de Obras como responsável pela fiscalização do contrato, e diante da comprovada inexecução dos serviços, o pagamento daqueles importa conduta ímproba por omissão, nos termos do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. 3. Impossibilidade de imputação de responsabilidade objetiva ao Prefeito Municipal pela ausência de fiscalização pessoal. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70078893310, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 19/09/2018).(TJ-RS - AC: 70078893310 RS, Relator: Francesco Conti, Data de Julgamento: 19/09/2018, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/11/2018) (Grifos nossos.)

A regra é que em situação de calamidade, os contratos sejam suspensos por ato escrito fundamentado do Poder Público, na forma do artigo 78, XIV, da Lei nº 8666/93, *in verbis*:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento

obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação. (Grifos nossos.)

Destaque-se que, em regra, a suspensão dos contratos não deve ultrapassar o prazo de 120 dias. Este prazo, contudo, não se aplica em situações de calamidade pública, que autorizam a suspensão da execução do contrato por período superior.

É sabido por todos, entretanto, que no presente momento o Brasil e a humanidade enfrentam a pandemia do novo Coronavírus (COVID-19), já tendo sido declarada calamidade pública pelo Decreto Legislativo nº 6/2020 em nível nacional, o que exigirá da sociedade e do poder público vultosos esforços materiais e financeiros, seja na área da saúde, seja na assistência social.

Existe, ainda, uma grande preocupação com os efeitos deletérios que podem ser causados na economia com a cessação das atividades econômicas, o que pode afetar mais profundamente os trabalhadores e pessoas mais vulneráveis economicamente, que não tenham reservas e cuja renda mensal seja a necessária para garantia da subsistência. Assim é que o governo tem incentivado as empresas a manterem empregos e não demitirem empregados por meio de incentivos financeiros e fiscais, como o previsto na Medida Provisória nº 936/2020, além da instituição do auxílio emergencial por meio da Lei nº 13.982/2020.

Ora, sabe-se que toda a atividade administrativa deve se conduzir e informar pelo postulado da tutela do interesse público. Assim, o atendimento ao interesse público, ao lado da observância dos demais princípios que regem a Administração Pública, é o requisito de validade de toda medida, negócio ou ato administrativo.

Ao passo que a Lei nº 4.320/1964 prevê que todo pagamento por serviços deve ser precedido de sua efetiva prestação, existe também na referida lei a figura da subvenção econômica, senão vejamos:

"Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas:

(...)

§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa;

II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril." (grifo nosso)

O art. 18, parágrafo único, "a" da Lei nº 4.320/1964 prevê, ainda, que as subvenções econômicas podem se destinar ao "*pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros e materiais*", prevendo o art. 19, por sua vez, que "*a Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.*" (grifo nosso).

Ora, a cessação repentina de pagamentos a prestadores de serviços pode provocar efeitos sociais deletérios que acabarão por repercutir imensamente na vida local, como o desemprego e problemas sociais que decorrem da falta de rendimentos para as necessidades básicas.

Existe interesse público na manutenção de empregos e da renda pela população, uma vez que são direitos sociais garantidos pela Constituição a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer e a assistência aos desamparados (art. 6º, da CRFB). Além disso, o arcabouço principiológico da Constituição, fundado que é na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e que tem por objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, I e III, da CRFB).

Deve-se ter em vista, no entanto, que os recursos públicos são limitados e que o poder público não é um *segurador universal* contra todas as intempéries e contingências que podem vir a ocorrer. Devem a sociedade e o estado colaborar e agir em espírito de parceria e colaboração para o enfrentamento dos desastres como o que agora

enfrenta o país.

No caso da consulta, porém, não se utiliza o termo "subvenção", mas a lei prevê a manutenção do pagamento de 30% da média dos contratos de prestação de serviços de transporte escolar, condicionado à manutenção dos empregos. O percentual não parece ser aleatório, porque o art. 7º, inciso III, "a" da Medida Provisória nº 936/2020 prevê a possibilidade de redução de 70% do salário e da jornada dos trabalhadores. Portanto, os contratados manteriam a remuneração do contrato de prestação de serviços e poderiam recorrer, em relação aos empregados, às medidas emergenciais para manutenção do emprego e da renda.

