

PROTOCOLO Nº: 595220/20
ORIGEM: MUNICÍPIO DE MARINGÁ
INTERESSADO: MUNICÍPIO DE MARINGÁ
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 227/20

Consulta. Pagamento antecipado de bens e serviços pela administração pública. Impossibilidade, salvo situações excepcionais. Inteligência do Estatuto Licitatório e da Lei nº 4320/64. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de situação de anormalidade ocasionada pela Pandemia de Covid-19. Aditivo contratual. Possibilidade. Pelo conhecimento da consulta e, no mérito, pela expedição de resposta nos termos da Instrução.

Trata-se de consulta formulada pelo Município de Maringá (peça 3), por meio de seu Prefeito Municipal, em que formula 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 4) pandemia do COVID19 como imposição de circunstâncias supervenientes?
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 consultante à peça 6.

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”.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ Gabinete da Procuradoria-Geral

Por meio da Instrução nº 4007/20, a Coordenadoria de Gestão Municipal apontou o não preenchimento dos requisitos normativos que autorizam o processamento da consulta, sugerindo a intimação do Município de Maringá para juntada de parecer complementar, com fundamento no inc. IV do art. 311 do Regimento Interno.

O Relator, por seu turno, ressaltando a relevância do tema e a urgência¹ declinada pelo Consulente (peça nº 13), entendeu que a omissão pode ser excepcionalmente relevada, determinando o retorno dos autos à unidade técnica para manifestação.

Ato contínuo, a Coordenadoria de Gestão Municipal manifestou-se por meio da Instrução nº 4083/20 (peça 20), em que, após robusta fundamentação, 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.

É o breve relatório.

Preliminarmente, registra o *Parquet* que a despeito da eventual divergência quanto ao preenchimento dos requisitos de conhecimento da Consulta, o caráter de urgência declinado pelo consulente e acolhido pelo Relator (peça 18) demanda a apreciação ministerial de mérito da demanda. Ademais, considerando a magnitude do tema questionado, e sua potencial repercussão em todas as municipalidades e no próprio Estado do Paraná, a apresentação de resposta em

¹ Ofício n.º 01 SDC/SE oriundo da Justiça do Trabalho, informando que o serviço de transporte público do Município de Maringá encontra-se em estado de greve e solicitando urgência na análise da presente Consulta.

tese é medida adequada à consolidação de parâmetros de controle a serem observados por esta Corte no contexto atual.

Quanto ao mérito, cumpre destacar que a unidade técnica, com respaldo em precedente² do Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás- TCM/GO colacionado aos autos pelo consulente em caso semelhante (peça nº 08), apreciou os quesitos formulados de maneira correta, motivo pelo qual este Ministério Público especializado se manifesta em consonância com as razões expostas na Instrução nº 4083/20 (peça nº 20), apresentando breve reforço ao posicionamento que se ratifica integralmente.

Primeiramente, cumpre destacar que embora o questionamento do consulente diga respeito a uma situação excepcional e urgente, tendo em vista que o serviço de transporte público do Município de Maringá encontra-se em estado de greve, a resolução da questão em análise não pode encontrar solução que contrarie o princípio da legalidade ou que possa prejudicar o equilíbrio financeiro das contas públicas.

Outrossim, o enfrentamento da situação pressupõe observância pelo administrador dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade sob a ótica do princípio basilar da supremacia do interesse público, devendo promover juízo de ponderação do interesse público e individual, entre os pilares da economicidade e da função social dos contratos administrativos, cujo resultado deve estar alinhado aos instrumentos legais existentes para sua operacionalização.

Nesse seguimento, a consulta em análise suscita um dentre os vários desafios enfrentados pelos gestores públicos decorrentes da crise provocada pela pandemia do novo coronavírus, sendo a área de contratações públicas uma das mais afetadas pela crise, especialmente, os contratos de concessão de transporte coletivo.

Por conseguinte, considerando que os contratos de transporte coletivo sofreram significativos impactos decorrente da queda da demanda em razão do isolamento social e demais restrições impostas que comprometeram a sua viabilidade econômico-financeira, questiona-se acerca da legalidade de 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, bem como sobre a possibilidade da realização de aditivo contratual para a manutenção da contraprestação das despesas fixas do instrumento.

Sobre o primeiro questionamento, de fato, o tema atinente à possibilidade de se realizar pagamentos antecipados a fornecedores de produtos ou serviços no âmbito dos contratos administrativos está ligado à legalidade estrita, de modo que não há permissivo legal para que bens e serviços sejam adquiridos de forma direta como meio de ajudar na resolução de greve, tendo em vista que a regra constitucional que incide sobre todas as aquisições do Poder Público é de submissão ao procedimento licitatório, sendo exceção a contratação direta.

² ACÓRDÃO CONSULTA AC-CON Nº 00007/2020– TCMGO – PLENO. PROCESSO N: 05442/20. MUNICÍPIO: RIO VERDE. RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO VASCO C. A. JAMBO.

Ou seja, a aquisição de bilhetes como forma de auxiliar as concessionárias de transporte coletivo urbano na crise enfrentada configura pagamento antecipado de serviços, conduta que não encontra amparo no ordenamento jurídico e tampouco na Medida Provisória nº 961/20, pois esta 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.

Assim, para as execuções contratuais já em curso, como no caso das concessões de transporte coletivo, 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 econômico-sociais de cada localidade.

Destarte, a resposta aos primeiros questionamentos está adstrita ao princípio da legalidade, de modo a obstar o recebimento antecipado de valores por parte do particular contratado, especialmente em virtude das regras gerais que recaem sobre essa condicionante, contidas nas Leis Federais nºs 8.666/1993 e 4.320/1964.

