



## **Parecer em Consulta 00012/2021-7 - Plenário**

**Processo:** 04589/2020-2

**Classificação:** Consulta

**UG:** ALES - Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo

**Relator:** Rodrigo Coelho do Carmo

**Consulente:** MARCOS ANTONIO MANSUR

**CONSULTA – ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – COMISSÃO DE COOPERATIVISMO – CONHECER CONSULTA EM RELAÇÃO AOS QUESTIONAMENTOS 1, 2 E 3 - NÃO CONHECER A CONSULTA EM RELAÇÃO AOS QUESTIONAMENTOS 4 E 5 - ACOLHER OS TERMOS DA INSTRUÇÃO TÉCNICA DE CONSULTA 01/2021 – ACOLHER ACRÉSCIMOS CONSTANTES NO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS 01783/2021 – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – TEORIA DA IMPREVISÃO – TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA APLICADA SUBSIDIARIAMENTE – COVID 19 – JUSTA CAUSA – TRANSPORTE ESCOLAR – SOLUÇÃO COLABORATIVA - ACORDO – CONSENSO - AJUSTES NO OBJETO CONTRATUAL - DAR CIÊNCIA - ENCAMINHAR - ARQUIVAR.**

1. A Teoria da Onerosidade Excessiva, instituída pelos artigos 478 a 480 da Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, é aplicada como fonte subsidiária à teoria da imprevisão adotada pelo artigo no art. 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/1993. Isso porque, independentemente de a escolha pela teoria da

imprevisão demonstrar ser a teoria mais adequada, como tais teorias têm a mesma base principiológica, é possível que, respeitados os limites legais e materiais aplicáveis ao caso, se utilize subsidiariamente a teoria da onerosidade excessiva aos casos em que seja aplicável a teoria da imprevisibilidade.

2. A Pandemia da COVID-19, pode ser considerada uma possível justa causa para a aplicação do princípio da imprevisibilidade, e, subsidiariamente, quando adequado, da teoria da onerosidade excessiva.
3. Há precedentes que demonstram a necessidade de se aplicar a teoria da imprevisibilidade para readequar contratos públicos, de maneira excepcional, quando diante de situações imprevisíveis, extraordinárias, não subjetivas, promovidas por circunstâncias alheias ao contrato, com o fim de preservar e reequilibrar os contratos públicos, conforme preconiza a Lei de Licitações. Contudo, a aferição da aplicabilidade ou não deste reenquadramento deve ser feita de modo excepcional e a aplicação deve ser feita caso a caso, sem que exista uma definição estanque de sua aplicação na jurisprudência aplicada ao caso.
4. Reconhece-se que, se de um lado ter como única forma de remuneração o critério do quilometro rodado não se mostra adequado para dividir os ônus no caso concreto, do outro, não se pode afirmar que o pagamento de custos fixos, considerando a disponibilidade e exclusividade dos veículos para esse fim, se mostra como a saída ideal para a presente questão. Assim, as partes devem formular acordo específico, conforme inciso II do artigo 65 da Lei 8666/199.

5. Ressalva-se, contudo, quando a preservação do contrato for de interesse da Administração Pública, não se deve onerar demasiadamente o ente público e inverter a situação de desequilíbrio, especialmente neste momento em que há restrição de receitas.
6. O contrato de transporte escolar consiste em uma obrigação que se traduz num *facere* como meio de garantir o acesso à educação e a permanência dos alunos no processo de ensino aprendizagem. Desta forma, a partir do consenso e de uma construção colaborativa entre as partes, é possível se promover ajustes contratuais para contemplar, durante o período de excepcionalidade e imprevisibilidade da pandemia em que as aulas presenciais estiverem suspensas, que o transporte contratado seja utilizado para a retirada das atividades nas escolas e entrega das mesmas nos pontos das rotas preestabelecidas nos respectivos instrumentos, preservando a finalidade precípua das avenças, qual seja, garantir o direito constitucional à educação insculpido no art. 208 da Constituição Federal.
7. Destaca-se que, na análise de cada caso concreto, as partes deverão levar em consideração a realidade local examinar quais alternativas são aplicáveis e quais se mostram mais viáveis à cada situação avaliada, sempre observando as circunstâncias fáticas e jurídicas e privilegiando o acordo entre as partes, conforme disposto no inciso II do artigo 65 da Lei nº 8666/1993.

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:**

## **I – RELATÓRIO**

Trata-se de consulta formulada pelo Exmo. Deputado Estadual, Marcos Antônio Mansur, Presidente da Comissão de Cooperativismo da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (Petição Inicial 943/2020-9), acompanhada de parecer do órgão consultivo (Peça Complementar 25068/2020-5), em que solicita que este Tribunal de Contas responda aos seguintes questionamentos:

- 1) A teoria da onerosidade excessiva se aplica aos contratos públicos de natureza comutativa, sob a égide da lei 8.666/93, com especial destaque ao seu artigo 65, II, "c" e "d"? Como tal instituto do Direito Contratual deve ser manejado, caracterizado e aplicado na Administração Pública sob a ótica do Controle Externo?
- 2) Existem precedentes/jurisprudência consolidada adequada à aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos públicos? A pandemia de Covid-19 pode ser considerada como justa causa?
- 3) Quanto aos contratos de transporte, sobretudo o de transporte escolar, existe a possibilidade de pagamento de custos fixos, considerando a disponibilidade e exclusividade dos veículos para esse fim? Se sim, como fica a questão do critério de pagamento ser estabelecido por quilômetro rodado, já que as aulas presenciais estão suspensas desde março de 2020, sem que haja efetivamente os atos de transporte?
4. Sob a ótica da composição de custos, levando em consideração fatores como BDI, estruturas operacionais, depreciação dos bens etc., vê esse TCE-ES licitude e plausibilidade no fato de o valor atribuído ao quilômetro rodado (por imposição dos entes federados contratantes) também se prestar à remuneração de toda a cadeia de atos e estruturas que compõe a operação logística de transporte escolar? Se não, como são remunerados os fatores colaterais à circulação dos veículos sem que haja a caracterização de enriquecimento ilícito, sob a ótica de não apresentar contrapartida ao particular que exerce de forma terceirizada essa atividade meio (do dever de educar) legalmente imputada ao Estado?
5. Ainda, se considerada a licitude da interpretação de o quilômetro rodado remunerar todo o plexo logístico do transporte escolar, quais são os procedimentos que devem os Entes Federados contratantes adotarem para aferir o custeio das estruturas que garantem a finalidade, que é circulação dos veículos para o efetivo transporte de alunos? Entende o TCE-ES haver diferença entre esse pleito e o ato de requerer adiantamento por serviços não prestados?

Em análise preliminar não exauriente, proferi o **Despacho 33381/2020-6 (evento 04)**, determinando o processamento inicial da Consulta. Em sequência, os autos foram remetidos à apreciação do Núcleo de Jurisprudência e Súmula, que, por meio do Estudo Técnico de Jurisprudência **ETJURISP 00038/2020-3**, informa acerca da inexistência de deliberações que respondam especificamente aos questionamentos formulados na presente Consulta.

Ato contínuo, foram enviados ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, para a análise técnica-jurídica, que se manifestou por meio da **Instrução Técnica de Consulta 00001/2021-9**, concluindo nos seguintes termos:

#### IV – CONCLUSÃO

A Teoria da Onerosidade Excessiva, instituída pelos artigos 478 a 480 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, é aplicada como fonte subsidiária à teoria da imprevisão adotada pelo artigo no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993. Isso porque independentemente de a escolha pela teoria da imprevisão demonstrar ser a teoria mais adequada, como tais teorias têm a mesma base principiológica, é possível que, respeitados os limites legais e materiais aplicáveis ao caso, se utilize subsidiariamente a teoria da onerosidade excessiva aos casos em que seja aplicável a teoria da imprevisibilidade.

A Pandemia da COVID-19, pode ser considerada uma possível justa causa para a aplicação do princípio da imprevisibilidade, e, subsidiariamente, quando adequado, da teoria da onerosidade excessiva.

Há precedentes que demonstram a necessidade de se aplicar a teoria da imprevisibilidade para readequar contratos públicos, de maneira excepcional, quando diante de situações imprevisíveis, extraordinárias, não subjetivas, promovidas por circunstâncias alheias ao contrato, com o fim de preservar e reequilibrar os contratos públicos, conforme preconiza a Lei de Licitações. Contudo, a aferição da aplicabilidade ou não deste reenquadramento deve ser feita de modo excepcional e a aplicação deve ser feita caso a caso, sem que exista uma definição estanque de sua aplicação na jurisprudência aplicada ao caso.

Reconhece-se que, se de um lado ter como única forma de remuneração o critério do quilometro rodado não se mostra adequado para dividir os ônus

no caso concreto, do outro, não se pode afirmar que o pagamento de custos fixos, considerando a disponibilidade e exclusividade dos veículos para esse fim, se mostra como a saída ideal para a presente questão. Assim, as partes devem formular acordo específico, conforme inciso II do artigo 65 da Lei 8666/1993.