Ocorre que os custos dos contratados não são apenas com folha de pagamento. No serviço de transporte, existe também o custo com combustível manutenção e outros custos administrativos. Portanto, na prática os contratados podem até mesmo auferir ganhos durante a calamidade, o que é inviável.

Em tese, se viabiliza a subvenção econômica a pessoas jurídicas de direito privado mediante autorização legislativa. No entanto, o esforço de colaboração para enfrentamento da pandemia deve ser não apenas do poder público, que como dito não é um *segurador universal*, mas de toda a sociedade, inclusive dos empregadores. Portanto, a lei não se viabiliza tal como proposta, de modo que o pagamento não pode ser realizado a título de prestação de serviços, e tampouco em percentual que possa até mesmo representar ganhos ao empregador, que é contratado pelo poder público.

Em vista de tudo que foi exposto, passamos a responder objetivamente aos questionamentos formulados:

1) O que é necessário para se decretar calamidade pública?

A declaração de calamidade pública pode ser decretada pelo Poder Executivo.

1.1) É necessária autorização legislativa municipal, estadual e federal?

É necessário reconhecimento da calamidade pública pela

Assembleia Legislativa do Estado-membro para fins de aplicação do art. 65 da LRF.

1.2) Em sendo decretado calamidade pública, quais medidas são cabíveis ao Poder Executivo, ou seja, quais medidas ele poder adotar, o que fica dispensado?

A decretação de calamidade pública é fato jurídico que autoriza a tomada de medidas emergenciais em diversas áreas de atuação do poder público. No entanto, em cada campo de competência, deverá ser observada a legislação competente. Ficamos à disposição para maiores esclarecimentos caso seja do interesse do consulente, porque a pergunta é muito vaga e deve ser analisada caso a caso, em vista do princípio da finalidade.

2) É necessária autorização legislativa autorizando o pagamento dos terceirizados ou bastaria aditivar o contrato?

Não é possível o pagamento de contratos de prestação de serviços que não estão sendo prestados. Em tese, se viabiliza subvenção econômica nos termos da Lei nº 4.320/1964, após devida autorização legislativa, mas o pagamento não pode ser a título de prestação de serviço e o valor da subvenção deve observar os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista as capacidades financeiras do Município.

1.1) É possível o pagamento dos terceirizados mesmo sem a prestação de serviços para que mantenham os empregados?

Pergunta respondida no item anterior.

É o parecer, s.m.j.

Gustavo da Costa Ferreira M. dos Santos
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 16 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0819/2020

CL – Competência Legislativa Municipal, PL – Poder Legislativo, SP – Serviços Públicos. Projeto de lei. Iniciativa parlamentar. Disponibilização de álcool gel nos meios de transporte público. Imposição de obrigação às concessionárias. Contratos administrativos. Reserva da administração. Comentários.

CONSULTA:

A Câmara Municipal consulta este Instituto quanto à constitucionalidade e legalidade do Projeto de Lei nº 28/2020, de iniciativa parlamentar, que torna obrigatória a instalação gratuita de recipientes contendo álcool gel antisséptico no interior dos ônibus.

A consulta vem documentada.

RESPOSTA:

O art. 175 da Constituição dispõe que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre mediante licitação, a prestação de serviços públicos. Especificamente quanto à competência dos Municípios, determina o texto constitucional que lhes cabe organizar os serviços públicos de interesse local, elencando expressamente o serviço de transporte coletivo (art. 30, V, da CRFB).