Conforme pontuou a CGM, a Lei Federal nº 4.320/1964, que dispõe sobre as normas gerais de direito financeiro determina, em seus arts. 62 e 63, §2º, inc. III, que o pagamento só será feito após regular liquidação, ou seja, quando da verificação do direito adquirido pelo credor. Desse modo, portanto, como regra geral, não caberia a antecipação de pagamentos em contratos administrativos.

Por outro lado, o estatuto licitatório, em seus arts. 55, inc. III³, e 65, inc. II, “c”⁴, trata dos aspectos contratuais que envolvem o pagamento devido ao contratado particular, vedando a antecipação de pagamento, como regra geral, com relação ao cronograma fixado, sem que haja a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço. Por sua vez, nos restritos casos em que é admitida a antecipação de pagamento, deve ser exigida uma das garantias listadas no art. 56 §1º⁵.

³ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
(...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

⁴ 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 das 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;

⁵ Art. 56. 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.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

Nada obstante, como acertadamente apontado pelo órgão instrutivo, parte da doutrina⁶ defende a possibilidade de antecipação de pagamento pela administração pública, mesmo antes da execução do objeto contratado. No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União admite o pagamento antecipado em condições excepcionais, conforme se percebe da evolução do entendimento da Corte:

“Em 2013, a 1ª Câmara do TCU, nos autos do TC 015.127/2009-0, consignou que “a jurisprudência do TCU também é firme no sentido de admitir o pagamento antecipado apenas em condições excepcionais, contratualmente previstas, sendo necessária ainda garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto”.

Em 2014, na situação objeto da consulta, há a contratação de bens de informática, em que está embutida a prestação de um serviço (assistência técnica durante o período de garantia). A distinção é importante porque na situação objeto do pagamento antecipado “típico” (...) o pagamento é feito antes do recebimento de qualquer contraprestação por parte do fornecedor. Neste caso, o pagamento só é feito após o recebimento do bem, objeto principal da contratação. A prestação futura se refere apenas ao serviço de suporte técnico durante o período de garantia, que é uma espécie de acessório em relação ao objeto principal.

7. Feita essa relevante distinção, 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. (Acórdão 1.177/2014, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz).

Em 2017, nos autos do TC 006.637/2012-4, o Plenário do TCU discorreu sobre os três pressupostos que são determinantes para a ocorrência do pagamento antecipado, ressaltando, ainda, que esse deve ocorrer de maneira excepcional, quais sejam: (i) demonstração prévia pela administração pública (direta ou indireta) da real necessidade do adiantamento a fim de assegurar a devida execução do serviço; (ii) a existência de cláusulas no instrumento convocatório prevendo esse pagamento antecipado; e (iii) prestação pela contratada de garantias no valor dos pagamentos antecipados”.

No mesmo sentido, a Advocacia Geral da União reconheceu a possibilidade de antecipação de pagamentos, por meio da Orientação Normativa nº

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

⁶ Nesse sentido, a Unidade Técnica colacionou entendimento do Professor Marçal Justen Filho, que entende que não existe vedação legal à realização de pagamentos antecipados, desde que previsto no ato convocatório e condicionado à prestação de garantias efetivas e idôneas a evitar prejuízos aos cofres públicos.

37⁷, desde que presentes 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.

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.

Por fim, com relação a possibilidade de concessão de aditivo contratual para manutenção da contraprestação das despesas fixas do instrumento, como acertadamente indicou a unidade técnica, este poderá ser firmado com o objetivo de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, 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.

Nesse panorama, em resposta à crise atual, a Consultoria Jurídica da AGU junto ao Ministério da Infraestrutura (MINFRA) proferiu o parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU pelo enquadramento da pandemia de covid-19 na álea extraordinária, o que possibilitaria o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos com base na teoria da imprevisão.

Diante dessa conjuntura, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é tutelado constitucionalmente (art. 37, inciso XXI) e materializa-se na justa correlação entre os encargos do particular e a remuneração devida, devendo as pretendidas alterações nos encargos que influenciem a equação ser analisadas pela Administração.

Subsumindo-se o disposto no art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93, com as variadas hipóteses de materialização do desequilíbrio econômico-financeiro em

⁷ Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:orientacao.normativa:2011-12-13:37> . Acesso em 09/11/2020, às 17h.

razão da pandemia do COVID-19, tal dispositivo permite a alteração dos contratos administrativos por acordo das partes 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”*.

Por seu turno, o § 2º do art. 9º da Lei nº 8.987, de 1995, dispõe que *os contratos poderão prever mecanismos de revisão de tarifas para que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro*.

Nessa ordem de ideias, deve ser demonstrada, de forma inequívoca, que a concessionária, diante do significativo impacto decorrente da pandemia, não consegue cumprir o contrato nos termos inicialmente propostos. Ademais, o pedido para o exercício do direito ao equilíbrio econômico-financeiro *“deve estar instruído com informações qualitativas e quantitativas detalhadas que comprovem o desequilíbrio”*, como demonstra o precedente desta Corte colacionado pela CGM (julgado com força normativa, no Acórdão nº 3420/17 – Tribunal Pleno).

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.

Diante do exposto, o Ministério Público de Contas opina pelo conhecimento da consulta e, no mérito, pelo oferecimento de resposta nos termos propostos pela CGM.

Curitiba, 9 de novembro de 2020.

Assinatura Digital

VALÉRIA BORBA
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas