

TRANSPORTE COLETIVO

ADITIVO CONTRATUAL – CORONAVÍRUS – CUSTEIO DE DESPESAS

PROCESSO Nº : 595220/20
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : MUNICÍPIO DE MARINGÁ
INTERESSADO : MUNICÍPIO DE MARINGÁ
RELATOR : CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES

ACÓRDÃO Nº 3738/20 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. Contrato de Concessão de Serviço Público de Transporte Coletivo. Questionamento acerca da recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro e instituição de subsídios e ajuda de custeio no contexto da pandemia do Covid-19. 1. Não é possível a aquisição antecipada de bilhetes de passagens como forma de auxílio na solução de dissídio ou de estado de greve de trabalhadores do transporte público, tendo em vista que não encontra amparo nas hipóteses excepcionais instituídos pela Medida Provisória nº 961/20, com vigência limitada a 31/12/2020, e nem atende aos requisitos excepcionais elencados pela jurisprudência do TCU e Orientação Normativa AGU nº 37/2011 quanto à inteligência do art. 15, III, o art. 40, XIV, “d”, e o art. 65, II, “c”, todos da Lei nº 8.666/1993; 2. Nos termos da pacífica jurisprudência do TCU e STJ, o aumento de salário proveniente de dissídio coletivo, por si só, não caracteriza fato imprevisível, nos termos previsto pelo art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, e não autoriza a revisão de contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, de forma que igualmente não autoriza a celebração de Aditivo Contratual compensatório, como meio de auxílio na solução de dissídio ou de estado de greve de trabalhadores do transporte público; 3. Mediante o devido processo de reequilíbrio econômico-financeiro em que reste demonstrado, de modo inequívoco, os eventos supervenientes e extraordinários, de consequências imprevisíveis e inevitáveis, trazidos pela pandemia do Covid-19, que estejam gerando onerosidade excessiva e causando significativo desequilíbrio ao contrato de concessão, é possível a celebração de Aditivo Contratual que estabeleça medidas compensatórias ao concessionário para recompor o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato e preservar a continuidade de execução do serviço público de transporte público. 4. Neste caso, são admitidas quaisquer medidas compensatórias legalmente admissíveis, como (i) a concessão de reajuste tarifário; (ii) o pagamento de indenização; (iii) a ampliação de prazos e flexibilização de metas para cumprimento de obrigações de investimento e de regras operacionais; cabendo ao Poder Público responsável analisar e justificar a aplicação das medidas mais adequadas a cada caso. 5. A criação de subsídio orçamentário ou subvenção fiscal para o custeio de despesas do serviço de transporte coletivo público municipal deve ser precedida de projeto de lei do Executivo e autorização do Legislativo (nos termos das exigências para criação de despesas previstas pelo art. 167 da Constituição), deve atender aos preceitos da Lei nº 4.320/64 (Normas Gerais de Direito Financeiro) e da Lei nº 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e estar em consonância com as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012), não sendo lícito ao Poder Público instituir subsídios para o custeio de concessão

pública mediante a simples celebração de aditivo contratual (modificação unilateral), à margem do devido processo de reequilíbrio econômico-financeiro e em desatendimento às exigências legais para a criação de toda e qualquer despesa pública.

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de Consulta formulada pelo Município de Maringá (peça 3) por meio de seu Procurador-Geral, em que apresentou os seguintes questionamentos:

- 1) Em razão da solicitação do Ministério Público do Trabalho, em ação de dissídio trabalhista, pode haver aditivo contratual para compra de bens e serviços que serão posteriormente utilizados pelo Ente Público, quando tal bem é inerente a uma concessão, para “fazer algum tipo de concessão para a solução do Dissídio e da Greve”?
- 2) Adquirir bens com fonte de custeio de pagamento com verba própria do Município, para uso posterior de transporte é considerado pagamento antecipado de bens/serviço?
- 3) É caso de aplicação do art. 65, II, c, a aquisição de bens em razão da pandemia do COVID19 como imposição de circunstâncias supervenientes?
- 4) Pode haver em concessão aditivo contratual para manutenção da contraprestação das despesas fixas do instrumento?
- 5) Quais garantias são exigíveis para posterior cobrança da prestação do serviço eventualmente já pago (no caso, para eventuais compras de bilhetes de passagem urbana)?

O parecer jurídico foi juntado pelo consulente à peça 6.

Recebidos e encaminhados os autos (peça 10), a Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca apresentou a Informação nº 85/20 (peça 14), em que colacionou os julgados da Corte que tangenciam a matéria consultada.

A Coordenadoria-Geral de Fiscalização emitiu o Despacho nº 3016/20 (peça 16) em que informou não vislumbrar “impactos nos sistemas ou fiscalizações desta Corte advindos de Decisão do presente expediente”.

Inicialmente, a Coordenadoria de Gestão Municipal (Instrução nº 4007/20 – peça 18) opinou pelo não preenchimento dos requisitos normativos que autorizam o processamento da consulta, sugerindo a intimação do Município de Maringá para a juntada de parecer complementar, a fim de que fosse melhor evidenciada a opinião jurídica quanto aos itens “a” e “b”.

A despeito disso, por meio do Despacho nº 1424/20 (peça 18) entendi que a omissão formal poderia ser excepcionalmente relevada, tendo em vista a relevância do tema (questionamento oriundo de Dissídio Coletivo de Greve em trâmite perante a Justiça do Trabalho) e a urgência informada pelo consulente (acerca do estado greve do serviço de transporte público do Município de Maringá), determinando, assim, o retorno dos autos à unidade técnica para manifestação.

Remetidos os autos, a Coordenadoria de Gestão Municipal, por meio da Instrução nº 4083/20 (peça 20), ofereceu as seguintes sugestões de resposta:

- 1) A compra de bens e serviços pela Administração Pública, com exceção dos casos de licitação dispensada, dispensa de licitação e inexigibilidade, deve ocorrer através de licitação, não existindo permissivo legal para que bens sejam adquiridos de forma direta como meio de ajudar na resolução de greve.
- 2) Em relação aos pagamentos, a regra geral é de que não é possível a sua antecipação, sendo admitida em casos excepcionais, desde que demonstrado interesse público na medida, exista previsão no instrumento convocatório e seja estabelecida garantias que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação.
- 3) Quanto à alteração contratual para a antecipação de pagamentos, o art. 65, II, "c", da Lei nº 8.666/93, veda expressamente a sua realização antes da correspondente realização do serviço ou entrega dos bens, sendo permitido apenas em relação ao cronograma financeiro fixado.
- 4) Pode ser firmado aditivo contratual com o objetivo de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, podendo o poder público compensar o concessionário mediante reajuste tarifário ou o pagamento de subsídio, desde que demonstrado, de forma inequívoca, que a concessionária, diante do significativo impacto decorrente da pandemia, não consegue cumprir o contrato nos termos inicialmente propostos.
- 5) Nos restritos casos em que é admitida a antecipação de pagamento, deve ser exigida uma das garantias listadas no art. 56, §1º, da Lei nº 8.666/93.