Cabe observar que, no exercício da competência para organizar e prestar o serviço de transporte coletivo, tem o Município autonomia para adequá-lo às peculiaridades locais, estabelecendo a

política tarifária e definindo as linhas e o tipo de veículo a ser utilizado, dispondo ainda quanto ao regime da prestação do serviço, se direto ou mediante delegação a particulares. Entretanto, é de se observar que embora possa o Município prestar o serviço de transporte coletivo diretamente, geralmente a Administração Pública brasileira vem optando pela delegação a particulares de serviços de natureza comercial ou industrial, por concessão, permissão ou concessão patrocinada (parceria público-privada) nos termos da Lei nº 8.987/1995 e da Lei nº 11.079/2004.

No caso da consulta, em vista do art. 3º da proposição que menciona como destinatária de seus comandos a empresa responsável pela concessão, aparentemente foi a delegação do serviço a particulares a opção do Município para prestação do serviço de transporte. Na referida proposição, busca-se impor às concessionárias do serviço de transporte coletivo a obrigação de fornecer álcool gel aos usuários.

Sabe-se, é bem verdade, que atualmente se enfrenta uma pandemia que exige providências visando à precaução da disseminação da infecção viral. No entanto, embora se reconheça a emergência e a importância de qualquer medida preventiva, mesmo a tomada dessas providências exige a observância das regras que regem a atividade estatal e definem as competências de cada órgão e entidade, que devem atuar em harmonia para consecução das finalidades públicas.

Nesse passo, é de se observar que os contratos administrativos de concessão têm uma equação financeira e sua alteração, embora possível, deve ter em vista a manutenção do equilíbrio econômico. A imposição de obrigações às concessionárias de serviço público mediante alteração dos contratos administrativos de concessão de serviço público é possível, porém deve ser feita pelo Poder Executivo em ajustes com as concessionárias e se insere na reserva de administração, não podendo ser imposta unilateralmente mediante lei de iniciativa parlamentar. Nesse sentido aponta a jurisprudência do STF:

"Lei 4.166/2005 do Município de Cascavel/PR. (...) Não obstante o nobre escopo da referida norma de estender aos idosos entre 60 e 65 anos, independentemente do horário, a gratuidade nos transportes coletivos urbanos esteja prevista no art. 230, § 2º, da CF, o diploma em referência, originado de

projeto de iniciativa do Poder Legislativo, acaba por incidir em matéria sujeita à reserva de administração, por ser atinente aos contratos administrativos celebrados com as concessionárias de serviço de transporte coletivo urbano municipal (art. 30, V, da CF)". (ARE 929.591 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 6-10-2017, 2ª T, DJE de 27-10-2017)

Assim também o TJSC:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 8.038/2014, DO MUNICÍPIO DE BLUMENAU. NORMA QUE ESTABELECE ISENÇÃO DE TARIFA A DETERMINADA CATEGORIA PROFISSIONAL AFETANDO O EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ECONÔMICO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA, POR VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 137, § 2º, II, da CESC. PRECEDENTES DESTA CORTE. "A concessão de gratuidade ou descontos nos serviços de transporte coletivo urbano através de normas jurídicas iniciadas e promulgadas na Câmara Municipal, acarreta manifesta ingerência nas funções do alcaide, ao qual compete a administração dos serviços públicos" (TJ-SC - ADI: 91570353620148240000 Capital 9157035-36.2014.8.24.0000, Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Data de Julgamento: 20/09/2017, Órgão Especial)

Portanto, em que pese a louvável intenção da edilidade, não pode prosperar o projeto de lei em comento. Isso não significa que a medida seja inviável. O Poder Executivo, como gestor dos contratos de concessão de serviços públicos de transporte coletivo, pode ajustar com as concessionárias esse tipo de providência de vigilância sanitária mediante livre acordo, ou mesmo mediante utilização dos poderes exorbitantes de que dispõe para alterar unilateralmente os contratos. No entanto, não é a lei de iniciativa parlamentar o instrumento adequado para tanto. Além disso, a medida deve contar com fundamentação técnica e ser avaliada pelos órgãos de saúde quanto à sua adequação e necessidade.