Destaca-se que, na análise do caso concreto deverão ser examinadas quais alternativas são aplicáveis e quais se mostram mais viáveis à cada situação avaliada, sempre observando as circunstâncias fáticas e jurídicas e privilegiando o acordo entre as partes, conforme disposto no inciso II do artigo 65 da Lei 8666/1993.

Instado a se manifestar, o douto *Parquet* de Contas, por meio do Parecer do Ministério Público de Contas 01783/2021 anuiu aos trabalhos técnicos, realizando acréscimos não se seguinte sentido:

Compulsando os autos, verifica-se que a Instrução Técnica Conclusiva é consentânea com o posicionamento do Ministério Público de Contas, motivo pelo qual, independentemente de transcrição, passa a fazer parte integrante deste pelos fundamentos de fato e de direito ali deduzidos, complementando-se no seguinte sentido:

Deveras, a pandemia da COVID-19 é um acontecimento superveniente à celebração do contrato público a que se refere à consulta. Trata-se, inegavelmente, de acontecimentos imprevisível, de caráter extraordinário, que, dentre inúmeras modificações ocorridas no cotidiano, ocasionou a paralisação das aulas nas escolas públicas e, conseqüentemente, do transporte dos alunos da rede pública.

O consulente pondera que, muito embora o serviço de transporte escolar seja remunerado pelo valor do quilômetro rodado, parte do valor é destinado a custear a disponibilidade do veículo, motoristas e toda estrutura logística que envolve a prestação do serviço.

O corpo técnico desta Corte reconhece que os contratos de transporte escolar vigentes foram afetados de forma imprevista pela superveniência da pandemia, e ter como única forma de remuneração o critério do quilometro rodado não se mostra adequado para dividir os ônus no caso concreto, mormente quando as empresas contratadas devem arcar com a estrutura física e operacional que viabiliza o ato final de

transportar.

Nesse sentido, colacionou ampla pesquisa realizada nos Tribunais de Contas Estaduais, como os do Paraná, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Santa Catarina, dentre outros, que assinalam a necessidade de se buscar um critério mais adequado, o que deve ser estudado individualmente entre as partes envolvidas. A situação excepcional foi analisada pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul (processo de Consulta nº TC/6799/2020), conforme indica o trecho do julgamento a seguir colacionado:

(...)

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.

A temática em análise envolve contrato já vigente, afetado de forma imprevista pela superveniência da pandemia. Nesse contexto, em sintonia com as alternativas contempladas pela Lei nº 8.666/93, diante da paralisação do serviço de transporte escolar provocada pela pandemia, poderá o gestor, de modo fundamentado e observada a supremacia do interesse público, optar por: a) rescisão; b) suspensão; ou c) revisão contratual.

Vale ressaltar que o Ministério Público de Contas do Estado de Santa Catarina, ao analisar idêntica situação, elaborou o Parecer MPC/AF/2113/2020, oportunidade em que reitera as alternativas fornecidas pela Lei nº 8.666/93 ao gestor, bem como acrescenta o trecho referenciado a seguir:

Nos casos de suspensão ou revisão é possível realizar o pagamento parcial de despesas fixas do contrato, após prévia análise individualizada dos itens e custos mediante comprovação periódica, e limitado ao essencial para preservação da avença, no interesse da Administração.

Aliás, no tocante as medidas administrativas que serão tomadas pelo gestor em cada caso concreto, diante da situação decorrente da pandemia, quando a preservação do contrato for de interesse da Administração Pública, é imperioso destacar que **não devem onerar demasiadamente o ente público e inverter a situação de desequilíbrio, especialmente neste momento em que há restrição de receitas.**

Isto posto, pugna o Ministério Público de Contas seja a presente consulta respondida nos termos da Instrução Técnica de Consulta ITC 1/2021, com os acréscimos deste parecer.

## **II – FUNDAMENTAÇÃO**

Examinando os autos, verifico que o processo se encontra devidamente instruído e, portanto, apto à apreciação de mérito, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

### **II.1) DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.**

O artigo 122, *caput*, e em seus §1º e §2º da LC 261/2012 estabelece os critérios de admissibilidade da consulta:

Art. 122. O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua

competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

I - Governador do Estado e Prefeitos Municipais;

II - Presidente da Assembleia Legislativa e de Câmaras Municipais;

III - Presidente do Tribunal de Justiça e Procurador Geral de Justiça;

IV - Procurador Geral do Estado e Defensor Público Geral do Estado;

V - Secretário de Estado;

VI - **Presidente das comissões permanentes da Assembleia Legislativa e das**

**Câmaras Municipais;**

VII - Diretor presidente de autarquia, fundação pública, empresa estatal e de sociedade de economia mista cujo controle societário pertença ao Estado ou aos

Municípios.



§ 1º A consulta deverá conter as seguintes formalidades:

- I - ser subscrita por autoridade legitimada;
- II - referir-se à matéria de competência do Tribunal de Contas;
- III - conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada;
- IV - não se referir apenas a caso concreto;
- V - estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente.

§ 2º Além dos requisitos objetivos, o conhecimento da consulta dependerá da relevância jurídica, econômica, social ou da repercussão da matéria no âmbito da administração pública, com conteúdo que possa ter reflexos sobre a administração direta e indireta do Estado ou dos Municípios.

§ 3º Cumulativamente aos requisitos dos §§ 1º e 2º, os legitimados dos incisos V, VI e VII do caput deste artigo deverão demonstrar a pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam.

Nota-se que a consulta observa os aspectos formais, eis que o consulente é autoridade legitimada, visto que Presidente de Comissão Permanente (art. 122, VI, c/c §1º, I, LC 621/2012). Quanto à instrução da peça de consulta, conta com o parecer do órgão de assistência jurídica (art. 122, §1º, V, LC 621/2012).

Todavia, verifico que houve manifestação do órgão consultivo da Assembleia Legislativa apenas em relação aos três primeiros questionamentos. Em relação aos dois últimos, não houve tal manifestação.

Assim, face ao não cumprimento do pré-requisito de admissibilidade descrito no artigo 122, §1º, V<sup>1</sup> da Lei Complementar Estadual 621, de 8 de março de 2012, **não conheço dos itens 4 e 5 dispostos na peça inicial.**

No que se refere aos aspectos substantivos, constato que a matéria objeto da consulta é de competência deste TCE-ES (art. 122, §1º, II, LC 621/2012) e a peça contém indicação precisa da dúvida (art. 122, §1º, III, LC 621/2012). Ademais, a matéria atinente à consulta ofertada possui relevância jurídica, econômica, social e repercussão no âmbito da administração pública com reflexos para a Administração

---

<sup>1</sup> § 1º A consulta deverá conter as seguintes formalidades:

V - estar instruída com parecer do órgão de assistência técnica e/ou jurídica da autoridade consulente.

Pública Direta e Indireta dos Municípios e do Estado, atendendo ao requisito previsto no § 2º do artigo 122 da LC 621/2012.

Diante do exposto, considerando que se encontram presentes nos autos os referidos pressupostos de admissibilidade, **CONHEÇO** da presente consulta em **relação aos itens 1, 2 e 3 acima dispostos**.

## II.2) DA ANÁLISE DE MÉRITO.

Em suma, depreende-se dos fatos narrados na peça consultiva que as dúvidas suscitadas pelo colegiado fracionário da Casa deram-se a partir de provocação da entidade representativa dos cooperados e cingem-se sobre a possibilidade de alteração das relações contratuais em razão das mudanças ocorridas nas relações por decorrência da pandemia provocada pelo Sars-Cov2, bem como sobre os correspondentes pagamentos relativos aos contratos de transporte escolar.

É sabido que o contexto peculiar da pandemia do Sars-Cov-2 se encontra ladeado de dúvidas acerca da aplicação e da incidência dos instrumentos normativos editados e vigentes nesse período de decretação de estado de calamidade pública, impondo-se a ponderação pontual dos aspectos que envolvem a questão.

Assim, antes que se adentre à apreciação das indagações submetidas a esta Corte de Contas pelo consulente, importa registrar os contornos fáticos em que culminaram nos questionamentos. Vejamos:

(...) Essencialmente, pode-se afirmar que todos os contratos de transporte escolar foram suspensos a partir da edição do Decreto Estadual 4.599-R/2020, que estabeleceu as medidas de enfrentamento à pandemia de Covid-19 e, como amplamente noticiado, entre elas, a suspensão das aulas presenciais, fato esse que, per si, implicou na interrupção da prestação dos serviços de transporte, que são, por critério contratual, remunerados por quilômetros rodados.