Do mesmo modo, o Ministério Público de Contas, mediante o Parecer nº 227/20 (peça 21), ratificou os termos de resposta propostos pela unidade técnica, tendo, em sua análise, resumido o objeto da presente consulta a duas questões essenciais. A saber:

- 1) Sobre o primeiro questionamento, (...) a antecipação da aquisição de bilhetes de passagem pelo município, como forma de auxiliar na solução de dissídio e de estado de greve dos trabalhadores do transporte público não se mostra viável por ausência de permissivo legal, na medida em que as situações excepcionais que permitem a antecipação de pagamento, bem como as circunstâncias previstas da MP nº 961/20 e na jurisprudência do TCU [e na Orientação Normativa nº 37/2011 da Advocacia Geral da União] não se amoldam ao caso retratado na presente consulta.
- 2) Por fim, (...) visando a manutenção do serviço público, pode ser firmado aditivo contratual com o objetivo de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente fixado na proposta, diante dos efeitos advindos da pandemia do COVID19, podendo o poder público compensar o concessionário mediante reajuste tarifário ou o pagamento de subsídio, desde que demonstrado, de forma inequívoca, que a concessionária, diante do significativo impacto decorrente da pandemia, não consegue cumprir o contrato nos termos inicialmente propostos, [em conformidade com os requisitos dispostos do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU].

É o relatório.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Preliminarmente, a despeito de a presente consulta versar sobre uma situação concreta vivenciada pelo Município de Maringá, fato é que os questionamentos formulados envolvem relevante interesse público, o que possibilita a manifestação desta Corte de Contas, nos termos do §1º do art. 38 da Lei Orgânica, razão pela qual conheço da presente consulta.

Assim, passa-se à análise meritória, em caráter genérico e objetivo, da tese jurídica questionada, que, conforme bem enunciado nos pareceres instrutórios, pode ser sintetizada a dois questionamentos centrais.

O primeiro questionamento refere-se à legalidade da aquisição antecipada de bilhetes de passagem urbana pelo Município, como forma de auxiliar na solução de dissídio e de estado de greve dos trabalhadores do transporte público, e, em caso positivo, a maneira adequada para sua implementação.

Frise-se, neste ponto, ratificando o entendimento dado pela unidade técnica, que “os bilhetes de passagem não podem ser considerados efetivamente um bem, mas sim um direito à futura prestação dos serviços, de modo que a sua aquisição é um pagamento antecipado de serviços.”

Isto posto, verifica-se inicialmente que o art. 15, III, o art. 40, XIV, “d”, e o art. 65, II, “c”, todos da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 38 do Decreto Federal nº 93.872/1986 estabeleceram a seguinte sistemática de pagamento nas licitações e nos contratos pela Administração, tendo vedado, como regra, sua antecipação. *Verbis*:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...)

XIV - condições de pagamento, prevendo: (...)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

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

II - por acordo das partes: (...)

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

Art. 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.

Por sua vez, superando o debate doutrinário sobre o assunto, o Tribunal de Contas da União passou a admitir a realização de pagamento antecipado pela Administração em situações excepcionais, tendo estabelecido alguns requisitos, consoante entendimentos extraídos da “Jurisprudência Seleccionada”. Assim veja-se:

São requisitos para a realização de pagamentos antecipados: i) previsão no ato convocatório; ii) existência, no processo licitatório, de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida; e iii) estabelecimento de garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação.” (TCU, Acórdão 2856/2019-Primeira Câmara, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues)

“O pagamento antecipado em contrato administrativo é procedimento excepcional que somente deve ser admitido quando presentes as devidas justificativas e observadas certas condições, como a prestação de garantia e a concessão de desconto pelo contratado.” (TCU, Acórdão 817/2018-Plenário, Relator Min. Aroldo Cedraz)

“Entendo que é possível a contratação de bens de informática, com a prestação de garantia, realizando-se o pagamento integral do valor contratado quando do recebimento dos bens. E a razão principal é que se trata de uma prática usual no mercado. Em aquisições dessa natureza, o valor correspondente à garantia integra o preço do objeto do contrato. Não é prática comum a segregação do objeto da contratação em dois itens: a aquisição do bem e a prestação do serviço. E o art. 15, inciso III, da Lei 8.666/93, estabelece que as compras públicas, sempre que possível, devem pautar-se pelas condições de aquisição e pagamento do setor privado. (TCU, Acórdão 1.177/2014, Plenário, Relator Min. Aroldo Cedraz).

Neste contexto, a Advocacia Geral da União igualmente analisou a questão e emitiu a Orientação Normativa AGU nº 37/2011,¹ na qual consolidou a possibilidade de antecipação de pagamentos desde que fossem atendidos os seguintes requisitos: (i) represente condição sem a qual não seja possível obter o bem ou assegurar a prestação do serviço, ou propicie sensível economia de recursos; (ii) existência de previsão no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta; e (iii) adoção de indispensáveis garantias, como as do art. 56 da Lei Federal nº 8.666/93, ou cautelas, como por exemplo, a previsão de devolução do valor antecipado caso não executado o objeto, a comprovação de execução de parte ou etapa do objeto e a emissão de título de crédito pelo contratado, entre outras.

Em síntese, com base na sistemática do art. 15, III, o art. 40, XIV, “d”, e o art. 65, II, “c”, todos da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 38 do Decreto Federal nº 93.872/1986 e na jurisprudência do TCU e orientações normativas da AGU, conclui-se que, em situações excepcionais, é possível realizar o pagamento antecipado em contratações públicas, desde que atendidos alguns requisitos mínimos (não exaustivos): (i) haja previsão no ato convocatório ou nos instrumentos contratuais; (ii) seja fundamentada e comprovada a real necessidade e economicidade da medida, preferencialmente mediante a elaboração de estudo; (iii) sejam estabelecidas garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação e/ou a concessão de descontos por parte da futura contratada, em relação ao valor pactuado; e, finalmente, (iv) no âmbito de contratos vigentes, seja prevista a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço em relação ao cronograma financeiro fixado.