Em vista de todo o exposto, concluímos que não pode prosperar o Projeto de Lei nº 28/2020, uma vez que viola a reserva da



administração ao impor obrigações no âmbito de contratos administrativos firmados pelo Poder Executivo. Sem embargo, pode ser enviada indicação à Prefeitura Municipal no mesmo sentido, para que tome as providências necessárias.

É o parecer, s.m.j.

Gustavo da Costa Ferreira M. dos Santos
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 17 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 0842/2020

CC – Convênios / Contratos, LI – Licitação. Aditamento qualitativo a contrato de transporte de alunos. Ato de gestão. Inviabilidade de promulgação de lei municipal para cancelar alterações contratuais não permitidas de acordo com a legislação geral de licitações e contratos. Comentários.

CONSULTA:

A Câmara Municipal informa que a Prefeitura Municipal enviou Projeto de Lei a Câmara para alterar a finalidade das contratações provenientes do Pregão Presencial nº 114/2019 e Concorrência Pública nº 001/2019 que tratam respectivamente da concessão à pessoa jurídica para o transporte escolar coletivo e da contratação de prestação de serviços de apoio de educação infantil nos estabelecimentos de ensino do município em virtude da necessidade dos problemas de saúde pública pelo enfrentamento da pandemia decorrente do Coronavírus SARS-COV-2. Relata, ainda, que ficariam resguardados os direitos dos contratados a não aderirem a renegociação.

Aduz o consulente que a alteração da finalidade dos serviços de transporte coletivo de alunos ocorreria em razão da suspensão das aulas, para o transporte de caráter auxiliar em ações de suporte administrativo, de assistência social e de monitoramento escolar à distância, em decorrência ao combate da pandemia classificada como Coronavírus Covid 19, pelo prazo de 90 (noventa) dias, sendo possível a prorrogação em caso de persistência da pandemia.

Indaga-se:

1) Trata-se de um contrato administrativo proveniente de licitação do Poder Executivo o qual deve ser avaliado no âmbito do Poder

Executivo para estudo de uma possível aditivo?

2) O Poder Legislativo tem competência para aprovar projeto de lei de cunho plenamente administrativo?

3) É possível a alteração da finalidade de uma licitação sem que se realize nova licitação?

A consulta vem documentada.

RESPOSTA:

Preliminarmente, cabe observar que embora se tenha aludido a dois contratos, um que decorreu do Pregão Presencial nº 114/2019 e outro da Concorrência Pública nº 001/2019, no anexo apenas foi trazido um contrato cujo objeto é a execução de transporte escolar. Fica prejudicada, no entanto, a análise quanto ao outro contrato, do qual não foi dado a conhecer o seu objeto.

De qualquer forma, cabe pontuar que os contratos administrativos, de acordo com a Lei Geral de Licitações são quaisquer ajustes firmados entre as entidades da Administração Pública, Direta ou Indireta, e particulares, com vistas a estabelecer um acordo de vontades, para a estipulação de obrigações recíprocas.

Regulam-se os contratos pelas respectivas cláusulas, pelas normas da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), pelos preceitos de direito público e na omissão destes dispositivos, quando for o caso, pelos princípios da teoria geral dos contratos e pelas disposições de direito privado.

Assim, após a finalização do procedimento licitatório ou sua regular dispensa ou inexigibilidade, a Administração Pública adotará as providências necessárias à assinatura do contrato nos termos definidos pelo edital e seus anexos e pela proposta vencedora. Por meio da definição das condições de execução do objeto com a estipulação dos deveres e obrigações recíprocos, há a definição do escopo do contrato, o que lhe conferirá individualidade, permitindo assim ao administrador executar as políticas públicas por meio de um planejamento responsável da despesa pública, com a implementação de suas ações de governo.

A definição do escopo contratual, em suma, é o que permite ao

gestor público o planejamento da despesa para atendimento das necessidades da população atendidas pela consecução do objeto.

A realização de uma contratação da Administração Pública, então, possui necessariamente um escopo de execução delimitado por meio da documentação do edital de licitação e do contrato que tenham sido firmados, sendo essencial neste momento, tecer alguns comentários sobre o conceito de escopo.