**Não havendo aulas presenciais, não há transporte de alunos e, logo, não há quilômetro rodado e, por assim ser, entenderam os contratantes públicos que não havia a prestação do serviço, pois não seria aferida**

**(medição) a quilometragem projetada pelos respectivos saldos contratuais.**

Contudo, após diversas indagações da OCB/ES, em nome do cooperativismo capixaba, postuladas a essa comissão, mas também ao governo estadual, além de ficar evidenciado que **estado e municípios sequer emitiram comunicados de paralisação dos contratos ou negociações visando a manutenção da relação contratual, o reequilíbrio, a divisão equitativa dos encargos contratuais e a função social do contrato, não era verdadeira a ideia de não haver prestação de serviço mediante a constatação de os veículos alocados ao transporte escolar não estarem percorrendo seus quilômetros mensais, como de praxe.**

A questão se mostrou mais profunda: **apesar de ser o quilômetro rodado o critério de pagamento adotado pelos contratos e, pelo impedimento causado pelo cancelamento das aulas presenciais, a não aferição de quilômetros rodados levou os Administradores Públicos afirmarem não haver prestação de serviço, entretanto, essa prestação de serviço evidenciou-se realizada desde o primeiro dia de paralisação, se considerarmos que parte do valor do quilômetro rodado se presta a garantir a manutenção, com ônus exclusivo dos particulares contratados por licitação, de toda a estrutura física e operacional que garante e viabiliza o ato final de transportar.**

Essa impropriedade, que pode ser tida como literal injustiça contratual, desvelou outro fato incontestável: **a obrigação de transportar alunos da rede pública é do ente federado e não do particular contratado.**

**O que se vê, portanto, são contratados obrigados a manter em condições de uso, disponibilidade e uso exclusivo do Poder Público os veículos, garagens, manutenção periódica dos veículos, estrutura administrativa e tudo mais que se impõe como necessário ao ato de transportar, sem, para isso, receberem qualquer contrapartida do Estado, que terceirizou sua obrigação legal.**

Com a finalidade de aferirmos a plausibilidade do pleito, que era a remuneração dos custos fixos do transporte, fizemos consulta jurídica, ainda incipiente, à Procuradoria Legislativa Adjunta à Comissão Permanente de Cooperativismo da ALES, que emitiu convencimento jurídico (que segue anexo e instruindo a presente consulta, como ordena o RITCEES) de ser plausível os questionamentos trazidos pelo Cooperativismo, principalmente se fosse **considerada a possibilidade de alteração das relações contratuais mediante a caracterização do que a legislação pátria nomeou de Onerosidade Excessiva Superveniente, lastreada por situação imprevisível e de resultado incalculável.**

Tecidas tais considerações preambulares, passo à análise e formulação das respostas aos questionamentos.

**II.2.1) Questão 01: *A teoria da onerosidade excessiva se aplica aos contratos públicos de natureza comutativa, sob a égide da lei 8.666/93, com especial destaque ao seu artigo 65, II, "c" e "d"? Como tal instituto do Direito Contratual deve ser manejado, caracterizado e aplicado na Administração Pública sob a ótica do Controle Externo?***

**II.2.1.a) Da análise constante do Parecer Jurídico da Ales.**

(...) talvez o aspecto mais importante de se analisar para a aplicação ou não dessa teoria é o risco inerente ao contrato, uma condição que nem sequer é trazida pelo Código Civil. Com isso, ocorrendo um evento extraordinário, que onere excessivamente o devedor, modificando a base objetiva do negócio, e que, não esteja diretamente relacionado aos riscos inerentes àquele contrato, poderá ser aplicada a teoria. A onerosidade excessiva superveniente não poderá ser aplicada nos casos de fatos extraordinários que atinjam a álea / o risco normal do contrato.

Aí reside, portanto, questão chave para se analisar a eventual aplicação da teoria da onerosidade excessiva superveniente nos casos do covid-19, ou seja, o acontecimento extraordinário deve estar fora da álea / do risco natural daquele contrato específico.

Vale lembrar que a onerosidade excessiva superveniente é trazida pelo Código Civil brasileiro dentro das regras de extinção do contrato. Assim, importante destacar que, como regra, o devedor pode pedir a resolução (rescisão) do contrato em tais hipóteses. A doutrina praticamente majoritária, porém, vem aceitando o pedido de revisão com base no princípio da conservação dos contratos.

(...)

Desse modo, concordando com os ensinamentos de Schunck, também cremos que, havendo uma situação que autorize a aplicação da teoria da onerosidade excessiva superveniente, e não sendo o caso de resolução do contrato, a revisão será sempre mais interessante às partes se feita por elas mesmas e não por um juiz, que muito pouco ou nada conhece do negócio das partes.

Nesse aspecto cabe citar que a onerosidade excessiva superveniente encontra guarida no art. 65 da lei 8.666/93. Vejamos:

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;

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 conseqüências 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.

Portanto, parece restar pacífica a ideia de a lei geral de Licitações e Contratos trazer como diretrizes básicas a possibilidade de modificações e manutenção do equilíbrio e, portanto, do próprio contrato, apesar de ser anterior ao Código Civil, em clara manifestação de extensão do instituto (onerosidade excessiva superveniente) aos contratos públicos.

Conclusão: Assim, em análise prima facie, vislumbra-se a total possibilidade de aplicação da Teoria/Instituto Jurídico da Onerosidade Excessiva Superveniente, já tratada, e absorvida pela legislação pátria e, também, pela lei 8.666/93.

Inicialmente, reputo necessário tecer algumas considerações acerca dos Contratos, posto que é o tema central e do qual derivam as perguntas formuladas. Considerando o primoroso trabalho desenvolvido na ITC 01/2021, registro a seguir os seus principais pontos, cujas razões adoto como as de decidir.

É sabido que os contratos são erguidos a partir de dois princípios: o da obrigatoriedade e o da intangibilidade. Isso quer dizer que o contrato

voluntariamente celebrado faz “lei” entre as partes. Dessa forma, uma vez formalmente celebrado, deve ser cumprido nos termos pactuados.

Embora a regra seja a obrigatoriedade e a intangibilidade, o ordenamento nacional traz outros princípios e dispositivos legais que conferem garantia de justiça e ética aos contratos firmados, a fim de que os contratos possam ser reequilibrados para que não prejudiquem excessivamente ou promovam ganhos exacerbados a uma das partes.

Giovanni Ettore Nanni<sup>2</sup> leciona que o equilíbrio do contrato advém da harmonia entre as vontades das partes com base no ordenamento jurídico, de modo a prevalecer “a vontade observada externa e objetivamente, diante do ordenamento jurídico, em consonância à autonomia” das partes.

Desta forma, a liberdade de criar cláusulas e obrigações através do instrumento contratual se subjeta ao ordenamento jurídico a fim de que, sempre que necessário, o negócio jurídico seja equilibrado para satisfazer os interesses de ambas as partes e a divisão equânime de riscos e obrigações.

Com bem consignado na ITC 01/2021, na prática, para alcançar a justiça e o equilíbrio das obrigações e dos riscos nos contratos (da maneira que foram inicialmente celebrados), o ordenamento jurídico prevê hipóteses de flexibilização da obrigatoriedade e da intangibilidade das cláusulas contratuais através dos dispositivos que instituem a teoria da onerosidade excessiva e a teoria da imprevisão.

Segundo Silva, na confecção dos contratos, “os contratantes envidam todos os seus esforços para a programação de todas as estruturas necessárias da consecução do fim comum consistente no cumprimento de todas as obrigações contratuais”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> NANNI, Giovanni Ettore. **A evolução do direito civil obrigacional**: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. Cadernos de autonomia privada. Curitiba: Juruá, n. 2, 2001. p. 172.

<sup>3</sup> SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. Do Risco Contratual à Estratégia do uso da Mediação e da Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Vol. 66/2020, Jul - Set / 2020, DTR\2020\11517. P. 177 – 210.

Contudo, consoante à referida autora, mesmo que se esforcem, subsistem riscos contratuais subjacentes ao negócio firmado. O gerenciamento desses riscos, que podem gerar conflitos ou desequilíbrios contratuais, deverão ser analisados à luz dos princípios e disposições de Direito. E, são exatamente estes riscos imprevisíveis que recebem tutela jurídica específica na onerosidade excessiva e na imprevisão as quais se sustentam a partir da cláusula *rebus sic stantibus* consagrada em dispositivos positivados no ordenamento.

Segundo Luiz Gastão Paes de Barros Leães, diante da necessidade de gerar justiça em face de mudanças imprevistas que modificam as circunstâncias contratuais, a doutrina trouxe a lume a cláusula *rebus sic stantibus*, uma antiga proposição do direito canônico, inspirada em princípios éticos, que estaria implícita nos contratos. Consoante tal cláusula, o negócio jurídico só permaneceria íntegro e intangível “quando não alteradas, em sua fase de execução, as circunstâncias de fato levadas em consideração pelas partes no momento de sua conclusão”<sup>4</sup>.