¹ Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:orientacao.normativa:2011-12-13:37>

Mais recentemente, no atual contexto da pandemia do Covid-19, foi editada a Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020, que trouxe três grandes inovações para o enfrentamento do “estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”, sendo que, dentre elas, foi instituída uma nova modalidade de autorização para a realização de pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração.

De acordo com as justificativas da MP nº 961/20, a autorização para a aquisição antecipada de bens introduzida tem como preocupação elementar a mitigação de algumas desvantagens mercadológicas da forma das aquisições feitas pelo setor público em relação ao setor privado, como a obrigação de pagamento apenas *a posteriori*, o que seria essencial para a aquisição de aparelhos e insumos necessários ao enfrentamento do Covid-19 em um cenário de baixa oferta e ampliada disputa por estes bens.

De acordo com art. 1º, inciso II da MP nº 961/2020 estabeleceu-se a possibilidade de, a critério da Administração, autorizar “II - o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que: a) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou b) propicie significativa economia de recursos.”

Além disso, o § 1º do art. 1º da MP 961/2020 exigiu que a antecipação de pagamento deverá (requisito) estar prevista “em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta”, bem como a Administração deverá, na hipótese de inexecução do objeto, “exigir a devolução integral do valor antecipado”. Em reforço, o § 2º do art. 1º da MP 961/2020 estabeleceu que a Administração poderá (faculdade) também prever “cauteladas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual”.

É o que se depreende da letra clara dos supracitados dispositivos da MP nº 961/2020. *Verbis*:

Art. 1º Ficam autorizados à administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos:
(...)

II - o pagamento antecipado nas licitações e nos contratos pela Administração, desde que:

- a) represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou
- b) propicie significativa economia de recursos; e

(...)

§ 1º Na hipótese de que trata o inciso II do *caput*, a Administração deverá:

I - prever a antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta; e

II - exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no § 1º, a Administração poderá prever cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual, tais como:

I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente;

- II - a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, de até trinta por cento do valor do objeto;
- III - a emissão de título de crédito pelo contratado;
- IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da Administração; e
- V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.

Desta forma, considerando que o § 1º do art. 1º da MP 961/2020 exige que a autorização desse procedimento esteja previsto “em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta” e que, de acordo com o parágrafo único do art. 2º, a norma “aplica-se aos contratos firmados no período de que trata o caput”, conclui-se que as novas diretrizes de antecipação de pagamento somente aplicam-se aos futuros editais de licitação e, por consequência, aos subsequentes instrumentos de contratação, não havendo respaldo, a princípio, sob a ótica da legalidade estrita, para que seja implementada alteração contratual (aditativação) de contratos vigentes com esse propósito específico.²

Ademais, é igualmente forçoso concluir que, de acordo com a literalidade do texto normativo, a aplicabilidade dessas diretrizes excepcionais somente pode se dar enquanto perdurar “o estado de calamidade reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020”, isto é, até 31 de dezembro de 2020,³ de modo que a continuidade da antecipação dos pagamentos para além do prazo legal, sob estes fundamentos, dependerá de renovação legislativa, independentemente da vigência contratual ou do prazo das prorrogações da contratação.

A propósito, ressalte-se que a Coordenadoria-Geral de Fiscalização deste Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, expediu a Nota Técnica CGF nº 7/2020, através da qual externou “seu posicionamento atinente ao instituto do adiantamento de pagamentos nos contratos públicos, notadamente em face do contido na Medida Provisória nº. 961, de 6 de maio de 2020, cuja vigência limita-se a 31/12/2020, conforme previsto no Decreto Legislativo nº. 6/2020”, tendo fixado os seguintes requisitos:

1. A antecipação de pagamentos poderá ser adotada, de forma excepcional, pela administração pública, estando pautada de forma motivada em elementos de fato contidos no processo de compra que comprovem uma das duas hipóteses: (i) constituir-se como único meio viável para possibilitar a aquisição/contratação, ainda que no momento de calamidade pública provocada pela COVID-19 ou (ii) objetivar significativa economia no preço final à administração pública;

2 Ressalva-se, contudo, o entendimento para a ocasião de aprofundamento da análise em casos concretos, não contemplados pelo escopo objetivo e teórico da presente Consulta, tendo em vista as diretrizes dos arts. 20 e 22 do Decreto-lei 4.657/1942 (LINDB).

3 Art. 1º Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

2. De acordo com a Medida Provisória nº. 961/2020, a antecipação de pagamento “*poderá prever cautelas aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual*”. Nesse aspecto, orienta-se para que: (i) seja observado que as medidas previstas no art. 1º, §2º da MP 961/2020 são meramente exemplificativas e deverão ser avaliadas de acordo com a efetividade de minimizar os riscos no caso concreto; (ii) sejam adotadas preferencialmente, sempre que possível, as modalidades de seguro garantia ou fiança bancária, os quais não estariam sujeitos à arrecadação em processo de insolvência do contratado, conforme redação do artigo 110, §2º, II da Lei Federal nº. 11.101/2005; (iii) em todas as antecipações de pagamento realizadas, seja promovida minuciosa avaliação dos requisitos econômico-financeiros da contratada, notadamente sob o aspecto patrimonial e de sua solvência, evitando-se a mera análise do capital social;
3. De acordo com a Medida Provisória nº. 961/2020, o pagamento parcial representa medida facultativa de cautela a ser adotada pela administração pública. Assim, recomenda-se ao gestor que – caso opte pelo pagamento integral antecipado - motive adequadamente seu ato administrativo, haja vista que isso resultaria na alocação de todo o risco para a administração pública, prática não recomendável como regra. Nesses casos, sugere-se ao gestor que pondere qual a forma de pagamento usual para o mercado do objeto contratado. E, caso não haja a mensuração do percentual aplicável no segmento de mercado, sugere-se que seja intentada a utilização do limite de 45% (quarenta e cinco por cento) atualmente praticado pelo Governo Federal, com o aval da Advocacia Geral da União;
4. O interesse na antecipação de pagamentos deverá ser informado na etapa de pesquisa de preços, além de estar prevista no edital ou no instrumento formal de adjudicação direta e no contrato administrativo firmado, haja vista tratar-se de informação essencial para a formação do preço e avaliação dos riscos pelos interessados;
5. Caso a motivação pondere pela sensível economia no preço final, avaliar se igual redução do preço final não seria viável com o pagamento em 5 (cinco) dias para as despesas contempladas no autorizativo do artigo 5º, §3º, da Lei Federal de Licitações. Considere-se que as referências do dispositivo legal devem ser analisadas dentro do contexto da Medida Provisória nº. 961/2020, enquanto perdurar esta norma;
6. Caso a motivação pondere que se trata do único meio viável para possibilitar a aquisição/contratação de bem ou insumo destinado para o enfrentamento da COVID-19, este fato será considerado como um dos elementos necessários para se validar a motivação da administração pública, bem como o ato administrativo;
7. A antecipação de pagamento não poderá ser utilizada de forma reiterada pela administração pública, em virtude de resultar em ofensa à ordem cronológica de pagamentos prevista no artigo 5º da Lei Federal de Licitações.