O entendimento do que seja o escopo de um contrato vincula-se necessariamente à compreensão das suas finalidades de atuação, dos resultados esperados com a execução do ajuste e das técnicas adotadas para a consecução do objeto. Em sua etapa inicial se dá o detalhamento das fases de execução do contrato, com a descrição das características do serviço e o trabalho necessário para realizá-lo. Muito embora tais comentários pareçam redundantes, é essencial ter em mente que a definição do escopo é primordial para explicitar a percepção do que as partes esperam da execução do objeto contratual e o que o prestador de serviços, ou executor das obras precisa projetar, executar e entregar. Somente após a delimitação do escopo contratual, todos os fatores, especialmente os prazos e os custos, ficam expostos e definidos, com vistas a não conferir margem a interpretações ambíguas.

Neste toar, o interesse da Administração pode ser resguardado com a alteração do contrato com o objetivo de adequá-lo a uma nova necessidade que, se não superveniente, mas que decorre da falha na formatação do objeto contratado, sem, no entanto, que se desfigure o escopo do contrato.

A Lei nº 8.666/1993 em seu art. 65, parágrafo primeiro regula as modificações unilaterais dos contratos firmados pela Administração Pública. Trata-se de hipótese em que a contratada fica obrigada a *"aceitar nas mesmas condições contratuais, os acréscimos e supressões que se fizerem nas obras, serviços, ou compras, até o limite de 25% do valor inicial do contrato (devidamente atualizado) e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos"*.

Assim sendo, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e

isonomia. Não é outra a lição de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos, 2002, p.550):

"A melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada. Os contratos de longo prazo ou de grande especialização técnica são mais suscetíveis a essa modalidade de alteração. (...) A lei não estabelece limites qualitativos para essa modalidade de modificação contratual. Não se pode presumir, no entanto, existir liberalidade ilimitada. Não se caracteriza a hipótese quando a modificação tiver tamanha dimensão que altere radicalmente o objeto contratado. Não se alude a uma modificação quantitativa, mas a alteração qualitativa. No entanto, a modificação unilateral introduzida pela Administração não pode transfigurar o objeto licitado em outro, qualitativamente distinto".

No caso da consulta, não se postula alteração do objeto do contrato por se tratar de necessidade de adequação técnica em razão de sua grande especialização, mas de uma verdadeira ampliação do escopo que é transporte escolar.

Com efeito, o transporte de alunos não se confunde com ações de suporte administrativo, de assistência social e de monitoramento escolar à distância. Com efeito, os veículos que são utilizados em transporte de pessoas e, em particular, de escolares, devem se adequar a diversas normas destinadas a assegurar a segurança dos estudantes, que não se aplicam ao transporte de objetos, por exemplo. Assim, essa alteração qualitativa não se mostra viável, até mesmo porque outros potenciais competidores que poderiam prestar o serviço de transporte de objetos podem estar sendo preteridos. Assim, não se pode aproveitar a licitação já realizada para transporte de alunos a fim de aditar o contrato.

Ademais, a realização de licitações, e a assinatura e aditamento de contratos de prestação de serviços pelo Poder Executivo é ato de gestão inserto na reserva da administração (art. 84, IV, da CRFB), não podendo ser objeto de lei que fixe parâmetros concretos para delimitação do objeto ou sua eventual ampliação. O que se busca com o projeto de lei é, na verdade, a chancela legal da Câmara Municipal para um aditivo contratual não admissível conforme a Lei nº 8.666/1993,

tampouco pelos preceitos de direito público.

Na verdade, apesar de se reconhecer que pode ser delicada a situação dos transportadores de escolares, a medida pretendida frustra o caráter competitivo da licitação e viola os princípios da moralidade e da impessoalidade. Não se pode olvidar que do mesmo modo que os transportadores de escolares estão enfrentando os efeitos econômicos da crise, também potenciais transportadores de material escolar a quem não foi dada nem mesmo a opção de participar do processo licitatório também os enfrentam.

Assim é que se afigura ilegal o aditamento qualitativo pretendido, sendo obrigatório, nesse caso, a realização de nova contratação nos moldes da Lei nº 8.666/1993. É possível, ainda, a fim de simplificar o processo de contratação emergencial de serviços, a dispensa de licitação prevista na Lei nº 13.979/2020, no art. 4º e ss., desde que o serviços perdure apenas durante o estado de calamidade ou emergência, devendo a contratação ser imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527/2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

Deverá a medida ser devidamente motivada, ainda, nos termos do art. 4ª-A da Lei nº 13.979. No caso da consulta, como o transporte de material escolar dar-se-á justamente para atendimento à uma necessidade decorrente da pandemia, o atendimento a esses requisitos está amparado por presunção que, no entanto, é apenas relativa, e não absoluta. De qualquer modo, rememore-se que mesmo diante de uma dispensa de licitação, deve a administração pública resguardar o atendimento aos princípios da impessoalidade e da moralidade, de modo que a contratação deve ser precedida, ao menos, de pesquisa de preços devidamente documentada na fundamentação.

Em vista do exposto, conclui-se objetivamente:

1) Trata-se de um contrato administrativo proveniente de licitação do Poder Executivo o qual deve ser avaliado no âmbito do Poder Executivo para estudo de um possível aditivo?

A realização de licitações bem como a assinatura de contratos e aditamentos que daí decorram pela Prefeitura Municipal são atos de gestão que se inserem na reserva da administração, não sendo possível a edição de leis de efeitos concretos passadas na Câmara Municipal destinadas a chancelar providências que não sejam permitidas pelas normas gerais de licitação e contratos. Ainda que não nos tenha sido fornecido o conteúdo do contrato decorrente da Concorrência Pública nº 001/2019, não é a lei instrumento adequado para dispor sobre sua eventual alteração, caso possível.

2) O Poder Legislativo tem competência para aprovar projeto de lei de cunho plenamente administrativo?

Não, porque como afirmado, a assinatura e aditamento de contratos administrativos celebrados pelo Poder Executivo são atos de gestão que prescindem de autorização legislativa ou regras concretas que fizerem seu escopo e parâmetros de aditamento.

3) É possível a alteração da finalidade de uma licitação sem que se realize nova licitação?

O aditamento qualitativo em contratos administrativos tem aplicabilidade restrita que não se enquadra ao caso trazido à consulta, em que se pretende alterar a finalidade de transporte de alunos para ações de suporte administrativo, de assistência social e de monitoramento escolar à distância, podendo, no entanto, a nova contratação ser realizada emergencialmente por dispensa, conforme arts. 4º e ss. da Lei nº 13.979/2020, observados os princípios da impessoalidade e da moralidade, e a necessária economicidade da contratação.

É o parecer, s.m.j.

Gustavo da Costa Ferreira M. dos Santos
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 20 de abril de 2020.

Parecer IBAM nº 1034/2020

PL – Poder Legislativo. Curso sobre evoluções tecnológicas para a prestação de serviços públicos. Custeio pelo Poder Legislativo. Ausência de finalidade inerente às atividades do Legislativo. Ato normativo interno que proíbe temporariamente diárias para fins de cursos. Comentários.

CONSULTA:

Narra a consulente, Câmara Municipal, que em virtude da pandemia da Covid-19, foi editado ato da Mesa proibindo a utilização de diárias para fins de cursos, visando uma economia que, ao final, será revertida para o Município.

Porém, foi oferecido um curso à Câmara que será realizado mediante vídeo conferência e será ministrado na Estônia, cujo tema consiste nas evoluções tecnológicas utilizadas por aquele país referente a prestação de serviços públicos. O curso abrange, em suma, soluções para desburocratização do serviço público.

Aduz ainda a consulente, que embora o Poder Legislativo não preste serviço público direto ao cidadão, o conhecimento adquirido seria de suma importância, o qual poderia ser utilizado também pelo órgão, seja no seu expediente interno, seja para atendimento aos questionamentos do público.