Ainda de acordo com Leães, a partir da cláusula ***rebus sic stantibus*** surgiram teorias, **a) a teoria da base do negócio; b) a teoria da imprevisão e c) a teoria da excessiva onerosidade**. Dentre estas teorias de mesma base jurídica-principiológica, destaca a teoria da imprevisão, a qual foi desenvolvida na França e formulada originalmente pela jurisprudência administrativa francesa. Em seguida, essa teoria foi acolhida pela Lei Faillot, de 1918 (França), que determinou que a superveniência de acontecimentos inesperados ao tempo da execução do contrato, que tornem muito difícil ou extraordinariamente gravosa a prestação contratual, poderá exonerar a parte prejudicada do cumprimento de sua obrigação, ou autorizá-la a obter a revisão judicial da mesma<sup>5</sup>.

Da mesma forma que ocorreu na França, a **teoria da imprevisão** foi aplicada primeiramente pela jurisprudência brasileira. Depois foi positivada e resta inequivocamente privilegiada na Lei nº 8.666/93, ao assegurar a manutenção do **equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo**, numa formulação afinada “à teoria da imprevisão, ao falar em fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém

<sup>4</sup>LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A Onerosidade Excessiva no Código Civil. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. vol. 4 (p. 721 – 736) Jun / 2011, DTR\2006\737. P. 723.

<sup>5</sup> IBIDEM. P. 723 e seguintes.

*de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivas da execução do ajustado" (art. 65, d, da Lei 8.666/93)"<sup>6</sup>.*

No Brasil, a onerosidade excessiva foi incorporada pelo legislador brasileiro por meio dos artigos 478 a 480 do CC/2002<sup>7</sup>, que privilegiou o fim contratual como solução primária.

Nessa toada, o NRC destaca que, antes a onerosidade excessiva tinha a tendência de ser arguida para gerar **resolução contratual**, contudo, com o advento do princípio da conservação dos contratos, a doutrina e a jurisprudência têm caminhado para rumos mais próximos da solução prioritária encampada pela teoria da imprevisão, no caso, para a **manutenção dos contratos**. Colacionaram os seguintes enunciados da Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, evidenciando tal entendimento:

Enunciado 176) Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.

Enunciado 367) em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modifica-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.

Os trabalhos técnicos registram, ainda, que, independentemente de qual teoria adotar, fato é que tais teorias se fixam em **princípios basilares** como o princípio da boa-fé ou **bona fides**, a cláusula **rebus sic stantibus** e o princípio da **pacta sunt servanda**, segundo este último, o contrato obriga as partes no limite de suas cláusulas e das leis que o guarnecem (incluindo cláusulas excepcionais positivadas como é o caso da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva).

Acerca da **Teoria da Imprevisão**, a civilista Maria Helena Diniz nos ensina que “é uma reformulação moderna da **cláusula rebus sic stantibus**, tendente a revisão ou

---

<sup>6</sup> IBIDEM. P. 724 e seguintes.

<sup>7</sup> IBIDEM. P. 724 e seguintes.



*resolução judicial dos contatos, pela superveniência de acontecimentos imprevistos ou imprevisíveis por ocasião da formação do vínculo contratual*.<sup>8</sup>

Por fim, Carlos Roberto Gonçalves esclarece que “a teoria da imprevisão consiste, portanto, na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes torna-se exageradamente onerosa.”<sup>9</sup>

**- Dos contratos de transporte escolar pactuados entre entes estatais e particulares afetados pela pandemia causada pelo COVID-19:**

A partir de tais considerações preambulares, ao analisar o caso concreto, cujo pano de fundo são os contratos de **transporte escolar** pactuados entre entes estatais e particulares, é notório que os mesmos foram particularmente afetados pela pandemia causada pelo COVID-19.

É sabido que as repercussões da pandemia geraram uma situação até então inimaginável.

Sobre tal situação, o NRC pondera, de maneira bastante apropriada, que possivelmente, caso os contratados tivessem conhecimento da situação que enfrentariam atualmente, a qual envolve a paralisação dos serviços sem qualquer contraprestação do Estado, provavelmente não teriam assinado o contrato da forma inicial, justamente por verificarem uma **onerosidade excessiva diante de evento imprevisto para eles**. Evento este, claramente, muito diferente daquele avistado por eles no tempo da assinatura do contrato.

Destaca-se, neste contexto, que consoante o Enunciado 366 das Jornadas de Direito Civil da Justiça Federal, que “o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é **aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação**”.

---

<sup>8</sup> Diniz, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º volume, p.146.

<sup>9</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e atos unilaterais, volume 3, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 52-53.

Como bem sintetiza LAUBADÈRE, ocorre a teoria da imprevisão quando, no curso do contrato, sobrevêm **eventos excepcionais e imprevisíveis** que subvertem a equação econômico-financeira do pacto.<sup>10</sup>

Como já assentado, o fundamento da teoria da imprevisão é o 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 o pacto ajustado. Mudadas profundamente tais condições, rompe-se o equilíbrio contratual, e não se pode imputar qualquer culpa à parte inadimplente.

José dos Santos Carvalho Filho destaca que 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, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as 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.

Para o Civilista Venosa, não basta a imprevisibilidade e a extraordinariedade do fato, é necessário que os acontecimentos provocadores da situação extraordinária **não sejam subjetivos**, de forma que devem **atingir uma boa parcela da sociedade e se afastar da situação de normalidade**, assim disserta o autor:

Em primeiro lugar, devem ocorrer acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Como examinamos, tais acontecimentos não podem ser exclusivamente subjetivos. Devem atingir uma camada mais ou menos ampla da sociedade. Caso contrário, qualquer vicissitude na vida particular do obrigado serviria de respaldo ao não-cumprimento da avença. Um fato será extraordinário e anormal para o contrato quando se afastar do curso ordinário das coisas. Será imprevisível quando as partes não possuírem condições de prever, por maior diligência que tiverem. Não podemos atribuir a qualidade de

---

<sup>10</sup> José dos Santos Carvalho Filho apud ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Manuel de droit administratif*, p. 214.

extraordinário ao risco assumido no contrato em que estavam cientes as partes da possibilidade de sua ocorrência;

Nesse panorama, perfilhando-me aos trabalhos técnicos, apreendo que em que pese existirem diferenças conceituais e particularidades entre **as teorias da onerosidade excessiva e da imprevisão**, independente do *nomen juris* da teoria adotada, fato é que essas duas teorias tem a mesma base principiológica, fatalmente atreladas a princípios éticos oriundos da boa-fé e na cláusula *rebus sic stantibus*. Além disso, elas só são **aplicáveis para gerar a resolução ou, quando for o caso, a revisão da relação contratual**, quando comprova-se o requisito da *excepcionalidade* dos eventos, que se apresenta, conforme Leães<sup>11</sup>, através da presença dos seguintes elementos:

- a) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento de execução, em confronto com o ambiente objetivo na celebração,
- b) agravamento excessivo para um dos contratantes e benefício exagerado para outro, e
- c) imprevisibilidade daquelas modificações.

Novamente se reportando aos enunciados das Jornadas de Direito Civil da Justiça Federal a equipe técnica destaca que a vantagem extrema auferida deriva de um elemento acidental causado pela alteração das circunstâncias. Assim, observa-se:

*Enunciado 365) A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.*

*Enunciado 366) O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.*

*Enunciado 440) É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione com a álea assumida no contrato.*

---

<sup>11</sup> IBIDEM. P. 724 e seguintes.

Portanto, me filiando aos trabalhos do NRC, apreendo que a **onerosidade excessiva** pode ser observada como elemento fático e também como teoria subsidiária a ser aplicada em contratos administrativos. No entanto, a rigor, a aplicação mais adequada é a da **teoria da imprevisão**, que, inclusive, foi a célula *mater* da teoria da onerosidade excessiva.

Note-se que no próprio texto legal de ambas as teorias se extrai a obrigação dos pactuantes terem condutas que reflitam o princípio da boa fé nos contratos que firmam. Este princípio da *bona fides*, tem origem no Direito Romano, e desde lá é o princípio basilar dos contratos. Sob a sua base sinalagmática erguem-se os princípios da lealdade, da solidariedade e da cooperação, os quais compõem a tríade do adimplemento contratual<sup>12</sup>.

Por fim, em convergência com os trabalhos técnicos, entendo que a base principiológica das duas teorias – imprevisão e onerosidade excessiva - é a mesma, entretanto, a teoria que melhor se alinha aos contratos administrativos é a da **imprevisão**, inclusive porque a regra da imprevisão é o reequilíbrio contratual enquanto que na onerosidade excessiva ainda caminha-se para esta solução.

De forma objetiva, acolhendo a proposta do NRC, concluo que a **Teoria da Onerosidade Excessiva**, instituída pelos artigos 478 a 480 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, **é aplicada como fonte subsidiária à teoria da imprevisão adotada pelo artigo no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993**. Isso porque independentemente de a escolha pela teoria da imprevisão demonstrar ser a teoria mais adequada, como tais teorias têm a mesma base principiológica, é possível que, respeitados os limites legais e materiais aplicáveis ao caso, se utilize **subsidiariamente a teoria da onerosidade excessiva** aos casos em que seja aplicável a teoria da imprevisibilidade.

**II.2.2) QUESTÃO 02: existem precedentes/jurisprudência consolidada adequada à aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos públicos? A pandemia de covid-19 pode ser considerada como justa causa?**

---

<sup>12</sup> LISBOA, Roberto Senise. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: DINIZ, Maria Helena. **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 85.

### **II.2.2.a) Da análise constante do Parecer Jurídico da Ales.**

De forma pragmática, é preciso consignar que os Tribunais, em especial os Tribunais de Contas, ainda não julgaram e emitiram Acórdãos sobre a temática, de modo que não se vislumbra a consolidação de nenhum entendimento jurisprudencial a respeito do tema com enfoque na pandemia de Covid-19, em especial no Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, o TCE-ES, corte de contas na qual empenhamos maiores esforços e pesquisas.

Assim, em nosso sentir, a pandemia indubitavelmente assume e gera todas as condicionantes de aplicação da onerosidade excessiva aos contratos públicos, não só pelo destaque que foi feito à lei 8.666/93 nas linhas anteriores, mas, principalmente, pela disciplina contratual trazida pelo Código Civil de 2002.

Perfilhando-me à linha metodológica desenvolvida no trabalho técnico, passo a analisar separadamente as indagações constantes do segundo questionamento formulado pela Ales.

#### **- A pandemia de covid-19 pode ser considerada como justa causa?**

A área técnica pontua, de modo muito acertado que, ao se analisar as circunstâncias fáticas gerais aplicadas aos contratos de transporte escolar de escolas públicas, nota-se que, muito dificilmente, havia condições de se versar sobre a situação atual de pandemia.

Caso os contratantes soubessem da situação de pandemia e dos efeitos negativos sentidos no contrato no momento da celebração do instrumento, dificilmente teria se assinado o contrato com base em quilômetros rodados. Isso porque a metodologia utilizada, aplicada à atual situação, demonstra ser incapaz de promover uma divisão equânime dos riscos e ônus do contrato.

Fato é que as circunstâncias oriundas da pandemia provocada pelo novo Coronavírus determinaram desequilíbrio contratual com encargos excessivos aos particulares que assumiram inteiramente o risco contratual, de modo a desequilibrar a relação entre particulares prestadores de transporte escolar e os entes estatais.

Assim, destaca patente que estão presentes as circunstâncias definidas por Leões para identificar situações de aplicação de **teoria de imprevisibilidade** e da **teoria da onerosidade excessiva**, as quais seguem transcritas:

- a) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento de execução, em confronto com o ambiente objetivo na celebração,
- b) agravamento excessivo para um dos contratantes e benefício exagerado para outro, e
- c) imprevisibilidade daquelas modificações.

Para Nelson Rosenvald, ambas as teorias, nascem da necessidade de "atender ao princípio da justiça contratual, que impõe o equilíbrio das prestações nos contratos comutativos, a fim de que os benefícios de cada contratante sejam proporcionais aos seus sacrifícios".

Com o advento da pandemia da COVID-19, a aplicação da teoria da imprevisão em contratos públicos ganha relevo, a exemplo do constante no Parecer nº 261/2020/CONJURMINFRA/CGU/AGU da Advocacia Geral da União (AGU)<sup>13</sup>, no âmbito da Consultoria Jurídica do Ministério da Infraestrutura, no qual restou definido que a "pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza "álea extraordinária", capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão".

A AGU posiciona-se no sentido de que a "Teoria da Imprevisão, prevista no art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666/1993, veicula repartição de risco, *ex lege*, pela materialização de evento extracontratual", tal qual exposto Freitas em recente artigo sobre o tema<sup>14</sup>.

Nesse contexto, vislumbro que, embora **não haja previsão expressa da onerosidade excessiva na Lei nº 8666/1993, há previsão específica da teoria da imprevisão** a ser aplicada no presente caso a fim de promover o restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato, o que se fundamenta nos

<sup>13</sup> BRASIL. Advocacia Geral da União, AGU. **Parecer nº 261/2020/CONJURMINFRA/CGU/AGU**. Disponível em: <<https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em 4 dez 2020.

<sup>14</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. Incompletude em contratos de concessão: ainda a Teoria da Imprevisão? **Revista de Contratos Públicos** – RCP | Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 151-188, mar./ago. 2020. P. 153.

princípios de moralidade, igualdade e probidade previstos no artigo 3º, tal como nas disposições do artigo 65 da Lei de Licitações:

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

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

(...)

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 conseqüências 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.

(...)

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

(...)

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

(...)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo,

podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

Desta forma, entendo que, em que pese a aplicação da teoria da imprevisibilidade ser mais adequada do que a teoria onerosidade excessiva, *in casu*, considerando que ambas as teorias se sustentam em princípios comuns que norteiam tanto os contratos públicos como os contratos privados, a **teoria onerosidade excessiva pode ser aplicada subsidiariamente aos contratos administrativos firmados com o ente público, desde que respeite as particularidades legais aplicadas às contratações públicas, à teoria da imprevisão e ao Direito Público.**

Assim, encampando o entendimento técnico, apreendo que a Pandemia da COVID-19 é um fato superveniente à celebração do contrato e que acomete toda a população mundial. Trata-se de acontecimento imprevisível, de caráter extraordinário, porque implicou mudanças fáticas à realidade, de forma a gerar situação extraordinária, muito diferente da normalidade, que é a paralisação das aulas nas escolas públicas e, conseqüentemente, do transporte público de escolares.

As mudanças das circunstâncias fáticas provocadas pela Pandemia da COVID-19 determinaram que os riscos da paralisação fossem suportados de maneira mais onerosa para os particulares que devem manter-se a postos e com os veículos prontos para trabalhar e pagar todos os custos para que essa prestação possa ocorrer, entretanto, não recebem do ente estatal ajuda para manter seus custos mínimos para essa disposição. Em outras palavras, verifica-se que há um desequilíbrio contratual no qual os riscos, ônus e benefícios estão sendo suportados de forma desigual gerando a necessidade de aplicação da teoria da imprevisibilidade para dar justiça a tais negócios jurídicos.

Nesse diapasão, respondendo à consulta quanto a esse ponto, concluo que a **Pandemia da COVID-19, pode ser considerada uma possível justa causa para a aplicação do princípio da imprevisibilidade, e, subsidiariamente, quando adequado, da teoria da onerosidade excessiva.**



Passo a análise relativa a segunda parte do segundo questionamento: ***Existem precedentes/jurisprudência consolidada adequados à aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos públicos?***

Nos termos do Estudo Técnico de Jurisprudência 38/2020-3, não há nesta Corte um precedente ou jurisprudência consolidada sobre a teoria da onerosidade excessiva nos contratos públicos

Ante a completude da peça conclusiva elaborada pela área técnica, entendo dispensável maiores esclarecimentos sobre esta parte da Consulta, razão pela qual, acompanho na sua integralidade. A saber:

Antes de mais nada, tendo em vista o arcabouço fático, informa-se que a presente análise não abrange diferenciações entre contratos administrativos regidos pela Lei 8666/1993 e aqueles regidos pela Lei de Concessões Públicas.

O Agravo Regimental no Resp 716702 RS 2005/0004864-8, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, traz considerações sobre a aplicação da teoria da onerosidade excessiva em **contratos privados** para garantir equidade entre os contratantes, nesse sentido, confere-se:

[AGRAVO REGIMENTAL](#) NO RECURSO ESPECIAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. JUROS REMUNERATÓRIOS. ONEROSIDADE EXCESSIVA. REVISÃO. DIVISÃO EQUITATIVA.

1. A jurisprudência desta Corte é de que os juros remuneratórios cobrados pelas instituições financeiras não sofrem a limitação imposta pelo Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura), a teor do disposto na Súmula nº 596/STF. 2. Consoante jurisprudência desta Corte, a desvalorização súbita da moeda brasileira ocorrida em janeiro de 1999 configura onerosidade excessiva a afetar a capacidade de o consumidor adimplir suas obrigações contratuais, **mas, diante da previsibilidade de modificação da política cambial, a significativa valorização do dólar norte-americano deve ser suportada por ambos os contratantes de forma equitativa. Precedentes**. 3. Agravo regimental não provido” (STJ - AgRg no REsp: 716702 RS 2005/0004864-8, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS

CUEVA, Data de Julgamento: 13/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2014).

Cumpra salientar, contudo, que, como demonstrado, a teoria que melhor se encaixa ao caso é a da imprevisibilidade e não a da onerosidade excessiva (embora isso não pareça claro em algumas bibliografias). Sobre a teoria da imprevisibilidade há diversos julgados que podem ser citados seguindo a mesma linha constitucional de raciocínio.

Pois, numa visão macro, sabe-se que além da previsão na lei de licitações, a revisão contratual diante de situações imprevistas se ampara em fundamentos constitucionais os quais são aplicados à equação econômico-financeira dos contratos<sup>15</sup>: (i) a proteção ao interesse público; (ii) a isonomia; e (iii) a proteção à propriedade privada e a próprio segurança jurídica (iv). Nesse sentido, sustenta Justen Filho<sup>16</sup>:

Rigorosamente, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é um princípio regulador do contrato administrativo. Não é nem direito nem dever de cada parte, mas uma característica do contrato. Pode-se aludir ao direito da parte à recomposição da equação econômico-financeira, sempre que se produzir sua quebra por evento que preencha certos requisitos.

Com base na essência da norma, afirma-se que, a aplicação da teoria da imprevisibilidade apoia-se em disposições constitucionais, tal qual se confere no Recurso Extraordinário 571.969- DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgado em 12/03/2014 pelo Plenário do STF, cujo trecho segue abaixo copiado:

4. Responsabilidade da União em indenizar prejuízos sofridos pela concessionária de serviço público, decorrentes de política econômica implementada pelo Governo, comprovados nos termos do acórdão recorrido. Precedentes: RE 183.180, Relator o Ministro Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 1.8.1997.

5. A estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é expressão jurídica do princípio da segurança jurídica, pelo qual se busca conferir estabilidade àquele ajuste, inerente ao contrato de concessão, no qual se garante à concessionária viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes licitados. 6.

A manutenção da qualidade na prestação dos serviços concedidos (exploração de transporte aéreo) impõe a adoção de medidas garantidoras

---

<sup>15</sup> No mesmo sentido, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão: Aspectos Pontuais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 7, ago/set/out de 2006.

<sup>16</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 392-394.

do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, seja pela repactuação, reajuste, revisão ou indenização dos prejuízos.

Na mesma esteira segue o STJ, consoante se confere no trecho do Voto do Relator Napoleão Nunes Maia Filho, apresentado no Recurso Especial nº 1.248.237 – DF, julgado em 18/09/2014:

4. A manutenção da equação financeira original do contrato de concessão é mais que uma orientação doutrinária vitoriosa, com respaldo jurisprudencial; na verdade, constitui princípio erigido sob a égide constitucional desde a Carta de 1969, no art. 167, II, hoje repetido na Constituição Cidadã de 1988, no art. 37, XXI. À época da relação contratual sob exame a legislação infraconstitucional, do mesmo modo, referendava a adoção do aludido princípio, consoante depreende-se do teor do art. 55, II, d do Decreto-Lei 2.300/86 e dos arts. 57, §§ 1o. e 2o. e 58 da Lei 8.666/93.

5. A garantia de estabilidade da relação jurídico-administrativa contratada entre Poder Concedente e a Concessionária é expressão clara do princípio da segurança jurídica, assegurando àqueles que assumem a execução de um serviço de interesse público a preservação das circunstâncias e expectativas que levaram à assunção do contrato.

Em que pese a existência de diversos julgados que se aproximam do tema, não é possível afirmar que há um precedente judicial plenamente moldável ao caso que tenha sobre a situação dos autos efeitos vinculantes.

Perante todo o exposto, **há precedentes que demonstram a necessidade de se aplicar a teoria da imprevisibilidade** para readequar contratos públicos, **de maneira excepcional**, quando diante de situações imprevisíveis, extraordinárias, não subjetivas, promovidas por circunstâncias alheias ao contrato, a fim de preservar e reequilibrar os contratos públicos. **Contudo, a aferição da aplicabilidade ou não deste reenquadramento deve ser feita de modo excepcional e caso a caso, sem que exista uma definição estanque de sua aplicação na jurisprudência aplicada ao caso.**

Perante exposto pela equipe técnica, há precedentes que demonstram a necessidade de se aplicar a teoria da imprevisibilidade para readequar contratos públicos (em geral), de maneira excepcional, quando diante de situações imprevisíveis, extraordinárias, não subjetivas, promovidas por circunstâncias alheias ao contrato, a fim de preservar e reequilibrar os contratos públicos.

Desta feita, como demonstrado, não é possível afirmar que há um precedente judicial plenamente moldável ao caso que tenha sobre a situação dos autos efeitos vinculantes. Dada a situação absolutamente inusitada, trazida pela Covid-19, que afeta todas as relações jurídicas, inclusive no âmbito internacional, não se deve simplesmente aplicar aos casos de desequilíbrio contratual as soluções, legalmente previstas, para tempos de normalidade. Não existe uma única solução, estanke, é preciso buscar as soluções mais adequadas às peculiaridades de cada caso. Há, portanto, uma jurisprudência sendo construída.

**III.3) Questão 03: *Quanto aos contratos de transporte, sobretudo o de transporte escolar, existe a possibilidade de pagamento de custos fixos, considerando a disponibilidade e exclusividade dos veículos para esse fim? se sim, como fica a questão do critério de pagamento ser estabelecido por quilômetro rodado, já que as aulas presenciais estão suspensas desde março de 2020, sem que haja efetivamente os atos de transporte?***

Preliminarmente, antes de adentrarmos à análise do questionamento propriamente dito, reputo importante tecer algumas considerações acerca do tema “Transporte Escolar” para melhor compreender o contexto jurídico e legal em que se dá a contratação do referido serviço, bem como as fontes de recursos que o custeiam, a fim de exercer o papel de orientar desta Corte de Contas, reforçando meu entendimento acerca da matéria.

## **1. TRANSPORTE ESCOLAR**

### **Considerações gerais:**

O Transporte Escolar é um dos componentes que influi na qualidade da educação. Isso porque é um instrumento de democratização de oportunidades educacionais e de garantia do direito constitucional ao acesso à escola e de permanência no processo de escolarização dos alunos residentes em áreas rurais desprovidas de unidades escolares em sua região.

Conforme dados extraídos do sítio eletrônico da SEDU, atualmente, para atender os alunos estaduais com transporte escolar, a Secretaria possui parceria **com 70 Prefeituras Municipais** por meio do **PETE/ES** e também realiza contratação de serviços para atendimento aos alunos da rede estadual dos municípios de Cariacica, Barra de São Francisco, Guarapari, Serra, Viana e São Mateus, que dependem de transporte escolar para acesso às unidades escolares mais próximas de suas residências.

## **2. O TRANSPORTE ESCOLAR NA LEGISLAÇÃO VIGENTE**

### **2.1 Constituição Federal**

A Carta Constitucional de 1988 assegura ao aluno da escola pública o direito ao transporte escolar como forma de facilitar o acesso à educação.

Seu art. 208 prescreve que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, **transporte**, alimentação e assistência à saúde. *In verbis*

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

### **2.2 Legislação Infraconstitucional Federal**

#### **2.2.1 Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)**

A Lei nº 9.394/1996 (LDB) determina a competência dos estados e dos municípios em garantir o transporte para os alunos de suas respectivas redes de ensino:

**Art. 10.** Os **Estados** incumbir-se-ão de:

(...)

VII - assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual.

**Art. 11.** Os **municípios** incumbir-se-ão de:

(...)

VI - assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal

Nesse cenário, pertine registrar que em 2003 foi editada Lei nº 10.709/2003 que alterou a LDB, no que tange o transporte escolar (art. 10 e 11). Tal normativo ganha relevo ao estatuir a **obrigatoriedade de estabelecer colaboração entre os estados e municípios** como forma de prestar um atendimento de qualidade a todos os alunos que necessitam do transporte para ter garantido o seu direito à educação. Vejamos:

**Art. 3º** Cabe aos Estados **articular-se** com os respectivos Municípios, para prover o disposto nesta Lei da forma que melhor atenda aos interesses dos alunos.

### **2.2.3 Lei nº 10.880, de 9 de junho de 2004 - Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar – PNATE**

A Lei nº 10.880/2004 instituiu o Programa Nacional de Apoio ao Transporte do Escolar – **PNATE**, com o objetivo de **oferecer transporte escolar** aos alunos da educação básica pública, residentes em área rural, por meio de **assistência financeira, em caráter suplementar**, aos **Estados**, ao Distrito Federal e aos **Municípios**, com vistas a melhorar as condições de acesso à educação.

Nos termos da referida Lei, a forma de cálculo, o valor a ser repassado aos entes, a periodicidade dos repasses, bem como as orientações e instruções necessárias à execução do PNATE, são divulgados, a cada exercício financeiro, pelo Conselho Deliberativo do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), vinculado ao Ministério da Educação.

Os recursos financeiros a serem repassados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de são calculados com base nos dados oficiais do **censo escolar**, realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, relativo ao ano imediatamente anterior ao do atendimento.

