PARECER-C - PAC00 - 4/2020

PROCESSO TC/MS	**:** TC/6799/2020
PROTOCOLO	**:** 2042790
TIPO DE PROCESSO	**:** CONSULTA
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE PONTA PORA
CONSULENTE	**:** HELIO PELUFFO FILHO
RELATOR	**:** CONS. MARCIO CAMPOS MONTEIRO

EMENTA: CONSULTA – LICITAÇÕES E CONTRATOS – ESTADO DE CALAMIDADE – PANDEMIA DE COVID-19 – MEDIDA PROVISÓRIA 961/2020 – PAGAMENTO ANTECIPADO AOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR PARALISADOS – QUADRO DE EXCEPCIONALIDADE – APLICABILIDADE RESTRITA ÀS CONTRATAÇÕES DECORRENTES DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA – INAPLICABILIDADE ÀS CONTRATAÇÕES VIGENTES COM EXECUÇÃO SUSPENSA EM VIRTUDE DA PANDEMIA – IMPACTOS DA REAÇÃO ESTATAL AO NOVO CORONAVÍRUS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS DE TRANSPORTE ESCOLAR – ALTERNATIVAS DE ENFRENTAMENTO OFERECIDAS PELA LEI 8.666/93 – RESCISÃO, SUSPENSÃO E REVISÃO CONTRATUAL – DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR – SOLUÇÃO ADEQUADA A REALIDADE LOCAL.

A Medida Provisória n. 961/2020, que dispõe, dentre outras questões, acerca da autorização de pagamento antecipado às licitações e contratos públicos durante o estado de calamidade reconhecido, tem como objetivo fundamentar as futuras contratações celebradas pela administração e não àquelas já vigentes, com execução suspensa, em virtude da pandemia. Para as execuções contratuais já em curso, como no caso da prestação de serviços continuados de transporte escolar, o próprio estatuto geral de licitações e contratos prevê instrumentos capazes de resguardar os anseios causados pela atual conjectura, competindo aos gestores, nas respectivas esferas de governo, a adoção de medidas para o enfrentamento da questão, face às particularidades locais. O enfrentamento da situação pressupõe análise a partir de critérios de conveniência, oportunidade e ponderação entre os pilares da economicidade e da função social dos contratos administrativos, cujo resultado deve estar alinhado aos instrumentos legais existentes para sua operacionalização. Entre as ferramentas presentes na própria legislação para a resolução do impasse, destacam-se: (I) a rescisão, (II) a suspensão e (III) a revisão contratual; cada qual com os seus prós e contras, cuja adoção deverá ser detidamente sopesada e considerada pelo gestor, especialmente quanto as suas consequências práticas e dificuldades reais de implementação (art. 20 da LINDB). A rescisão contratual, conquanto inserida na esfera de discricionariedade do gestor público, deve ser vista com extrema cautela, porquanto, além de possibilitar ao contratado o ressarcimento das perdas que houver sofrido, importará, necessariamente, na deflagração de uma nova licitação na retomada dos serviços, sendo inúmeras as dificuldades daí decorrentes, seja no aspecto temporal, para a conclusão do certame, seja no aspecto financeiro, diante das incertezas quanto a eventual economicidade para a entidade administrativa em contrato futuro. Optando-se o gestor pela suspensão temporária dos contratos de execução continuada, remanesce à Administração a possibilidade de antecipar os pagamentos, condicionados à compensação futura, limitados ao valor estritamente necessário para cobrir os custos fixos do contrato. A realidade fática imposta pela crise atual demonstra que a exigência de garantias para a antecipação de pagamentos tem o condão de frustrar os esforços de resolução do problema enfrentado pelos agentes privados prestadores dos serviços de transporte escolar por esta via,

em razão da clara dificuldade das empresas em obtê-las, por se tratar de produtos bancários. Porém, a supremacia do interesse público e os riscos envolvidos impossibilitam a flexibilização dessa exigência legal. Decidindo-se, por fim, pela revisão contratual, será possível promover a modificação das cláusulas do contrato, para adequá-las ao novo regime de execução e reequilibrar a equação financeira, reestabelecendo a relação de equivalência entre encargos e remuneração, permitindo-se a remuneração do contratado proporcionalmente aos custos incorridos para a manutenção da mobilização operacional, a fim de que os serviços estejam à disposição do Poder Público e sejam imediatamente retomados quando do retorno das aulas presenciais. A escolha pela revisão contratual não deve comprometer a saúde financeira do Ente, nem a sua capacidade orçamentária e financeira, devendo o gestor promover os necessários estudos de viabilidade. Quanto à remuneração, esta deve ser limitada à cobertura dos custos fixos incorridos, com pessoal (envolvendo o pagamento de salários e o recolhimento dos encargos sociais incidentes) e administrativos (envolvendo IPVA, licenciamento, DPVAT e seguro de responsabilidade civil). Quanto à remuneração dos motoristas, deve-se levar em conta a possibilidade de redução do salário em virtude da redução da carga horária, conforme permitido pela Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020, bem como efetuar o desconto de valores que, por lei, acordo ou convenção coletiva, apenas sejam devidos aos empregados durante a efetiva prestação dos serviços, como, v.g., vale-alimentação, vale-transporte, etc. A implementação das medidas deve ser justificada e considerar a análise prévia individualizada dos itens e custos de cada contrato, com participação do contratado e dos setores da Administração responsáveis pela execução e fiscalização contratual. A revisão contratual, temporária e válida apenas durante a emergência nacional ocasionada pelo novo coronavírus, deve ser ajustada por meio de Termo Aditivo, cuja formalização deve seguir as diretrizes constantes no art. 65, inciso II, alínea “d”, e § 6º, da Lei nº 8.666/93; cominar, para o caso de descumprimento total ou parcial do ajuste, as sanções previstas no art. 87 da mesma Lei Geral; e conter cláusula de distribuição de riscos, alocando-os aos agentes privados aqueles materializados da suspensão das aulas presenciais até a sua formalização e, daí em diante, à Administração, de sorte a facilitar a programação financeira e impedir a judicialização para recebimento de valores relativos ao período anterior.

PARECER-C

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 22ª Sessão Ordinária Virtual do Tribunal Pleno, realizada de 3 a 6 de agosto de 2020, DELIBERAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em conhecer da consulta formulada pelo **Senhor Hélio Peluffo Filho**, Prefeito Municipal de Ponta Porã, e **responder** às questões nos seguintes termos: **QUESTÃO 01.** Em atenção aos regramentos de direito público, notadamente os artigos 40, inciso XIV, alínea "d" c/c 15, inciso III, ambos da Lei n.º 8.666/93, com os artigos 20 e 22 da LINDIB e com a MP 961/2020, considerando a suspensão provisória da execução de contratos administrativos que tenham por (i.) objeto serviços de natureza continuada, (ii.) bem como a necessidade de que seja mantida a mobilização da operação para garantir o retorno imediato da execução tão logo determinada pelo Poder Público, é possível realizar a antecipação de pagamento ou pagamento provisório de percentual necessário (estimado em 30% do valor médio mensal recebido) para que o contratado faça frente aos custos fixos da operação, evitando a desmobilização? **QUESTÃO 01.01.** Os contratos administrativos formalizados para prestação de serviços de transporte escolar preenchem as condições legais para a antecipação de pagamento nos termos questionados no quesito de n. 01, ou seja, a par-

tir da interpretação dos preceitos normativos referidos, é possível promover a antecipação de pagamento/pagamento provisório aos prestadores de serviços de natureza continuada de transporte escolar durante o período de suspensão das aulas exclusivamente para contraprestação das despesas fixas — em média equivalente a percentual de 25% a 30% do valor mensal pago), a fim de garantir a manutenção da mobilização da operação (especialmente custos atinentes a remuneração de trabalhadores e financiamentos)? **RESPOSTAS. A Medida Provisória n.º 961/2020, que dispõe, dentre outras questões, acerca da autorização de pagamento antecipado às licitações e contratos públicos durante o estado de calamidade reconhecido, objetiva fundamentar as futuras contratações celebradas pela administração, e não àquelas já vigentes, com execução suspensa, em virtude da pandemia. Para as execuções contratuais já em curso, como no caso da prestação de serviços continuados de transporte escolar, o próprio estatuto geral de licitações e contratos prevê instrumentos capazes de resguardar os anseios causados pela atual conjectura, competindo aos gestores, nas respectivas esferas de governo, a adoção de medidas para o enfrentamento da questão, face às particularidades locais. O enfrentamento da situação pressupõe análise a partir de critérios de conveniência, oportunidade e ponderação entre os pilares da economicidade e da função social dos contratos administrativos, cujo resultado deve estar alinhado aos instrumentos legais existentes para sua operacionalização. Entre as ferramentas presentes na própria legislação para a resolução do impasse, destacam-se: (I) a rescisão, (II) a suspensão e (III) a revisão contratual; cada qual com os seus prós e contras, cuja adoção deverá ser detidamente sopesada e considerada pelo gestor, especialmente quanto as suas consequências práticas e dificuldades reais de implementação (art. 20 da LINDB). A rescisão contratual, conquanto inserida na esfera de discricionariedade do gestor público, deve ser vista com extrema cautela, porquanto, além de possibilitar ao contratado o ressarcimento das perdas que houver sofrido, importará, necessariamente, na deflagração de uma nova licitação na retomada dos serviços, sendo inúmeras as dificuldades daí decorrentes, seja no aspecto temporal, para a conclusão do certame, seja no aspecto financeiro, diante das incertezas quanto a eventual economicidade para a entidade administrativa em contrato futuro. Optando-se o gestor pela suspensão temporária dos contratos de execução continuada, remanesce à Administração a possibilidade de antecipar os pagamentos, condicionados à compensação futura, limitados ao valor estritamente necessário para cobrir os custos fixos do contrato. A realidade fática imposta pela crise atual demonstra que a exigência de garantias para a antecipação de pagamentos tem o condão de frustrar os esforços de resolução do problema enfrentado pelos agentes privados prestadores dos serviços de transporte escolar por esta via, em razão da clara dificuldade das empresas em obtê-las, por se tratar de produtos bancários. Porém, a supremacia do interesse público e os riscos envolvidos impossibilitam a flexibilização dessa exigência legal. Decidindo-se, por fim, pela revisão contratual, será possível promover a modificação das cláusulas do contrato, para adequá-las ao novo regime de execução e reequilibrar a equação financeira, reestabelecendo a relação de equivalência entre encargos e remuneração, permitindo-se a remuneração do contratado proporcionalmente aos custos incorridos para a manutenção da mobilização operacional, a fim de que os serviços estejam à dis-**

posição do Poder Público e sejam imediatamente retomados quando do retorno das aulas presenciais. A escolha pela revisão contratual não deve comprometer a saúde financeira do Ente, nem a sua capacidade orçamentária e financeira, devendo o gestor promover os necessários estudos de viabilidade. Quanto à remuneração, esta deve ser limitada à cobertura dos custos fixos incorridos, com pessoal (envolvendo o pagamento de salários e o recolhimento dos encargos sociais incidentes) e administrativos (envolvendo IPVA, licenciamento, DPVAT e seguro de responsabilidade civil). Quanto à remuneração dos motoristas, deve-se levar em conta a possibilidade de redução do salário em virtude da redução da carga horária, conforme permitido pela Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020, bem como efetuar o desconto de valores que, por lei, acordo ou convenção coletiva, apenas sejam devidos aos empregados durante a efetiva prestação dos serviços, como, v.g., vale-alimentação, vale-transporte, etc. A implementação das medidas deve ser justificada e considerar a análise prévia individualizada dos itens e custos de cada contrato, com participação do contratado e dos setores da Administração responsáveis pela execução e fiscalização contratual. A revisão contratual, temporária e válida apenas durante a emergência nacional ocasionada pelo novo coronavírus, deve ser ajustada por meio de Termo Aditivo, cuja formalização deve seguir as diretrizes constantes no art. 65, inciso II, alínea "d", e § 6º, da Lei nº 8.666/93; cominar, para o caso de descumprimento total ou parcial do ajuste, as sanções previstas no art. 87 da mesma Lei Geral; e conter cláusula de distribuição de riscos, alocando-os aos agentes privados aqueles materializados da suspensão das aulas presenciais até a sua formalização e, daí em diante, à Administração, de sorte a facilitar a programação financeira e impedir a judicialização para recebimento de valores relativos ao período anterior. QUESTÃO 02. Esse pagamento dos custos fixos pode ser implementado observando todo o período de suspensão da execução dos serviços, como forma de garantir o equilíbrio contratual, notadamente em fase da necessidade de manutenção da mobilização nesse período? **RESPOSTA: Prejudicada. Conforme resposta do item 01. QUESTÃO 03.** Em caso de resposta afirmativa, o aditivo contratual com a (i.) previsão de compensação futura, ainda que sujeita a reequilíbrio; (ii.) obrigação do contrato de manutenção da mobilização da operação, com direito unilateral reconhecido à Administração para a retomada da execução; e (iii.) prestação de garantia, são suficientes para atender os preceitos legais e evidenciar a regularidade da antecipação de pagamento? **RESPOSTA: Prejudicada. Conforme resposta do item 01.**

Campo Grande, 6 de agosto de 2020.

Conselheiro **Marcio Campos Monteiro** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

Vistos, etc.

Cuida-se de **CONSULTA** formulada pelo Senhor Hélio Peluffo Filho, Prefeito Municipal de Ponta Porã, por meio da qual apresenta os seguintes questionamentos:

> **QUESITOS:**
>
> 01. Em atenção aos regramentos de direito público, notadamente os artigos 40, inciso XIV, alínea "d" c/c 15, inciso III, ambos da Lei n.º 8.666/93, com os artigos 20 e 22 da LINDIB e com a MP 961/2020, considerando a suspensão provisória da execução de contratos administrativos que tenham por (i.) objeto serviços de natureza continuada, (ii.) bem como a necessidade de que seja mantida a mobilização da operação para garantir o retorno imediato da execução tão logo determinada pelo Poder Público, é possível realizar a antecipação de pagamento ou pagamento provisório de percentual necessário (estimado em 30% do valor médio mensal recebido) para que o contratado faça frente aos custos fixos da operação, evitando a desmobilização?
>
> 01.01. Os contratos administrativos formalizados para prestação de serviços de transporte escolar preenchem as condições legais para a antecipação de pagamento nos termos questionados no quesito de n. 01, ou seja, a partir da interpretação dos preceitos normativos referidos, é possível promover a antecipação de pagamento/pagamento provisório aos prestadores de serviços de natureza continuada de transporte escolar durante o período de suspensão das aulas exclusivamente para contraprestação das despesas fixas — em média equivalente a percentual de 25% a 30% do valor mensal pago), a fim de garantir a manutenção da mobilização da operação (especialmente custos atinentes a remuneração de trabalhadores e financiamentos)?
>
> 02. Esse pagamento dos custos fixos pode ser implementado observando todo o período de suspensão da execução dos serviços, como forma de garantir o equilíbrio contratual, notadamente em fase da necessidade de manutenção da mobilização nesse período?
>
> 03. Em caso de resposta afirmativa, o aditivo contratual com a (i.) previsão de compensação futura, ainda que sujeita a reequilíbrio; (ii.) obrigação do contrato de manutenção da mobilização da operação, com direito unilateral reconhecido à Administração para a retomada da execução; e (iii.) prestação de garantia, são suficientes para atender os preceitos legais e evidenciar a regularidade da antecipação de pagamento?

A Consultoria Jurídica do Tribunal, em sede preliminar, considerou preenchidos os pressupostos de admissibilidade e formalidades regimentais para o conhecimento da Consulta. No mérito, propôs as seguintes respostas às indagações realizadas:

RESPOSTAS:

01. Quesito prejudicado, tendo em vista que a consulta trata da análise dos contratos de prestação de serviços de transporte escolar firmados com a Administração, não abarcando todo e qualquer serviço de natureza continuada, isto é, toda a problemática trazida pelo consulente envolveu a prestação de serviços de transporte escolar.

01.01. É possível promover a análise das cláusulas econômicas do contrato para eventual manutenção da contraprestação das despesas fixas do instrumento, realizando o reequilíbrio financeiro futuramente caso haja conveniência e oportunidade, observadas as seguintes diretrizes: 1- a manutenção dos referidos pagamentos deve ir ao encontro da saúde financeira do órgão a fim de não comprometer a capacidade orçamentária e financeira do Município, devendo o gestor promover estudos de viabilidade de manutenção das contratações; 2- o valor a ser pago pelo Município com a remuneração dos motoristas deve levar em conta a possibilidade de redução do salário em virtude da redução da carga horária, conforme permitido pela Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus; 3- os valores pagos devem ser compensados com os futuros valores a serem dispendidos quando as aulas presenciais retornarem à normalidade e os prestadores voltarem a efetuar o transporte dos alunos, sob pena de responsabilização do gestor público; 4- a implementação das medidas deverá considerar a análise prévia individualizada dos itens e custos de cada contrato, com participação do contratado e dos setores da Administração responsáveis pela execução e fiscalização contratual; a possibilidade de suspensão consensual da execução do contrato administrativo, com a participação da Administração e dos contratados, devidamente formalizada e contendo justificativa a respeito dos prazos, das despesas fixas que serão mantidas, dentre outras questões consideradas pertinentes; e o direito unilateral reconhecido à Administração de solicitar a retomada da execução contratual. A respeito do percentual de 25% a 30% do valor mensal a ser pago, conforme destacado neste parecer, a Administração deve fazer a avaliação do caso concreto, isto é, conforme sua conveniência e oportunidade, buscando sempre a melhor maneira de satisfazer o interesse público e levando em consideração a capacidade financeira e orçamentária do órgão para tanto, não cabendo a esta consulta a definição de porcentagem ou valores, tendo em vista que a consulta é respondida em tese, não adentrando nos aspectos contratuais.

02. O gestor público deve fazer o planejamento da manutenção da contraprestação das despesas fixas de forma que cumpra as diretrizes mencionadas na resposta ao quesito anterior, considerando, principalmente, a análise da capacidade orçamentária e financeira de o órgão suportar referidos pagamentos sem comprometimento destas. Tão logo cessarem os efeitos da pandemia e as aulas forem retomadas, os contratos deverão voltar à normalidade, ou seja, nos exatos termos em que foram firmados.

03. Some-se aos requisitos citados no “quesito 03” (previsão de compensação futura, ainda que sujeita a reequilíbrio, obrigação do contrato de manutenção da mobilização da operação, com direito unilateral reconhecido à Administração para a retomada da execução e prestação de efetivas e indispensáveis garantias), a previsão das sanções dispostas no artigo 87, da Lei 8.666/93 caso haja descumprimento total ou parcial do ajuste, entre outros que o gestor entender pertinentes para resguardar a Administração.

O Ministério Público de Contas, ao analisar o caso, opinou pelo conhecimento da presente Consulta e, no mérito, sugeriu que os quesitos apresentados obtenham as seguintes respostas:

RESPOSTAS:

QUESITO 01 e 01.01.

1- Embora não tenha sido forjada para antever todas as ocorrências desencadeadas no curso de sua vigência, a Lei nº 8.666, de 1993, oferece alternativas para resolver as dificuldades impostas aos contratos administrativos pela Covid-19, dentre elas a suspensão, a rescisão e a revisão contratual;

2- Optando-se pela suspensão contratual, será possível antecipar pagamentos, condicionados à compensação futura, limitados ao valor estritamente necessário para cobrir os custos fixos do contrato – com pessoal (envolvendo o pagamento de salários e o recolhimento dos encargos sociais incidentes) e administrativos (envolvendo IPVA, licenciamento, DPVAT e seguro de responsabilidade civil) –, desde que o contratado apresente garantia, na modalidade caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, Carta de Fiança Bancária ou Seguro Garantia de Adiantamento de Pagamentos, que assegurem a integralidade dos valores antecipados (§ 1º, do seu art. 56, da Lei nº 8.666, de 1993);

3- Optando-se pela revisão contratual, será possível promover a modificação das cláusulas do contrato, para adequá-las ao novo regime de execução e reequilibrar a equação-financeira, reestabelecendo a relação de equivalência entre encargos e remuneração, permitindo-se a remuneração do contratado proporcionalmente aos custos incorridos para a manutenção da mobilização operacional; 3.1- A opção pela revisão contratual não deve comprometer a saúde financeira do Município, nem a sua capacidade orçamentária e financeira, devendo o gestor promover os necessários estudos de viabilidade; 3.2- O valor da remuneração deve se limitar à cobertura dos custos fixos incorridos, com pessoal (envolvendo o pagamento de salários e o recolhimento dos encargos sociais incidentes) e administrativos (envolvendo IPVA, licenciamento, DPVAT e seguro de responsabilidade civil);

3.3- Quanto à remuneração dos motoristas, deve-se levar em conta a possibilidade de redução do salário em virtude da redução da carga horária, conforme permitido pela Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020, bem como efetuar o desconto de valores que, por lei, acordo ou convenção coletiva, apenas sejam devidas aos empregados durante a efetiva prestação dos serviços, como, v.g., vale-alimentação, vale-transporte, etc.;

4- A implementação das medidas deverá considerar a análise prévia individualizada dos itens e custos de cada contrato, com participação do contratado e dos setores da Administração responsáveis pela execução e fiscalização contratual;

5- A revisão contratual, temporária e válida apenas durante a emergência nacional ocasionada pelo novo coronavírus, deve ser instrumentalizada por meio de Termo Aditivo, cuja formalização deve seguir as diretrizes constantes no art. 65, inc. II, al. “d”, e § 6º, da Lei nº 8.666/93; cominar, para o caso de descumprimento total ou parcial do ajuste, as sanções previstas no art. 87, da Lei 8.666/93; e conter cláusula de distribuição de riscos, alocando-os aos agentes privados aqueles materializados da suspensão das aulas presenciais até a sua formalização e, daí em diante, à Administração, de sorte a facilitar a programação financeira e impedir a judicialização para recebimento de valores relativos ao período anterior.

QUESITO 02.

Prejudicado.

QUESITO 03.

Prejudicado.

Vieram os autos a esta Relatoria, para apreciação e resposta.

É O RELATÓRIO. PASSO À FUNDAMENTAÇÃO.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro - Relator

Preliminarmente, anota-se que o Consulente, Prefeito do Município de Ponta Porã, é autoridade legitimada à formulação de Consulta a este Tribunal. Ademais, os questionamentos apresentados preenchem os requisitos de admissibilidade, nos termos elencados pelo artigo 137 do Regimento Interno TCE/MS.

Desse modo, conhece-se da Consulta para responder as seguintes indagações, em tese.

Conforme se depreende, as questões suscitadas compreendem a possibilidade de antecipação de pagamentos aos contratos administrativos celebrados pelo poder público, em especial aqueles envolvendo o transporte escolar.

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde elevou o estado de contaminação provocado pelo novo coronavírus (COVID-19) ao nível de pandemia, o que solidificou a emergência da saúde como o grande fato das últimas décadas.

Em que pese à inexistência de tanques armados, o clima beligerante está instalado. O universo de pessoas contaminadas, o espantoso número de vidas ceifadas pelo vírus e a consequente crise econômica reflexa da pandemia, demonstram, sem dúvidas, que a realidade social rompeu com o seu curso natural. Vivemos, pois, para dizer o mínimo, em tempos de excepcionalidade.

O Estado do Mato Grosso Sul, assim como toda a região Centro-Oeste do Brasil, registra um crescimento exponencial do número de infectados pelo novo vírus. As notícias são alarmantes, a região registra a segunda com maior tendência de crescimento de mortes, atrás apenas do Sul do país[1].

A contextualização do cenário Sul-mato-grossense é necessária para a compreensão da calamidade sanitária que assombra o Estado, o que, por consequência, justifica a tomada de ações rápidas e excepcionais.

Como não poderia ser diferente, com a decretação da situação de calamidade pública no Brasil[2], surgiu-se um arcabouço legislativo buscando regular as práticas administrativas oriundas da crise provocada pelo novo coronavírus.

É aqui, então, que o mister constitucional do Tribunal de Contas revela sua missão precípua, indo além do hodierno caráter controlador para se posicionar ao lado dos governos estadual e municipais, buscando soluções comuns que melhor atendam ao interesse público.

Superadas as premissas inaugurais, passa-se à análise do mérito propriamente dito.

O cenário instável e flutuante das condições comerciais e as complicações na obtenção de produtos indispensáveis ao combate da pandemia no Brasil, levaram o Governo Federal ao editar a Medida Provisória n.º 961/2020, que dispõe, dentre outras medidas, acerca da autorização de pagamento antecipado às licitações e contratos públicos durante o estado de calamidade reconhecido:

> 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;

[1] Brasil registra 1.191 novas mortes e acumula mais de 92 mil óbitos pela Covid-19. **Folha de S. Paulo**, 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/07/brasil-registra-1191-novas-mortes-e-acumula-mais-de-92-mil-obitos-pela-covid-19.shtml. Acesso em: 02/08/2020.

[2] Nos termos do Decreto Legislativo n° 6, de 2020, reconhece-se, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

> (...)
>
> § 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.

Infere-se pela análise do inciso I do §1º do referenciado artigo que a administração deverá prever a hipótese de antecipação de pagamento no edital ou no instrumento contratual.

Logo, partindo de uma interpretação literal e lógica do dispositivo acima, é evidente que a sua aplicação visa atingir os processos licitatórios e contratos públicos posteriores ao ato normativo.

Isso se dá, especialmente, porque os fornecedores de produtos têm condicionado suas vendas ao prévio pagamento, o que desafiava, em tese, o disposto no artigo 40, inciso XIV, da Lei n.º 8.666/93, que prevê o prazo de pagamento não superior a 30 dias, contado do adimplemento obrigacional pela contratada.

Dessa forma, verifica-se que a novel legislação, consubstanciada na Medida Provisória n.º 961/2020, objetiva fundamentar as futuras contratações celebradas pela administração, e não àquelas já vigentes, com execução suspensa, em virtude da pandemia.

Assim, por mais que, à primeira vista, pareça existir um limbo normativo quanto às execuções contratuais já em curso, não é essa a realidade legislativa. Pelo contrário, o próprio estatuto geral de licitações e contratos prevê instrumentos capazes de resguardar os anseios causados pela atual conjectura.

Prefacialmente, e adentrando de modo específico na celeuma dos contratos de transporte escolar suspensos, em virtude da paralisação provisória das aulas presenciais nos municípios sul-mato-grossenses, tem-se um verdadeiro caso de inexecução sem culpa, decorrente de uma situação - como já dita - fora do comum.

Nesse caso, por ato unilateral da Administração decorrente da situação atípica, o contratado não consegue dar continuidade a prestação de serviços, não por sua culpa, mas pela ocorrência de fatos supervenientes à celebração, que não deu causa. É justamente a situação provocada pela suspensão das atividades escolares em virtude do combate ao coronavírus.

Diante desta gama de complexidade e excepcionalidade que assola a gestão pública dos contratos de prestação continuada de transporte escolar, certas condutas podem ser adotadas pela Administração, a depender da situação em concreto de cada localidade.

É salutar destacar que compete aos gestores responsáveis por suas

respectivas esferas de governo adotarem as medidas cabíveis para cada uma de suas particularidades, analisadas a partir dos critérios de conveniência e oportunidade, devidamente alinhados aos instrumentos legais que serão abaixo pormenorizados.

Ademais, deve o Administrador avaliar cada contrato individualmente, devendo privilegiar uma negociação também individual com os respectivos contratados, baseada nos pilares da função social dos contratos administrativos e nos imperativos da economicidade.

Essa questão e a busca de uma solução colaborativa junto aos terceirizados que prestam serviços no poder público, é muito bem abordada por Joel de Menezes Niebur em recente artigo publicado no Blog Zenite, intitulado: *"O que fazer com os contratos administrativos em tempos de coronavírus?"*[3]*:*

> (...)
>
> O problema tem **dois vetores fundamentais que apontam para direções opostas**. O **primeiro vetor diz respeito à função social dos contratos administrativos**, que empregam milhares de pessoas, especialmente os de terceirização de serviços. Ações mais drásticas, como suspensão, redução expressiva de seus quantitativos ou rescisão dos contratos por motivo de caso fortuito ou força maior **importam no desemprego de milhares. Ninguém quer isso.** O **segundo vetor é econômico**, as entidades administrativas, pura e simplesmente, **não têm dinheiro para fazer frente a tais contratos**. Por esse vetor, ações drásticas precisam ser levadas a efeito, para desonerar, ainda que parcialmente, a Administração desses pagamentos. **A solução para o problema é encontrar o ponto de equilíbrio entre os dois vetores. Equação complicada.**
>
> Diante de problemas dessa ordem, que entendo como realmente difíceis, prefiro pensar no método para encontrar a solução antes de pensar na própria solução. **É preciso encontrar o ponto ou o momento certo para tomar a decisão, o que depende da reunião de todas as informações pertinentes, da projeção de diversos cenários possíveis e análise de suas consequências. Também é de aceitar, já de início, que talvez a equação não tenha solução. Diante das atuais circunstâncias, medidas mitigadoras, perdas parciais e soluções apenas temporárias são bem-vindas e é possível que façam toda a diferença.**

Em seu parecer ministerial, o Douto Procurador-Geral de Contas, Dr. João Antônio de Oliveira Martins Junior, precisamente discorreu sobre as **ferramentas presentes na própria legislação para a resolução do impasse**, com destaque para **a suspensão, a revisão e a rescisão contratual**, cada qual com os seus prós e contras, cuja adoção deverá ser detidamente sopesada e considerada pelo gestor, especialmente quanto suas consequências práticas da decisão.

---

[3] NIEBUR, Joel de Menezes. O que fazer com os contratos administrativos em tempos de coronavírus?. Blog Zenite. Disponível em: https://www.zenite.blog.br/o-que-fazer-com-os-contratos-administrativos-em-tempos-de-coronavirus/. Acesso em: 02/08/2020.

Nos termos do artigo 78, inciso XVII, cumulado com o artigo 79, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, constitui motivo para rescisão contratual à ocorrência de caso fortuito ou força maior; postura esta que pode ser tomada unilateralmente pela Administração.

Caso fortuito e força maior são situações de fato que redundam descumprimento contratual, em decorrência de eventos que não são capazes de serem evitados ou impedidos, tal qual o alastramento do novo COVID-19.

Desse modo, caso perceba, a partir da sua realidade em concreto, que a rescisão contratual é o melhor caminho a ser seguido, possui o gestor o instrumento da rescisão a sua disposição.

Quanto à possibilidade de rescisão, faz-se necessário salientar o cuidado com a tomada da referida ação administrativa.

A conduta deve ser vista com **extrema cautela**, porquanto, além do ressarcimento ao contratado das perdas que houver sofrido[4], sobretudo em um período de queda brusca nas receitas próprias dos Entes, o cenário é incerto com a deflagração de uma nova licitação na retomada dos serviços, seja no aspecto temporal, para sua conclusão, seja no aspecto financeiro, diante das incertezas quanto a eventual economicidade para a entidade administrativa em contrato futuro.

Com o retorno das aulas, a descontinuidade de um serviço público tão essencial representaria um impacto negativo de proporção considerável aos alunos e ao setor, já devastado pela pandemia.

Dando prosseguimento ao feito, tem-se a segunda opção, também disposta expressamente na legislação, capaz de regulamentar as situações em apreço: a suspensão da execução contratual.

Como bem pontuou o *Parquet* de Contas, as empresas prestadoras do serviço de transporte escolar tiveram suas receitas pulverizadas, ao mesmo tempo em que se mantiveram os seus custos fixos, indispensáveis à manutenção da mobilização operacional, com pessoal e administrativos, envolvendo, respectivamente, o pagamento de salários e o recolhimento dos encargos sociais incidentes, e o pagamento de IPVA, licenciamento e DPVAT.

Nota-se, pois, que com a suspensão temporária dos contratos de execução continuada, remanesce à Administração a possibilidade de antecipar os pagamentos dos gastos fixos devidos à contratada, mesmo antes do efetivo retorno do serviço, até o momento suspenso em virtude do COVID-19.

---

[4] Art. 79, §2º, da Lei 8.666/93: Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:
I - devolução de garantia;
II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;
III - pagamento do custo da desmobilização.

A excepcionalidade da antecipação de pagamento, que implica excepcionar também a regra de Direito Financeiro que exige a liquidação da despesa, ou seja, a "verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito", anteriormente à realização de pagamento (Lei n.º 4.320/1964, artigos 62 e 63), pode, no contexto da emergência de saúde pública vir a se tornar uma regra diante da realidade nacional e internacional.[5]

A manifestação exarada pela D. Consultoria Jurídica, à peça 12, corretamente conduz o raciocínio que se, em tempos ditos normais, a lei de licitações e contratos não vedou peremptoriamente a antecipação de pagamento, não há razão para fazê-lo em tempo de grave crise sanitária e econômica.

Exatamente nesse sentido, a jurisprudência do Colendo Tribunal de Contas da União:

> Pode-se pensar em situações excepcionais que justificariam aceitar pagamento antecipado como, por exemplo, quando for, comprovadamente, a única alternativa para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço desejado, ou, ainda, quando a antecipação assegurar considerável economia de recursos. Nessas circunstâncias, existe a possibilidade de a irregularidade ser relevada. (Acórdão 751/2011, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar)

Tratando-se de contratos vigentes, a despeito da ausência de previsão inicial no edital de licitação ou no contrato, deverão as partes ajustar Termo Aditivo, disciplinando as regras para o pagamento antecipado.

Impende registrar, nesse ponto, e ressalvando sempre a discricionariedade do Ordenador em averiguar a sua específica realidade, o poder-dever de insertar nos respectivos instrumentos de alteração contratual a exigência de **oferecimento de garantias pelo contratado**, nas modalidades contempladas pelo artigo 56 do estatuto geral[6], **restritas à Carta de Fiança Bancária e Seguro Garantia de Adiantamento de Pagamentos** - **únicas legalmente capazes de assegurar ao poder público a integralidade do recebimento do valor antecipado**.

A realidade fática imposta pela crise atual demonstra que a exigência de garantias para a antecipação de pagamentos tem o condão de frustrar os esforços de resolução do problema enfrentado pelos agentes privados prestadores dos serviços de transporte escolar por esta via, em razão da clara dificuldade das empresas em obtê-las, por se tratar de produtos bancários. Porém, como salientou o *Parquet de Contas*, não há como flexibilizar as exigências contidas na Lei Geral de Licitações, admitindo modalidades de garantia não previstas, ou, até mesmo, dispensá-las.

---

[5] DÓRIA, Patrícia Lima; MENEZES, Verônica S. de Novaes. O paradigma da vedação à antecipação de pagamento e o novo coronavírus. Zênite Fácil, categoria Doutrina, XX abr. 2020. Disponível em: http://www.zenitefacil.com.br. Acesso em: 02/08/2020.

6 Art. 56, da Lei n.º 8.666/93: A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

Indica-se que o Administrador, adotando o instrumento da antecipação de pagamento, limite-se a adimplir os gastos fixos da empresa contratada para a prestação do serviço de transporte escolar, impedindo, assim, a desmobilização operacional da contratada, e garantindo, de forma eficaz e econômica, o retorno da execução contratual quando do restabelecimento das aulas presenciais.

Por fim, tem-se a terceira e plausível possibilidade de revisão contratual, com vistas principalmente a resguardar uma relação onde o contratado responsável pelo transporte escolar encontra-se em um verdadeiro estágio de sobreaviso, sem qualquer culpa que lhe possa ser imputada.

Nesse período de suspensão das atividades escolares, por óbvio, não há desmobilização operacional total do prestador de serviços, tendo em vista que a convocação para a retomada do serviço continuado pode se dar a qualquer momento e o contratado – que está de prontidão - precisa estar preparado para isso.

Ademais, a adoção do respectivo instrumento de revisão observa o princípio da segurança jurídica não apenas em face do contratado, mas também à própria Administração Pública que, em consenso com as empresas que prestam o serviço, poderá traçar uma linha coesa de manutenção contratual, evitando, por logo, futuros questionamentos judiciais em seu desfavor.

O fundamento que autoriza a revisão, nesses casos, é a **teoria da imprevisão**, calcada no princípio da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo o qual o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual foi pactuado.

Alteradas as condições contratuais, rompe-se o seu equilíbrio econômico-financeiro, e não se pode imputar culpa por fatos extraordinários.

Em sua festejada obra de direito administrativo, Carvalho Filho[7], citando Caio Tácito, ensina:

> O elemento característico do instituto é a álea econômica, e sobre ela vale repetir as palavras de CAIO TÁCITO: "A álea econômica, é, por natureza, extraordinária, excedentes aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências." Assinala ainda o grande publicista que o fato gerador da imprevisão deve ser independente da vontade do beneficiário, o que confirma que não agiu com culpa e que ao evento não deu causa.

Como efeito da teoria da imprevisão, surge o direito à revisão do preço para restaurar o equilíbrio então rompido.

[7] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 32ª ed. São Paulo: Atlas: 2018.

Dispõe o artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei n.º 8.666/93, a possibilidade das partes, mediante acordo de vontades, alterarem os contratos para restabelecer os encargos inicialmente ajustados à nova realidade social e econômica imposta pelo caso concreto:

> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
>
> (...)
>
> II - por acordo das partes:
>
> (...)
>
> d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

As supressões resultantes de acordo celebrado pelas partes não necessitam observar quaisquer limites percentuais (art. 65, §2º, inciso II, da Lei n.º 8.666/93).

As consequências práticas da revisão contratual não fogem muito daquelas descritas para a antecipação dos pagamentos, isso porque o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de prestação de serviços continuados de transporte escolar, ao restabelecer a relação de equivalência entre encargos e remuneração, permite que a Administração possa remunerar os contratados pela disponibilização dos serviços e pela manutenção da mobilização operacional, proporcionalmente aos custos existentes, com pessoal e administração, para a própria subsistência da atividade empresarial.

Finaliza-se o presente instrumento, ressaltando que a **revisão contratual é temporária e válida apenas durante a emergência nacional ocasionada pelo novo coronavírus**, ajustada por meio de Termo Aditivo, cuja formalização deve obedecer às diretrizes constantes no artigo 65 acima descrito; bem como, cominando, para o caso de descumprimento total ou parcial, as sanções previstas no estatuto público contratual.

Elencadas as possibilidades legais à disposição do Gestor, para lidar com o caos provocado pelo coronavírus nos contratos de execução continuada, tal como o transporte escolar, algumas questões devem vir à tona, vejamos.

Conforme estabelece o artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, é vedado ao titular de Poder ou órgão, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja

suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Noutro norte, com o escopo pedagógico e informador que deve reger todas as decisões e manifestações exaradas por esta Casa, válidas e indicadas são as edições de leis locais que objetivem a regulamentação desse período, bem como disciplinem as regras, em caráter geral, para manutenção de pagamentos.

Exatamente nesse sentido, encontra-se a solução razoável adotada pelo município de Curitiba/PR que, na data de 14 de maio de 2020, publicou a Lei n.º 15.634/2020, regulamentando a manutenção dos pagamentos dos terceirizados, como forma de salvaguardar os empregos dos funcionários terceirizados que prestem serviços aos órgãos e entidades da municipalidade.

Em artigo publicado no Blog Zenite[8], o autor Thiago Zagatto apresenta exemplos de legislações locais nesse sentido, elencando alguns requisitos ali previstos para regulamentar a situação em questão:

> Nesse sentido, sintética e exemplificativamente, a Lei 20.170/2020, do Estado do Paraná: **a)** autoriza a manutenção do pagamento da integralidade dos contratos (art. 1º); **b)** exige a subtração das despesas diretas, indiretas e quaisquer insumos que deixarem de ocorrer (art. 2º); **c)** prevê a possibilidade de realização de rodízios entre funcionários como medida de mitigação dos efeitos para ambas as partes (art.4º); **d)** define pessoas de grupo de risco que deverão ser colocadas em teletrabalho ou em afastamento sem prejuízo da remuneração (art. 4º); **e)** prevê o pagamento integral aos empregados, ainda que haja fechamento dos órgãos/entidades (art. 4º, §2º); **f)** exige a formalização por Termo Aditivo (art. 5º); **g)** prevê a necessidade de parecer jurídico, e autoriza o uso de parecer referencial (art. 6º); **h)** institui a necessidade de a empresa comprovar: **1)** a manutenção empregado mensalmente (art. 7º); e **2)** o pagamento do empregado em até quinze dias após o pagamento da fatura (art. 7º); **i)** Prorroga por 90 dias a validade das certidões negativas relativas a débitos com o fisco estadual (art. 8º).

Assim, e consoante exposto no início desta fundamentação, não se pretende esgotar as sugestões que possam vir a disciplinar a hipótese de pagamento, isso porque, é a realidade econômico-social de cada esfera de governo que indicará as medidas a serem adotadas nos contratos vigentes de execução continuada envolvendo o transporte escolar.

O que, evidentemente, se espera de cada Ordenador de Despesa é uma postura responsável frente à pandemia, que como o próprio nome sugere, representa uma malesa disseminada com reflexos graves em todos os setores da sociedade.

---

[8] ZAGATTO, Thiago. Manutenção dos pagamentos dos terceirizados: A solução responsável e razoável do município de Curitiba-PR. Disponível em: https://www.zenite.blog.br/manutencao-dos-pagamentos-dos-terceirizados-a-solucao-responsavel-e-razoavel-do-municipio-de-curitiba-pr/. Acesso em: 02/08/2020.

Por fim, salienta-se o poder discricionário do Gestor em avaliar cada contrato individualmente, devendo privilegiar uma negociação também individual com os respectivos contratados, priorizando a manutenção dos vínculos empregatícios e a solução colaborativa junto aos terceirizados.

É nesse sentido que este Tribunal de Contas já vem, inclusive, informando seus jurisdicionados, conforme se extrai da cartilha "Contratações Emergenciais: Perguntas e Respostas – Guia Básico[9]", vejamos:

> 3.15 Quais medidas podem ser tomadas em relação à liquidação e ao pagamento de contratos administrativos em vigor, em especial contratos de serviços terceirizados que não estejam sendo executados ou estejam sendo executados de forma reduzida em decorrência isolamento social exigido pela pandemia do coronavírus (Covid-19)?
>
> Recomenda-se que a Administração avalie cada contrato individualmente, verificando a existência de previsão que se adeque à atual realidade, tal qual a possibilidade de suspensão temporária da execução de serviços continuados.
>
> Inexistindo solução prevista nos acordos formalizados, a Administração deve privilegiar a negociação individual com os contratados, baseada na composição de capacidades e interesses, priorizando a manutenção dos vínculos empregatícios e a solução colaborativa dos contratos. Modificações recentes na legislação trabalhista podem contribuir para a busca dessa solução consensual.
>
> O art. 65, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93 permite supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes, além dos limites previstos §1º do mesmo dispositivo, que tratam de alterações unilaterais (25% para alterações e supressões; e 50% para acréscimos em reformas). Cada circunstância da contratação deve ser avaliada para que se decida sobre a continuidade ou não dos pagamentos, tendo em vista que a execução dos serviços está prejudicada por fator alheio a ambas as partes (contratante e contratado).
>
> Tais sugestões priorizam soluções que ajudem na sobrevivência tanto do ente público como das empresas contratadas e para o quadro de trabalhadores que dependem de seu trabalho para a subsistência. Qualquer decisão pela alteração contratual deverá ser justificada e eventuais aditamentos contratuais deverão ser publicados nos termos do art. 61, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93, sobretudo em endereço eletrônico oficial, possibilitando a sua transparência e controle.
>
> Grifo nosso.

Portanto, é dever do Administrador local buscar uma solução que adeque a realidade econômico-financeira do Ente a medidas que possam, preferencialmente, colaborar com a manutenção dos vínculos empregatícios dos terceirizados, vinculados direta ou indiretamente à Administração Pública.

---

[9] TCE/MS. 2ª Versão, lançada em 10 de julho de 2020. Disponível em: http://www.tce.ms.gov.br/portal-ervices/files/arquivo/nome/14169/660a2b7592bbe7d8efca8db3cd9c0eab.pdf. Acesso em: 02/08/2020.

Neste viés, insta ressaltar os artigos 20 e 22 da LINDB, cujo teor modernizou, enfaticamente, a forma de se pensar a gestão da coisa pública:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
>
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.
>
> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Qualquer decisão deverá ser justificada e eventuais aditamentos contratuais deverão ser publicados, nos termos do da Lei n.º 8.666/93, sobretudo em endereço eletrônico oficial, possibilitando a sua transparência e controle.

São tempos excepcionais, competindo ao Gestor, considerando os obstáculos e dificuldades presentes na sua localidade, adotar os instrumentos que melhor atendam ao interesse público, seja pela rescisão, suspensão ou revisão contratual.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, e apoiando-me parcialmente nos Pareceres emitidos pela Consultoria Jurídica e pelo Ministério Público de Contas, proponho a seguinte resposta aos quesitos formulados:

QUESTÃO 01. Em atenção aos regramentos de direito público, notadamente os artigos 40, inciso XIV, alínea "d" c/c 15, inciso III, ambos da Lei n.º 8.666/93, com os artigos 20 e 22 da LINDIB e com a MP 961/2020, considerando a suspensão provisória da execução de contratos administrativos que tenham por (i.) objeto serviços de natureza continuada, (ii.) bem como a necessidade de que seja mantida a mobilização da operação para garantir o retorno imediato da execução tão logo determinada pelo Poder Público, é possível realizar a antecipação de pagamento ou pagamento provisório de percentual necessário (estimado em 30% do valor médio mensal recebido) para que o contratado faça frente aos custos fixos da operação, evitando a desmobilização?

QUESTÃO 01.01. Os contratos administrativos formalizados para prestação de serviços de transporte escolar preenchem as condições legais para a antecipação de pagamento nos termos questionados no quesito de n. 01, ou seja, a partir da interpretação dos preceitos normativos referidos, é possível promover a antecipação de pagamento/pagamento provisório aos prestadores

de serviços de natureza continuada de transporte escolar durante o período de suspensão das aulas exclusivamente para contraprestação das despesas fixas — em média equivalente a percentual de 25% a 30% do valor mensal pago), a fim de garantir a manutenção da mobilização da operação (especialmente custos atinentes a remuneração de trabalhadores e financiamentos)?

RESPOSTAS.

A Medida Provisória n.º 961/2020, que dispõe, dentre outras questões, acerca da autorização de pagamento antecipado às licitações e contratos públicos durante o estado de calamidade reconhecido, objetiva fundamentar as futuras contratações celebradas pela administração, e não àquelas já vigentes, com execução suspensa, em virtude da pandemia.

Para as execuções contratuais já em curso, como no caso da prestação de serviços continuados de transporte escolar, o próprio estatuto geral de licitações e contratos prevê instrumentos capazes de resguardar os anseios causados pela atual conjectura, competindo aos gestores, nas respectivas esferas de governo, a adoção de medidas para o enfrentamento da questão, face às particularidades locais.

O enfrentamento da situação pressupõe análise a partir de critérios de conveniência, oportunidade e ponderação entre os pilares da economicidade e da função social dos contratos administrativos, cujo resultado deve estar alinhado aos instrumentos legais existentes para sua operacionalização.

Entre as ferramentas presentes na própria legislação para a resolução do impasse, destacam-se: (I) a rescisão, (II) a suspensão e (III) a revisão contratual; cada qual com os seus prós e contras, cuja adoção deverá ser detidamente sopesada e considerada pelo gestor, especialmente quanto as suas consequências práticas e dificuldades reais de implementação (art. 20 da LINDB).

A rescisão contratual, conquanto inserida na esfera de discricionariedade do gestor público, deve ser vista com extrema cautela, porquanto, além de possibilitar ao contratado o ressarcimento das perdas que houver sofrido, importará, necessariamente, na deflagração de uma nova licitação na retomada dos serviços, sendo inúmeras as dificuldades daí decorrentes, seja no aspecto temporal, para a conclusão do certame, seja no aspecto financeiro, diante das incertezas quanto a eventual economicidade para a entidade administrativa em contrato futuro.

Optando-se o gestor pela suspensão temporária dos contratos de execução continuada, remanesce à Administração a possibilidade de

antecipar os pagamentos, condicionados à compensação futura, limitados ao valor estritamente necessário para cobrir os custos fixos do contrato.

A realidade fática imposta pela crise atual demonstra que a exigência de garantias para a antecipação de pagamentos tem o condão de frustrar os esforços de resolução do problema enfrentado pelos agentes privados prestadores dos serviços de transporte escolar por esta via, em razão da clara dificuldade das empresas em obtê-las, por se tratar de produtos bancários. Porém, a supremacia do interesse público e os riscos envolvidos impossibilitam a flexibilização dessa exigência legal.

Decidindo-se, por fim, pela revisão contratual, será possível promover a modificação das cláusulas do contrato, para adequá-las ao novo regime de execução e reequilibrar a equação financeira, reestabelecendo a relação de equivalência entre encargos e remuneração, permitindo-se a remuneração do contratado proporcionalmente aos custos incorridos para a manutenção da mobilização operacional, a fim de que os serviços estejam à disposição do Poder Público e sejam imediatamente retomados quando do retorno das aulas presenciais.

A escolha pela revisão contratual não deve comprometer a saúde financeira do Ente, nem a sua capacidade orçamentária e financeira, devendo o gestor promover os necessários estudos de viabilidade.

Quanto à remuneração, esta deve ser limitada à cobertura dos custos fixos incorridos, com pessoal (envolvendo o pagamento de salários e o recolhimento dos encargos sociais incidentes) e administrativos (envolvendo IPVA, licenciamento, DPVAT e seguro de responsabilidade civil). Quanto à remuneração dos motoristas, deve-se levar em conta a possibilidade de redução do salário em virtude da redução da carga horária, conforme permitido pela Lei nº 14.020, de 06 de julho de 2020, bem como efetuar o desconto de valores que, por lei, acordo ou convenção coletiva, apenas sejam devidos aos empregados durante a efetiva prestação dos serviços, como, v.g., vale-alimentação, vale-transporte, etc.

A implementação das medidas deve ser justificada e considerar a análise prévia individualizada dos itens e custos de cada contrato, com participação do contratado e dos setores da Administração responsáveis pela execução e fiscalização contratual.

A revisão contratual, temporária e válida apenas durante a emergência nacional ocasionada pelo novo coronavírus, deve ser ajustada por meio de Termo Aditivo, cuja formalização deve seguir as diretrizes constantes no art. 65, inciso II, alínea "d", e § 6º, da Lei nº 8.666/93; cominar, para o caso de descumprimento total ou parcial do ajuste, as sanções previstas

no art. 87 da mesma Lei Geral; e conter cláusula de distribuição de riscos, alocando-os aos agentes privados aqueles materializados da suspensão das aulas presenciais até a sua formalização e, daí em diante, à Administração, de sorte a facilitar a programação financeira e impedir a judicialização para recebimento de valores relativos ao período anterior.

QUESTÃO 02. Esse pagamento dos custos fixos pode ser implementado observando todo o período de suspensão da execução dos serviços, como forma de garantir o equilíbrio contratual, notadamente em fase da necessidade de manutenção da mobilização nesse período?

RESPOSTA: Prejudicada. Conforme resposta do item 01.

QUESTÃO 03. Em caso de resposta afirmativa, o aditivo contratual com a (i.) previsão de compensação futura, ainda que sujeita a reequilíbrio; (ii.) obrigação do contrato de manutenção da mobilização da operação, com direito unilateral reconhecido à Administração para a retomada da execução; e (iii.) prestação de garantia, são suficientes para atender os preceitos legais e evidenciar a regularidade da antecipação de pagamento?

RESPOSTA: Prejudicada. Conforme resposta do item 01.

DELIBERAÇÃO

Como consta na ata, a deliberação foi por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em conhecer da Consulta e responder às questões formuladas pelo Consulente.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Tomaram parte na deliberação os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa, Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Flávio Kayatt.

Presente, o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 6 de agosto de 2020.

Conselheiro **MARCIO CAMPOS MONTEIRO**

Relator

DSSM