Indaga-se quanto a legalidade da contratação do curso, orçado em R\$ 3.000,00 (três mil reais), principalmente por conta do ato da mesa e possível não destinação do curso à Câmara.

RESPOSTA:

Os Vereadores recebem sua remuneração através de subsídios em parcela única, nos termos do art. 39, § 4º da Constituição Federal, sendo-lhes vedado receber qualquer acréscimo. O máximo que se lhes permite é a realização de curso específico de treinamento e aperfeiçoamento de suas funções legislativas, como, por exemplo, o curso de processo e de técnica legislativa, entre outros.

Considerando tratar-se de utilização de recursos públicos, é indispensável a observância do princípio da eficiência contido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, do qual decorre a necessidade de se haver de tal aplicação de recursos o maior proveito, pelo menor custo para o serviço público em geral, a necessidade de convincente demonstração de tal atendimento, sob pena de vir a despesa a ser glosada pelos Tribunais.

Nessa esteira, em que pese a consulente não nos ter fornecido maiores detalhes acerca do curso, que trata das evoluções tecnológicas utilizadas pela Estônia na prestação de serviços públicos, temos pela impossibilidade de o Poder Legislativo arcar com despesas desse curso para vereador, eis que esta temática aproveitaria muito mais ao Poder Executivo - a depender de seu conteúdo - do que à atividade legislativa propriamente dita.

No que diz respeito ao Ato da Mesa Diretora, o qual não foi anexado à presente consulta, caso conste a proibição somente de utilização de diárias para fins de cursos, é razoável entender que não abarcaria cursos à distância em que não há necessidade de deslocamento.

Por fim, tendo em vista que os municípios já enfrentavam uma séria crise financeira, esta pandemia pode aprofundar ainda mais essa crise. Desta forma, repise-se que todo gasto público deve ser orientado pelo princípio da eficiência, sopesando-se, por exemplo, os ganhos de conhecimento de eventual curso e o valor despendido, observando-se, ainda, que o dispêndio deve ser inerente à atividade legislativa.



Face ao exposto, temos pela impossibilidade de a Casa Legislativa arcar com os custos do curso em comento, pelas razões descritas acima.

É o parecer, s.m.j.

Rafael Pereira de Sousa
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 14 de maio de 2020.

Parecer IBAM nº 1678/2020

CC – Convênios / Contratos, CL – Competência Legislativa Municipal, PG – Processo Legislativo, SP – Serviços Públicos. Projeto de lei. Iniciativa parlamentar. Disponibilização de álcool gel nos meios de transporte público. Imposição de obrigação às concessionárias. Contratos administrativos. Reserva da administração. Comentários.

CONSULTA:

A Câmara Municipal consulta este Instituto quanto à legalidade e constitucionalidade de projeto de lei, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a obrigatoriedade dos prestadores de serviços de transporte público no município de disponibilizar, para uso de clientes, de equipamentos com álcool gel em suas dependências, visando a prevenção de doenças virais altamente contagiosas.

A consulta vem documentada.

RESPOSTA:

O art. 175 da Constituição dispõe que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre mediante licitação, a prestação de serviços públicos. Especificamente quanto à competência dos Municípios, determina o texto constitucional que lhes cabe organizar os serviços públicos de interesse local, elencando expressamente o serviço de transporte coletivo (art. 30, V, da CRFB).

Cabe observar que, no exercício da competência para organizar e prestar o serviço de transporte coletivo, tem o Município

autonomia para adequá-lo às peculiaridade locais, estabelecendo a política tarifária e definindo as linhas e o tipo de veículo a ser utilizado, dispondo ainda quanto ao regime da prestação do serviço, se direto ou mediante delegação a particulares. Entretanto, é de se observar que embora possa o Município prestar o serviço de transporte coletivo diretamente, geralmente a Administração Pública brasileira vem optando pela delegação a particulares de serviços de natureza comercial ou industrial, por concessão, permissão ou concessão patrocinada (parceria público-privada) nos termos da Lei nº 8.987/1995 e da Lei nº 11.079/2004.

No caso da consulta, em vista do art. 3º da proposição que menciona como destinatária de seus comandos a empresa responsável pela concessão, aparentemente foi a delegação do serviço a particulares a opção do Município para prestação do serviço de transporte. Na referida proposição, busca-se impor às concessionárias do serviço de transporte coletivo a obrigação de fornecer álcool gel aos usuários.

Sabe-se, é bem verdade, que atualmente se enfrenta uma pandemia que exige providências visando à precaução da disseminação da infecção viral. No entanto, embora se reconheça a emergência e a importância de qualquer medida preventiva, mesmo a tomada dessas providências exige a observância das regras que regem a atividade estatal e definem as competências de cada órgão e entidade, que devem atuar em harmonia para consecução das finalidades públicas.

Nesse passo, é de se observar que os contratos administrativos de concessão têm uma equação financeira e sua alteração, embora possível, deve ter em vista a manutenção do equilíbrio econômico. A imposição de obrigações às concessionárias de serviço público mediante alteração dos contratos administrativos de concessão de serviço público é possível, porém deve ser feita pelo Poder Executivo em ajustes com as concessionárias e se insere na reserva de administração, não podendo ser imposta unilateralmente mediante lei de iniciativa parlamentar. Nesse sentido aponta a jurisprudência do STF:

"Lei 4.166/2005 do Município de Cascavel/PR. (...) Não obstante o nobre escopo da referida norma de estender aos idosos entre 60 e 65 anos, independentemente do horário, a gratuidade nos transportes coletivos urbanos esteja prevista no art. 230, § 2º, da CF, o diploma em referência, originado de

projeto de iniciativa do Poder Legislativo, acaba por incidir em matéria sujeita à reserva de administração, por ser atinente aos contratos administrativos celebrados com as concessionárias de serviço de transporte coletivo urbano municipal (art. 30, V, da CF)." (ARE 929.591 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 6-10-2017, 2ª T, DJE de 27-10-2017)

Assim também o TJSC:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 8.038/2014, DO MUNICÍPIO DE BLUMENAU. NORMA QUE ESTABELECE ISENÇÃO DE TARIFA A DETERMINADA CATEGORIA PROFISSIONAL AFETANDO O EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ECONÔMICO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA, POR VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 137, § 2º, II, da CESC. PRECEDENTES DESTA CORTE. "A concessão de gratuidade ou descontos nos serviços de transporte coletivo urbano através de normas jurídicas iniciadas e promulgadas na Câmara Municipal, acarreta manifesta ingerência nas funções do alcaide, ao qual compete a administração dos serviços públicos." (TJ-SC - ADI: 91570353620148240000 Capital 9157035-36.2014.8.24.0000, Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Data de Julgamento: 20/09/2017, Órgão Especial)

Portanto, em que pese a louvável intenção da edilidade, não pode prosperar o projeto de lei em comento. Isso não significa que a medida seja inviável. O Poder Executivo, como gestor dos contratos de concessão de serviços públicos de transporte coletivo, pode ajustar com as concessionárias esse tipo de providência de vigilância sanitária mediante livre acordo, ou mesmo mediante utilização dos poderes exorbitantes de que dispõe para alterar unilateralmente os contratos. No entanto, não é a lei de iniciativa parlamentar o instrumento adequado para tanto. Além disso, a medida deve contar com fundamentação técnica e ser avaliada pelos órgãos de saúde quanto à sua adequação e necessidade.

Em vista de todo o exposto, concluímos que não pode prosperar o projeto de lei em análise, de autoria parlamentar, uma vez que viola a reserva da administração ao impor obrigações no âmbito de



contratos administrativos firmados pelo Poder Executivo. Sem embargo, pode ser enviada indicação à Prefeitura Municipal no mesmo sentido, para que tome as providências necessárias.

É o parecer, s.m.j.

Gustavo da Costa Ferreira M. dos Santos
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 14 de julho de 2020.