Neste contexto, corroborando os pareceres da Coordenadoria de Gestão Municipal e do Ministério Público de Contas, conclui-se, em tese, pela impossibilidade de aquisição antecipada de bilhetes de passagens como forma de auxílio na solução de dissídio ou de estado de greve de trabalhadores do transporte público, tendo em vista que não encontra amparo nas hipóteses excepcionais instituídos pela Medida Provisória nº 961/20, com vigência limitada a 31/12/2020, e nem atende aos requisitos excepcionais elencados pela jurisprudência do TCU e Orientação Normativa AGU nº 37/2011 quanto à inteligência do art. 15, III, o art. 40, XIV, “d”, e o art. 65, II, “c”, todos da Lei nº 8.666/1993.

De fato, a tese consultada não se adequa às hipóteses autorizadoras de pagamento antecipado instituídas pela Medida Provisória nº 961/20, na medida em que, primeiro, não se aplica, sob a ótica da legalidade estrita, a contratos vigentes, havendo a necessidade de que o instituto esteja previsto “em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta” (art. 2º, par. único); e, segundo, ainda que pudesse ser excepcionalmente aplicada, caracterizaria a mera concessão de “auxílio” ou “subsídio”, não havendo a necessária evidenciação de que constitua no único meio viável para viabilizar a contratação durante a calamidade pública do COVID-19 (elemento necessário para a validade do ato) ou tenha por objetivo uma significativa economia no preço final à Administração pública (que, ainda assim, não deve ser utilizada de forma reiterada, sob pena de ofensa à ordem cronológica dos pagamentos), nos termos do art. 1º, II da MP nº 961/2020 e Nota Técnica CGF nº 7/2020 desta Corte de Contas.

Ademais, a tese igualmente não atende aos requisitos elencados pela jurisprudência do TCU e Orientação Normativa AGU nº 37/2011 para admitir a antecipação de pagamento, haja vista que a concessão de “auxílio” ou “subsídio” à concessionária evidentemente não se destina à obtenção de descontos em favor da Administração, bem como sua finalidade de auxílio à concessionária seria contraditória à exigência de apresentação de garantias prévias pela mesma para resguardar a Administração dos riscos da operação, além de outras incompatibilidades.

Nesse sentido, transcreva-se a análise técnica da Coordenadoria de Gestão Municipal, que se pronunciou pela impossibilidade de realização de aditivo contratual para autorizar a aquisição antecipada de passagens de concessionária de transporte como meio de ajuda à resolução de greve e dissídio coletivo, o qual se ratifica e acolhe como razões de decidir. *Verbis*:

A primeira questão foi formulada genericamente, se referindo à possibilidade da realização de “aditivo contratual para compra de bens e serviços que serão posteriormente utilizados pelo Ente Público, quando tal bem é inerente a uma concessão, para ‘fazer algum tipo de concessão para a solução do Dissídio e da Greve’”.

A compra de bens e serviços pela Administração Pública, com exceção dos casos de licitação dispensada, dispensa de licitação e inexigibilidade, deve ocorrer através de licitação, não se visualizando permissivo legal para que bens sejam adquiridos de forma direta como meio de ajudar na resolução de greve.

Porém, nota-se que o cerne da questão é a aquisição de “passes” antecipadamente como forma de auxiliar as concessionárias de transporte coletivo urbano na crise atualmente enfrentada. Os bilhetes de passagem não podem ser considerados efetivamente um bem, mas sim um direito à futura prestação dos serviços, de modo que a sua aquisição é um pagamento antecipado de serviços.

De acordo com a Lei nº 4.320/64, as despesas públicas devem observar as fases do empenho, da liquidação e, por fim, o pagamento. Sendo a liquidação, conforme o art. 63 da referida Lei, a fase na qual se verifica o “direito adquirido

pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito”, ou seja, o momento em que é conferida a efetiva entrega do bem ou a prestação do serviço, tem-se entendido que não há a possibilidade de pagar antecipadamente ao fornecedor.

Por outro lado, o art. 15, inc. III, da Lei nº 8.666/93, dispõe que as compras deverão, sempre que possível, submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, sendo possível a aquisição de bilhetes de passagem de acordo com o uso habitual do município, conforme o contrato de prestação dos serviços.

Já a antecipação de valores com o objetivo de auxiliar financeiramente as empresas é questão tormentosa (...) [sendo que] o Tribunal de Contas da União admite o pagamento antecipado em condições excepcionais (...) (Acórdão 1.177/2014, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz).

Desse modo, é possível a realização de pagamento antecipado desde que demonstrado interesse público na medida, exista previsão no instrumento convocatório e seja estabelecida garantias que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação. Como se vê, tal possibilidade é bem restrita e traz requisitos que não se aplicam à questão formulada na presente consulta.

Destaca-se que a MP nº 961/20, ao autorizar pagamentos antecipados nas licitações e contratos, durante o estado de calamidade causado pela covid-19, também trouxe como requisito a previsão da antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta, não se aplicando, portanto, aos contratos em vigência.

Cabe ressaltar, ainda, que o art. 65, II, “c”, da Lei nº 8.666/93, limitou a antecipação de pagamento, nas alterações contratuais, ao adimplemento da obrigação, ao menos parcialmente: (...) com relação ao cronograma financeiro fixado (...).

Assim, em caso de circunstâncias supervenientes, o pagamento pode ser antecipado em relação ao cronograma financeiro fixado, mas sempre após a correspondente realização do serviço ou entrega dos bens, não sendo o caso retratado na presente consulta.

Desse modo, sugere-se a resposta no sentido de que a compra de bens e serviços pela Administração Pública, com exceção dos casos de licitação dispensada, dispensa de licitação e inexigibilidade, deve ocorrer através de licitação, não existindo permissivo legal para que bens sejam adquiridos de forma direta como meio de ajudar na resolução de greve.

No mesmo sentido, o Ministério Público de Contas reforçou que as circunstâncias previstas da MP nº 961/20 e na jurisprudência do TCU não se amoldam ao caso retratado na presente consulta. *Verbis*:

Nada obstante, como acertadamente apontado pelo órgão instrutivo, parte da doutrina (...) e o Tribunal de Contas da União admite o pagamento antecipado em condições excepcionais, conforme se percebe da evolução do entendimento da Corte (...) [bem como] a Advocacia Geral da União reconheceu a possibilidade de antecipação de pagamentos, por meio da Orientação Normativa nº 37 (...).

Diante desse contexto, pode-se inferir que seria possível a realização de pagamento antecipado desde que demonstrado interesse público na medida, exista previsão no instrumento convocatório e seja estabelecida garantias que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação. Ou, ainda, em caso de circunstâncias supervenientes, o pagamento pode ser antecipado em relação ao cronograma financeiro fixado, mas sempre após a correspondente realização do serviço ou entrega dos bens.

Contudo, em consonância com o órgão instrutivo, percebe-se que a antecipação da aquisição de bilhetes de passagem pelo município, como forma de auxiliar na solução de dissídio e de estado de greve dos trabalhadores do transporte público não se mostra viável por ausência de permissivo legal, na medida em que as situações excepcionais que permitem a antecipação de pagamento, bem como as circunstâncias previstas da MP nº 961/20 e na jurisprudência do TCU não se amoldam ao caso retratado na presente consulta.

Oportunamente, ressalte-se que este também foi entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Goiás - TCE/GO no julgamento do Acórdão Consulta nº 7/2020 – Pleno (peça 8), que, em caso, concluiu que não seria possível antecipar o pagamento aos prestadores de serviços de transporte escolar com contratos ativos enquanto as aulas presenciais se encontravam suspensas para, posteriormente, descontar o valor pago quando as aulas presenciais retornassem à normalidade e os prestadores voltassem a efetuar o transporte dos alunos, tendo em vista que as circunstâncias previstas na MP nº 961/20 e na jurisprudência do TCU não se adequam à referida contratação.

Nos termos da ementa do referido julgado:

Consulta. Contratos de prestação de serviço de transporte escolar. Situação de anormalidade ocasionada pela pandemia do coronavírus (Covid-19). Antecipação de pagamento. Impossibilidade. Situações excepcionais que não se aplicam à referida contratação. Regras da MP nº 961/2020. Não aplicação aos contratos vigentes antes de sua publicação. Possibilidade de manutenção das despesas fixas do contrato. Restrições. (TCE/GO – Processo 05442/20 - Acórdão Consulta nº 7/2020 – Pleno, Relator Cons. Subs. Vasco C. A. Jambo, julgado em 08/06/2020)

Diante do exposto, uma vez assentada a inviabilidade jurídica da tese central do primeiro questionamento, de aquisição antecipada de passagens de transporte, entendo que as demais questões a ela relacionadas restam prejudicadas.

O segundo questionamento, por sua vez, refere-se à possibilidade da realização de aditivo contratual com o objetivo de aportar recursos para a manutenção da contraprestação das despesas fixas da contratação, como forma de compensar a concessionária prestadora do serviço de transporte público diante do atual quadro de pandemia do Covid-19.

Como acertadamente analisaram os pareceres instrutórios, o questionamento está diretamente ligado à possibilidade (ou não) de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de transporte coletivo municipal em razão dos impactos advindos da pandemia do Covid-19.

Trata-se, portanto, de situação fática distinta daquela que embasou a análise do primeiro questionamento, relacionada à concessão de “auxílio” ou “subsídio” como meio de ajuda à resolução de greve e dissídio coletivo, ainda que indiretamente relacionada às dificuldades decorrentes da pandemia do Covid-19.

Inobstante, ainda sobre este tema, é oportuno frisar que o entendimento pacífico do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça é de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão de contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não se trata de fato imprevisível, afastando, assim, a incidência do art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93.

De acordo com a esclarecedora jurisprudência do Tribunal de Contas da União, as variações salariais decorrentes de majoração de encargos trabalhistas por acordos, convenções ou dissídios coletivos são provocadas pela inflação e, assim, constituem hipóteses a serem inseridas no percentual de reajuste anual pactuado pelas partes. *Verbis*:

10. Quanto à questão dos reajustes salariais em razão de convenção, acordo ou dissídio coletivo, não tenho dúvidas de que sua natureza jurídica é essencialmente distinta daquela conferida às situações de equilíbrio econômico-financeiro.

(...)

13. De início, cumpre esclarecer que o reajuste salarial nada mais é do que a variação do custo do insumo mão-de-obra provocada pelo fenômeno inflacionário. Por esse motivo, não há como se aplicar a teoria da imprevisão, posto que o reajustamento não é resultante de imprevisão das partes, mas sim da previsão de uma realidade existente - a inflação -, consoante asseverado por José Cretella Júnior (in Licitações e Contratos, 2ª ed., Rio de Janeiro, ed. Forense, 1999, p. 255). Em consequência, fica eliminada a possibilidade de se caracterizar tal reajuste como fato imprevisível, retardador ou impeditivo, caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária. Também não cabe enquadrar o reajuste salarial como fato previsível, porém de consequências incalculáveis, uma vez que o comportamento e os efeitos da inflação podem ser antevistos já na elaboração da proposta e, a seguir, incorporados na equação econômico-financeira do contrato, ainda que isso não ocorra em valores exatos. Verifica-se, pois, que o mencionado reajuste salarial não se amolda a nenhuma das situações determinantes de reequilíbrio econômico-financeiro descritas na lei.

(...)

15. Fica, portanto, afastada a possibilidade de se identificar os reajustes decorrentes da data-base das categorias como hipótese ensejadora de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de prestação de serviços de forma contínua.

(...)

[ACORDÃO]

9.1. expedir as seguintes orientações dirigidas à Segedam:

(...)

9.1.2. Os incrementos dos custos de mão-de-obra ocasionados pela data-base de cada categoria profissional nos contratos de prestação de serviços de natureza contínua não se constituem em fundamento para a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro;

(TCU, Acórdão 1563/2004 – Pleno. Sessão: 06/10/04 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti - FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO) – destacou-se

Este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. AUMENTO DE ENCARGOS TRABALHISTAS. DISSÍDIO COLETIVO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Na hipótese em exame, não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Registre-se que não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

2. O aumento dos encargos trabalhistas determinado por dissídio coletivo de categoria profissional é acontecimento previsível e deve ser suportado pela contratada, não havendo falar em aplicação da Teoria da Imprevisão para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 827.635/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 27/05/2016)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. DISSÍDIO COLETIVO QUE PROVOCA AUMENTO SALARIAL. REVISÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. FATO PREVISÍVEL. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 65, INC. II, ALÍNEA “D”, DA LEI N. 8.666/93. ÁLEA ECONÔMICA QUE NÃO SE DESCARACTERIZA PELA RETROATIVIDADE.

1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão o contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que não se trata de fato imprevisível - o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, inc. II, “d”, da Lei n. 8.666/93. Precedentes.

2. A retroatividade do dissídio coletivo em relação aos contratos administrativos não o descaracteriza como pura e simples álea econômica.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 957.999/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 05/08/2010).

ADMINISTRATIVO. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. AUMENTO DE ENCARGOS TRIBUTÁRIOS E TRABALHISTAS. TEORIA DA IMPREVISÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NA ESPÉCIE. EVENTOS PREVISÍVEIS E DE CONSEQUÊNCIAS CALCULÁVEIS.

1. A questão sob exame não é nova nesta Corte Superior, tratando da aplicação da teoria da imprevisão a contratos administrativos, para fins de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro da avença, em razão dos aumentos da carga tributária e **de despesas com empregados (este derivado de acordo coletivo).**

2. Inicialmente, em relação ao aumento de contribuições previdenciárias, não custa lembrar que o § 5º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos - ao dispor que “quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos [...] implicarão a revisão destes [os contratos] para mais ou para menos, conforme o caso”. Daí porque, ao menos em tese, é devido o reequilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses de elevação da carga tributária.

3. Já no que tange ao aumento das despesas com empregados, consagrou-se o entendimento, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que se trata de fato previsível se a elevação dos encargos trabalhistas resultar de acordo coletivo.

[...]

11. Já se sabe que esta Corte Superior descarta a imprevisibilidade de aumento dos encargos trabalhistas derivados de acordos coletivos. Sobre o ponto, não recaem maiores controvérsias, cabendo a referência (meramente exemplificativa) a alguns julgados: REsp 134.797/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, Segunda Turma, DJU 1.8.2000; REsp 471.544/Sp, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU 16.6.2003; e AgRg no REsp 417.989/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 24.3.2009.

[...]

16. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 776.790/AC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009) (destacou-se)

Diante do exposto, resta claro que a majoração de encargos trabalhistas decorrentes de negociações coletivas, por si só, não caracteriza hipótese autorizadora da recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, de forma que igualmente não autoriza a celebração de Aditivo Contratual compensatório, como meio de auxílio na solução de dissídio ou de estado de greve de trabalhadores do transporte público.

Por outro lado, no que diz respeito aos prejuízos diretamente causados pela pandemia do Covid-19, que tratam dos problemas mais urgentes vivenciados no atual momento, o entendimento predominante é de que, de modo geral, podem ser enquadrados como hipótese de “álea extraordinária” de que trata o art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93, e, assim, justificar a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro original dos contratos afetados com base na teoria da imprevisão.

Com efeito, a questão foi objeto de análise pela Consultoria Jurídica da AGU junto ao Ministério da Infraestrutura (Minfra), que entendeu, mediante o Parecer nº 261/2020/ConJur-Minfra/CGU/AGU, pela possibilidade de enquadramento de consequências da pandemia da Covid-19 como álea extraordinária nos “*contratos de concessão de infraestrutura de transportes*”, e, portanto, como causa de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro original destes contratos administrativos de concessão.

Não obstante, o supracitado parecer igualmente consignou que no processo de recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato cabe ao gestor, agindo com a desejável prudência e segurança jurídica, apurar e exigir a comprovação inequívoca das alterações nos custos e despesas que caracterizem “*evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato*”.

Ressalte-se, no entanto, que esta análise somente pode ser feita de modo tópico no caso concreto, sendo que, na hipótese de esses requisitos serem devidamente comprovados, será possível, como consequência, a celebração de aditivo contratual que estabeleça medidas compensatórias ao concessionário, como, por exemplo, a concessão de reajuste tarifário, dentre outras medidas.

Nesse sentido, transcreva-se a pertinente análise do *parquet*:

Dessa maneira, eventual reajuste tarifário ou concessão de subsídios a empresa concessionária do serviço de transporte público coletivo urbano deve restar demonstrada claramente a proporção entre o valor do repasse e o efetivo encargo extraordinário suportado pela concessionária em razão da pandemia.

Portanto, visando a manutenção do serviço público, pode ser firmado aditivo contratual com o objetivo de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicialmente fixado na proposta, diante dos efeitos advindos da pandemia do COVID19, podendo o poder público compensar o concessionário mediante reajuste tarifário ou o pagamento de subsídio, desde que demonstrado, de forma inequívoca, que a concessionária, diante do significativo impacto decorrente da pandemia, não consegue cumprir o contrato nos termos inicialmente propostos.

Em suma, mediante o devido processo de reequilíbrio econômico-financeiro em que reste demonstrado, de modo inequívoco, os eventos supervenientes e extraordinários, de consequências imprevisíveis e inevitáveis, trazidos pela pandemia do Covid-19, que estejam gerando onerosidade excessiva e causando significativo desequilíbrio ao contrato de concessão, é possível a celebração de Aditivo Contratual que estabeleça medidas compensatórias ao concessionário para recompor o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato e preservar a continuidade de execução do serviço público de transporte público.

Ressalte-se que, neste caso, são admitidas quaisquer medidas compensatórias legalmente admissíveis, como a (i) concessão de reajuste tarifário; (ii) o pagamento de indenização; (iii) a ampliação de prazos e flexibilização de metas para cumprimento de obrigações de investimento e de regras operacionais, cabendo ao Poder Público responsável analisar e justificar a aplicação das medidas mais adequadas a cada caso.

Finalmente, esclareça-se que não é lícito ao Poder Público, mediante simples celebração de aditivo contratual, instituir uma medida de ajuda de custeio para manutenção da contraprestação de despesas do contrato de concessão, como autorizar o aporte de recursos municipais para o custeio das despesas fixas do instrumento (por exemplo, para subsidiar o pagamento de salários de motoristas, conforme questionado na presente consulta), a fim de, em momento futuro, realizar o reequilíbrio econômico-financeiro e compensar com os futuros valores a serem pagos.

Neste caso, diversamente da possibilidade acima aventada, o Poder Público estaria criando subsídio orçamentário mediante mero aditivo contratual (ato negocial), em arrepio ao procedimento e às inúmeras exigências legais para a instituição desta forma de aporte, além de que, estaria se eximindo da necessária avaliação da pertinência das situações supostamente causadoras da onerosidade excessiva e significativo desequilíbrio ao contrato de concessão e do impacto orçamentário destes subsídios.

Portanto, frise-se que a criação de todo e qualquer subsídio orçamentário ou subvenção fiscal para o custeio de despesas do serviço de transporte coletivo público deve ser precedida de projeto de lei do Executivo e autorização do Legislativo (art. 167 da Constituição); deve atender aos preceitos da Lei nº 4.320/64 (Normas Gerais de Direito Financeiro) e da Lei nº 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal) - com a indicação da fonte de custeio (dotação específica e suficiente) e de que o aumento da despesa tem adequação orçamentária e financeira com a LOA e é compatível com as metas orçamentárias da LDO e PPA, dentre outros requisitos; e, em razão da natureza do serviço público, também deve estar em consonância com as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, instituída pela Lei nº 12.587/2012.

A propósito, observe-se que o art. 9º, § 5º da Lei nº 12.587/2012 prevê que a cobertura do *déficit* de subsídio tarifário deverá contar com a utilização de receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários, subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte, dentre outras fontes de custeio instituídos pelo poder público. Nos termos do dispositivo citado:

Art. 9º O regime econômico e financeiro da concessão e o da permissão do serviço de transporte público coletivo serão estabelecidos no respectivo edital de licitação, sendo a tarifa de remuneração da prestação de serviço de transporte público coletivo resultante do processo licitatório da outorga do poder público.

(...)

§ 3º A existência de diferença a menor entre o valor monetário da tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público de passageiros e a tarifa pública cobrada do usuário denomina-se *déficit* ou subsídio tarifário.

(...)

§ 5º Caso o poder público opte pela adoção de subsídio tarifário, o *déficit* originado deverá ser coberto por receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários, subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte, dentre outras fontes, instituídos pelo poder público delegante.

Esta, inclusive, tem sido a solução adotada por vários Municípios para o enfrentamento das dificuldades vivenciadas em seus serviços públicos de transporte coletivo, que têm apresentado projetos de Lei e obtido a autorização legislativa para a instituição de subsídios e definição de seus respectivos valores como forma de ajuda custeio destas concessões no atual cenário de crise, em observância aos requisitos do regime constitucional para a criação de despesas previsto no art. 167 da Constituição, além das exigências legais de demonstração de adequação e compensação orçamentárias relativas à criação/expansão de despesas públicas previstas pela Lei nº 4.320/64 (Normas Gerais de Direito Financeiro) e Lei nº 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Nessa direção, o Município de São Paulo editou a Lei nº 17.335/2020, que em seu art. 7º prescreveu que:

Em função das restrições de circulação de pessoas por força da situação de emergência e estado de calamidade pública em vigor no Município de São Paulo, fica o Poder Executivo autorizado a conceder subvenções econômicas, pelo período de até 4 (quatro) meses, para cobertura de despesas relativas ao pagamento de ajuda compensatória mensal e/ou parte dos salários dos funcionários das empresas de transporte urbano de passageiros contratados pela prefeitura, em decorrência da diminuição da frota em circulação, na forma e condições estabelecidas em regulamento.

De igual maneira, o Município de Curitiba, através da Lei nº 15.627/2020,⁴ instituiu o Regime Emergencial de Operação e Custeio do Transporte Coletivo, o qual, nos termos de seu art. 4º, autorizou o Poder Público ao pagamento de despesas com folha de pessoal; de custos operacionais e administrativos; e de tributos municipais a título de auxílio ao custeio e continuidade do serviço público de transporte coletivo, dentre outras medidas aplicáveis, como a redução de pessoal e de ônibus em trânsito.

Portanto, a criação de subsídio orçamentário ou subvenção fiscal para o custeio de despesas do serviço de transporte coletivo público municipal deve ser precedida de projeto de lei do Executivo e autorização do Legislativo (nos termos das exigências para criação de despesas previstas pelo art. 167 da Constituição), deve atender aos preceitos da Lei nº 4.320/64 (Normas Gerais de Direito Financeiro) e da Lei nº 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e estar em consonância com as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012), não sendo lícito ao Poder Público instituir subsídios para o custeio de concessão pública mediante a simples celebração de aditivo contratual (modificação unilateral), à margem do devido processo de reequilíbrio econômico-financeiro e em desatendimento às exigências legais para a criação de toda e qualquer despesa pública.

Em suma, a instituição de um benefício financeiro externo ao contrato, como um subsídio ou subvenção econômica, não se equipara à concessão de reequilíbrio econômico-financeiro das condições financeiras originais do contrato (ainda que possa ajudar em sua recomposição), mas antes caracteriza a criação de uma despesa pública e, assim, deve atender aos requisitos legais e orçamentários para tanto, não sendo lícita sua instituição, de modo transversal, como uma mera modificação unilateral do contrato.

Dessa forma, o estabelecimento e manutenção de subsídios e subvenções para o custeio de despesas do serviço de transporte coletivo urbano não deve comprometer a capacidade orçamentária e financeira do Município, incumbindo aos gestores promover estudos técnicos a fim de avaliar as melhores medidas a serem adotadas para o enfrentamento dos reflexos causados pela pandemia do Covid-19 diante dos serviços públicos, tendo em vista o notório interesse social da

4 Disponível via: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/c/curitiba/lei-ordinaria/2020/1562/15627/lei-ordinaria-n-15627-2020-institui-o-regime-emergencial-de-operacao-e-custeio-do-transporte-coletivo-para-o-enfrentamento-economico-e-social-da-emergencia-em-saude-publica-decorrente-da-pandemia-da-covid-19>

população afetada, observando, em todos os casos, os limites legais, orçamentários e financeiros do erário público.

Face ao exposto, VOTO no sentido de que a presente consulta seja conhecida e, no mérito, seja respondida nos seguintes termos:

1. Não é possível a aquisição antecipada de bilhetes de passagens como forma de auxílio na solução de dissídio ou de estado de greve de trabalhadores do transporte público, tendo em vista que não encontra amparo nas hipóteses excepcionais instituídos pela Medida Provisória nº 961/20, com vigência limitada a 31/12/2020, e nem atende aos requisitos excepcionais elencados pela jurisprudência do TCU e Orientação Normativa AGU nº 37/2011 quanto à inteligência do art. 15, III, o art. 40, XIV, “d”, e o art. 65, II, “c”, todos da Lei nº 8.666/1993;

2. Nos termos da pacífica jurisprudência do TCU e STJ, o aumento de salário proveniente de dissídio coletivo, por si só, não caracteriza fato imprevisível, nos termos previsto pelo art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93, e não autoriza a revisão de contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, de forma que igualmente não autoriza a celebração de Aditivo Contratual compensatório, como meio de auxílio na solução de dissídio ou de estado de greve de trabalhadores do transporte público;

3. Mediante o devido processo de reequilíbrio econômico-financeiro em que reste demonstrado, de modo inequívoco, os eventos supervenientes e extraordinários, de consequências imprevisíveis e inevitáveis, trazidos pela pandemia do Covid-19, que estejam gerando onerosidade excessiva e causando significativo desequilíbrio ao contrato de concessão, é possível a celebração de Aditivo Contratual que estabeleça medidas compensatórias ao concessionário para recompor o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato e preservar a continuidade de execução do serviço público de transporte público.

4. Neste caso, são admitidas quaisquer medidas compensatórias legalmente admissíveis, como (i) a concessão de reajuste tarifário; (ii) o pagamento de indenização; (iii) a ampliação de prazos e flexibilização de metas para cumprimento de obrigações de investimento e de regras operacionais, cabendo ao Poder Público responsável analisar e justificar a aplicação das medidas mais adequadas a cada caso.

5. A criação de subsídio orçamentário ou subvenção fiscal para o custeio de despesas do serviço de transporte coletivo público municipal deve ser precedida de projeto de lei do Executivo e autorização do Legislativo (nos termos das exigências para criação de despesas previstas pelo art. 167 da Constituição), deve atender aos preceitos da Lei nº 4.320/64 (Normas Gerais de Direito Financeiro) e da Lei nº 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e estar em consonância com as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012), não sendo lícito ao Poder Público instituir subsídios para o custeio de concessão pública mediante a simples

celebração de aditivo contratual (modificação unilateral), à margem do devido processo de reequilíbrio econômico-financeiro e em desatendimento às exigências legais para a criação de toda e qualquer despesa pública.

Determino, após o trânsito em julgado da decisão, a remessa dos autos à Diretoria de Jurisprudência e Biblioteca, os registros pertinentes, no âmbito de sua competência definida no Regimento Interno e, posteriormente, à Diretoria de Protocolo, ficando desde já autorizado o encerramento do processo, nos termos do art. 398, § 1º e art. 168, VII, do Regimento Interno.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por unanimidade, em conhecer a Consulta formulada, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, para, no mérito, respondê-la nos seguintes termos:

I – não é possível a aquisição antecipada de bilhetes de passagens como forma de auxílio na solução de dissídio ou de estado de greve de trabalhadores do transporte público, tendo em vista que não encontra amparo nas hipóteses excepcionais instituídos pela Medida Provisória nº 961/20, com vigência limitada a 31/12/2020, e nem atende aos requisitos excepcionais elencados pela jurisprudência do TCU e Orientação Normativa AGU nº 37/2011 quanto à inteligência do art. 15, III, o art. 40, XIV, “d”, e o art. 65, II, “c”, todos da Lei nº 8.666/1993;

II – nos termos da pacífica jurisprudência do TCU e STJ, o aumento de salário proveniente de dissídio coletivo, por si só, não caracteriza fato imprevisível, nos termos previsto pelo art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93, e não autoriza a revisão de contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, de forma que igualmente não autoriza a celebração de Aditivo Contratual compensatório, como meio de auxílio na solução de dissídio ou de estado de greve de trabalhadores do transporte público;

III – mediante o devido processo de reequilíbrio econômico-financeiro em que reste demonstrado, de modo inequívoco, os eventos supervenientes e extraordinários, de consequências imprevisíveis e inevitáveis, trazidos pela pandemia do Covid-19, que estejam gerando onerosidade excessiva e causando significativo desequilíbrio ao contrato de concessão, é possível a celebração de Aditivo Contratual que estabeleça medidas compensatórias ao concessionário para recompor o equilíbrio econômico-financeiro original do contrato e preservar a continuidade de execução do serviço público de transporte público;

IV – neste caso, são admitidas quaisquer medidas compensatórias legalmente admissíveis, como (i) a concessão de reajuste tarifário; (ii) o pagamento de indenização;

(iii) a ampliação de prazos e flexibilização de metas para cumprimento de obrigações de investimento e de regras operacionais, cabendo ao Poder Público responsável analisar e justificar a aplicação das medidas mais adequadas a cada caso;

V – a criação de subsídio orçamentário ou subvenção fiscal para o custeio de despesas do serviço de transporte coletivo público municipal deve ser precedida de projeto de lei do Executivo e autorização do Legislativo (nos termos das exigências para criação de despesas previstas pelo art. 167 da Constituição), deve atender aos preceitos da Lei nº 4.320/64 (Normas Gerais de Direito Financeiro) e da Lei nº 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e estar em consonância com as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/2012), não sendo lícito ao Poder Público instituir subsídios para o custeio de concessão pública mediante a simples celebração de aditivo contratual (modificação unilateral), à margem do devido processo de reequilíbrio econômico-financeiro e em desatendimento às exigências legais para a criação de toda e qualquer despesa pública;

VI – determinar, após o trânsito em julgado da decisão, a remessa dos autos à Diretoria de Jurisprudência e Biblioteca, para os registros pertinentes, no âmbito de sua competência definida no Regimento Interno e, posteriormente, à Diretoria de Protocolo, para o encerramento do processo, nos termos do art. 398, § 1º e art. 168, VII, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e IVENS ZSCHOERPER LINHARES e o Auditor CLÁUDIO AUGUSTO KANIA.

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Tribunal Pleno, 9 de dezembro de 2020 – Sessão Ordinária (por Videoconferência) nº 40.

IVENS ZSCHOERPER LINHARES

Conselheiro Relator

FABIO DE SOUZA CAMARGO

Vice-Presidente no exercício da Presidência