O montante dos recursos financeiros a ser repassado aos entes é calculado com base no **número de alunos da educação básica pública residentes em área rural** que utilizem transporte escolar.

Nos termos da Resolução/CD/FNDE/MEC nº 5, de 28 de maio de 2015 os recursos financeiros do PNATE podem custear despesas com manutenção, seguros, licenciamento, impostos e taxas, pneus, câmaras, serviços de mecânica em freio, suspensão, câmbio, motor, elétrica e funilaria, recuperação de assentos, combustível e lubrificantes do veículo ou, no que couber, da embarcação utilizada para o transporte de alunos da educação básica pública residentes em área rural. Serve, também, para o pagamento de serviços contratados junto a terceiros para o transporte escolar.

## **2.2 Legislação Infraconstitucional Estadual**

No âmbito estadual em 2013 foi editada a Lei nº 9.999/2013 que instituiu o **Programa Estadual do Transporte Escolar no Estado do Espírito Santo – PETE/ES**.

O PETE/ES tem por objetivo a transferência de recursos financeiros diretamente aos municípios que realizam, nas suas respectivas áreas de circunscrição, o transporte escolar de alunos de ensino fundamental, de ensino médio e da educação de jovens e adultos da **rede pública estadual**, residentes em área rural, a uma distância igual ou superior a **03 (três) quilômetros** da escola o da linha tronco, salvo situações em que for identificado risco de vida e áreas de vulnerabilidade.

O Programa permite, excepcionalmente, a transferência de recursos referentes a roteiros praticados pelos municípios para o transporte de alunos de sua rede de ensino, desde que observada disponibilidade orçamentária.

Nos termos do art. 3º do precitado diploma legal, o valor dos recursos do PETE/ES, a ser repassado a cada município, terá como parâmetros:

I - a área total do município;

II - o número de alunos matriculados no ensino fundamental, no ensino médio e na educação de jovens e adultos nas escolas estaduais, residentes em área rural, que utilizem transporte escolar, constantes nos dados oficiais do **Censo Escolar do INEP/MEC**, relativo ao ano imediatamente anterior ao do atendimento;

III - os gastos com despesas de custeio realizadas pela administração municipal para assumir a contratação e administração do transporte escolar da rede estadual, em relação à manutenção e operação dos serviços que serão regulamentados por Decreto;

IV - **características geográficas do município.**

Para fazer jus ao recebimento de tais recursos, os municípios precisam aderir ao Programa. Uma vez habilitado, o estado operacionalizada a transferências dos recursos para cada município de forma descentralizada e automática em **03 (três) parcelas anuais**, disponibilizadas em conta corrente específica do Banco Banestes

A transferência de recursos financeiros do PETE/ES ocorre de forma descentralizada e automática para os municípios integrantes do Programa e são creditados, mantidos e geridos em contas correntes específicas, abertas pelo município, no Banco Oficial do Estado – Banestes, devendo ser aplicados em caderneta de poupança, quando seu uso for igual ou superior a um mês, em fundo de aplicação financeira de curto prazo, ou em operação de mercado aberto, lastreada em títulos da dívida pública federal, se a utilização ocorrer em prazo inferior a um mês.

Os valores apurados são transferidos diretamente aos municípios, com base no **plano de aplicação a ser apresentado pela Prefeitura Municipal, de acordo com as rotas, a quilometragens e o número de alunos a serem atendidos.**



Os recursos oriundos do PETE/Es podem ser utilizados para pagamento de despesas com manutenção dos veículos de frota própria e de serviços contratados junto a terceiros.

**Nesse cenário e em se tratando da estimativa de custos com transporte escolar rural, a Secretaria Estadual de Educação (SEDU), emitiu o Parecer nº 01/2016<sup>17</sup> – TRANSCOLAR – ES estabelecendo a metodologia a ser aplicada para tanto.** Os estudos foram elaborados pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

Entendo importante à baila as orientações prescritas pelo órgão estatal que operacionaliza a transferência de recursos aos municípios no âmbito do PETE/ES. Vejamos os principais aspectos metodológicos:

Em síntese, consta do Parecer que a representação do modelo de engenharia, com o qual se desenvolveu a planilha do transporte escolar rural do Estado do Espírito Santo é:

$$CT = CF + CV$$

Onde:

CT = Custo total

CF = Custo fixo

CV = Custo variável

Os **custos fixos** são representados pelos itens: pessoal; remuneração de capital; depreciação; seguros; impostos e outros encargos

Os **custos variáveis** são representados por: combustível; lubrificantes; rodagem peças e acessórios (manutenção)

Estes itens de consumo são apropriados na função de custo de forma a se identificar alguma unidade com a qual se possa medir o custo de serviço. Neste caso, a

---

<sup>17</sup> Disponível em: <https://sedu.es.gov.br/transporte-escolar-pete>

unidade escolhida foi a do custo por km, a qual pode ser derivada em outros custos agregados, importantes para a gestão do serviço.

Nas definições para **custo de transporte por km**, o **custo total por viagem** é composto por duas parcelas, uma referente ao **Custo Variável** e outra ao **Custo Fixo**, que são apropriados de forma distinta.

O **Custo Variável** reflete o gasto com o consumo dos itens referentes a combustível, lubrificantes, pneus e peças e acessórios e é representado em **R\$/km** e influenciado pelos tipos de veículos que compõem a frota e pelo tipo de pavimento das vias.

O **Custo Fixo** é relacionado às despesas mensais com pessoal, despesas administrativas, depreciação e remuneração do capital, sendo representado em R\$/mês. Essas despesas são influenciadas pelo tipo e pela idade dos veículos e pela estrutura da empresa operadora.

A partir de tal metodologia de cálculo, a SEDU publica, periodicamente, normativo estabelecendo o valor referência do quilômetro rodado por um veículo.

Vale, contudo, observar que, conforme precedentes desta Corte<sup>18</sup>, os preços referenciais fixados pela SEDU, devemos reconhecer que partem de referenciais básicos. Todo o incremento que o município quiser fazer, que entender viável para melhorar a qualidade do transporte escolar, deve e pode fazer com recursos próprios.

### 3. DO REGIME DE COLABORAÇÃO

Considerando obrigatoriedade de estabelecer **colaboração** e/ou **articulação** entre os estados e municípios para prover o acesso ao **transporte aos alunos estabelecido na Lei Federal nº 10.709/2003**, oportuno reiterar meu posicionamento

---

<sup>18</sup> Acórdão 00309/2019 – Plenário - Processo TC 9598/2016  
Acórdão TC 295/2013 – Plenário - processo TC 1145/2009 - PM de Guarapari;  
Acórdão TC 285/2016 – 1ª Câmara - processo TC 6218/2012 – PM de Rio Bananal;  
Acórdão TC 1233/2017 – 2ª Câmara – processo TC 7437/2012 – PM de Jaguaré.

acerca da importância da gestão colaborativa entre os entes responsáveis pela oferta da educação.

**Assim como já assentado nos autos do TC 3330/2019, TC 1405/2020 e TC 6767/2016 entendo que o legislador estabeleceu na colaboração a forma de planejar e organizar o sistema educacional brasileiro.**

Explico. O legislador constituinte disciplinou que a Educação Brasileira deve ser organizada em **regime de colaboração** entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nos termos do art. 211<sup>19</sup> da Carta Constitucional. Além disso, definiu a divisão de competências quanto a oferta de ensino de cada unidade federativa, delegando aos Municípios a responsabilidade, prioritariamente, pela Educação Infantil e Ensino Fundamental e aos Estados e o Distrito Federal, pelo Ensino Fundamental e Médio.

Nesse sentido, seja por interpretação do artigo 205 da CF, que aponta para a necessidade de se trabalhar de **forma colaborativa** com a sociedade na oferta da educação – **dever do estado e da família**, seja por força do art. 211, tem-se no **regime colaborativo uma premissa para a oferta dos serviços educacionais**.

No âmbito infraconstitucional, em consonância com a Carta Magna, a Lei Federal nº 9.394/1996 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (**LDB**), também estabelece o regime de **colaboração** como instrumento a ser utilizado na organização dos **sistemas educacionais dos entes federados**.

O art. 8º da LDB preceitua que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em **regime de colaboração**, os respectivos sistemas de

---

<sup>19</sup> Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996](#))

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996](#))

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996](#))

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

§ 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular.

ensino. Seus parágrafos 1º e 2º, cabendo a União a coordenação da política nacional de educação e aos sistemas de ensino a liberdade de organização nos termos da LDB. Já os artigos 9º, 10 e 11 definem a incumbência de cada ente da federação no campo educacional.

Nessa mesma linha também se coloca o **Plano Nacional de Educação (PNE)** - Lei Federal nº 13.005/2014 -, artigo 7º<sup>20</sup>, ao ressaltar a importância de promover o **regime de colaboração como estratégia para o alcance das metas educacionais até 2024.**

Para além das disposições legais, buscando conceituações para melhor compreender o regime de colaboração, verifico que a legislação guarda certa imprecisão. A Constituição apresenta a expressão “**normas de cooperação**”, no parágrafo único do artigo 23; “**regime de colaboração**”, quando trata da organização dos sistemas de ensino (art. 211) e ainda; “**formas de colaboração**”, no artigo 211, § 4º. Todavia, em que pese tais “impropriedades” técnicas, fato é que o legislador estabeleceu na **colaboração a forma de planejar e organizar o sistema educacional brasileiro**

Há de se registrar, ainda, que no espectro da oferta de serviços de transportes aos alunos, determina que os estados e municípios atuem de maneira **articulada**, para melhor atender aos interesses dos alunos de suas redes.

Nesse contexto, o termo **regime de colaboração** pode ser entendido como a terminologia utilizada para o trabalho articulado, coordenado e institucionalizado entre entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios) para garantir o

---

<sup>20</sup> **Art. 7º** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios atuarão em regime de colaboração, visando ao alcance das metas e à implementação das estratégias objeto deste Plano.

§ 1º Caberá aos gestores federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal a adoção das medidas governamentais necessárias ao alcance das metas previstas neste PNE.

§ 2º As estratégias definidas no Anexo desta Lei não elidem a adoção de medidas adicionais em âmbito local ou de instrumentos jurídicos que formalizem a cooperação entre os entes federados, podendo ser complementadas por mecanismos nacionais e locais de coordenação e colaboração recíproca.

§ 3º Os sistemas de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios criarão mecanismos para o acompanhamento local da consecução das metas deste PNE e dos planos previstos no art. 8º.

§ 4º Haverá regime de colaboração específico para a implementação de modalidades de educação escolar que necessitem considerar territórios étnico-educacionais e a utilização de estratégias que levem em conta as identidades e especificidades socioculturais e linguísticas de cada comunidade envolvida, assegurada a consulta prévia e informada a essa comunidade.

§ 5º Será criada uma instância permanente de negociação e cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

§ 6º O fortalecimento do regime de colaboração entre os Estados e respectivos Municípios incluirá a instituição de instâncias permanentes de negociação, cooperação e pactuação em cada Estado.

§ 7º O fortalecimento do regime de colaboração entre os Municípios dar-se-á, inclusive, mediante a adoção de arranjos de desenvolvimento da educação.

direito à Educação Básica. Com ele, as esferas de governo têm **responsabilidade conjunta pelos estudantes daquele território e não apenas por redes ou sistemas educacionais específicos**<sup>21</sup>.

E ainda, para Gilda Cardoso de Araújo <sup>22</sup> na colaboração federativa, as tomadas de decisões são conjuntas entre os entes com competências concorrentes e comuns, os quais definem atribuições e exercícios relativos às competências.

Nesse panorama, a partir de tais considerações preambulares apreendo que, para além da transferência de recursos financeiros para a contratação/fornecimento de transporte aos alunos das redes públicas, o planejamento e a gestão de tais serviços deve se dar de maneira colaborativa e articulada, com vistas à racionalização e otimização dos processos de contratação de serviços e por consequência, bem como a minimizar os riscos de se ter certames licitatórios fracassados/desertos.

Entendo, também, que o gestor deve monitorar permanentemente as demandas de transporte escolar, a partir de dados como georreferenciamento de todas as escolas, alunos e rotas, em que permitam visualizar o atendimento a cada região e o deslocamento de cada aluno até a escola, de acordo com o zoneamento praticado e com a respectiva quilometragem percorrida, avaliando se existem rotas alternativas que possam atender de forma mais eficiente aos alunos, com menores tempos de deslocamento e com redução de custos.

Nesse sentido, deve-se buscar a otimização das rotas e custos, minimizando o excesso de quilometragem improdutiva e o aproveitamento de veículos e/ou a fusão de rotas.

Desta forma, de acordo com cada caso concreto, entendo que os gestores que nos processos de contratações dos serviços de transporte escolar e quando da elaboração dos respectivos lotes, considerem, sempre que possível, a fusão de rotas mais vantajosas, com aquelas menos vantajosas, com vistas a promover um

---

<sup>21</sup> Disponível em <https://gestaoescolar.org.br/conteudo/2287/o-que-e-o-regime-de-colaboracao-e-como-ele-pode-beneficiar-a-educacao>. Acesso em 05/12/2019

<sup>22</sup> ARAUJO, Gilda Cardoso de. Direito à educação básica: a cooperação entre os entes federados. Revista Retratos da Escola, Brasília, v.4, n.7.p.231-243. Jul/dez. 2010. Disponível em < <http://www.esforce.org.br>>.

equilíbrio do ponto de vista financeiro para os contratantes, com o fito de racionalizar os certames licitatórios e, ainda, minimizar os riscos da ocorrência de licitações fracassadas e desertas, culminando na contratação direta de tais serviços.

É certo que a oferta do transporte escolar é um desafio. É direito constitucional do aluno e uma obrigação do Estado e seu cumprimento pressupõe segurança no atendimento, qualificação dos agentes envolvidos, controle social, grande volume de recursos e acessibilidade, particularmente às pessoas com deficiências e muitos outros aspectos.

Pois bem. A partir desse panorama e de melhor compreender as formas de repasses de recursos para as contratações dos serviços de transporte escolar, passo à análise do último questionamento da presente consulta, qual seja: ***quanto aos contratos de transporte, sobretudo o de transporte escolar, existe a possibilidade de pagamento de custos fixos, considerando a disponibilidade e exclusividade dos veículos para esse fim? se sim, como fica a questão do critério de pagamento ser estabelecido por quilômetro rodado, já que as aulas presenciais estão suspensas desde março de 2020, sem que haja efetivamente os atos de transporte?***

Seguindo as exigências legais, o órgão jurídico da Ales assim se manifestou sobre as dúvidas suscitadas pela Comissão de Cooperativismo:

Pelos subsídios trazidos pela consulta, bem como pela praxe contratual da terceirização dos serviços de transporte, especialmente o escolar, nos parece clarividente que o valor do quilômetro rodado remunera toda uma estrutura logística que fica à disposição da Administração Pública, para além da simples afirmação de ser remunerado o ato de transportar alunos do ponto "A" a ponto "B", ou seja, das áreas de embarque até às escolas.

Logo, se a Administração pública optasse por fornecer transporte escolar em recursos próprios, teria que custear estruturas fixas como pátios de estacionamento, equipe gestora do serviço, motoristas, combustíveis, oficinas, manutenções preventivas, troca de pneus, depreciação natural da frota, renovação da frota, entre outras diversas variáveis.

Portanto, quanto mais se aprofunda na reflexão, nos parece que parte do valor pago pelo quilômetro rodado, se presta a pagar pela disponibilidade do veículo, que usualmente não pode ser utilizado para outros fins, como o turismo aos finais de semana, por exemplo, bem como as estruturas citadas e veículos utilizados, não somente o motorista e monitores.

Muito embora o Estado Democrático de Direito inaugurado em 1988 esteja sendo testado em sede de imprevisão por pandemia global somente em 2020 e que discussões como essa só façam sentido quando nos deparamos com situações excepcionais, por mais que os gestores públicos não se atentem para o fato, por ausência de pertinência em situações de normalidade, isso não significa que o fato não existe e tampouco que o mesmo não seja plausível.

Conclusão: Portanto, vislumbra-se plausibilidade no fato de, apesar de ser o quilômetro rodado o critério de pagamento e, pelo impedimento causado pelo cancelamento das aulas presenciais, a não aferição de quilômetros rodados levou aos Administradores Públicos afirmarem não haver prestação de serviço, essa prestação de serviço, data venia e s.m.j., tem sido realizada desde o primeiro dia de paralisação, com a manutenção, por parte exclusiva dos particulares contratados por licitação, de toda a estrutura física e operacional que garantem o ato final de transportar, lembrando que a obrigação de transportar alunos da rede pública é do ente federado e não do particular contratado.

Isso desvela que, justamente pela natureza imprevisível da Pandemia de 2020, os contratos não assumiram critérios de pagamento que pudessem escalonar quanto por cento do valor do quilômetro rodado seria destinado ao pagamento de estruturas, depreciação, salários e as distâncias percorridas, mas isso não implica afirmar que nenhum serviço vem sendo realizado, o que nos parece ser uma ideia equivocada ante à aferição de realidade, que se impões como onerosidade excessiva aos contratos pactuados antes da pandemia.

***Passemos à apreciação da primeira parte do questionamento: quanto aos contratos de transporte, sobretudo o de transporte escolar, existe a possibilidade de pagamento de custos fixos, considerando a disponibilidade e exclusividade dos veículos para esse fim?***

É sabido que nas contratações de transporte escolar o Poder Público terceiriza ao particular (perante contraprestação) a obrigação constitucional de garantir acesso à educação, ao fornecer o transporte de escolares para a concretização de tal direito fundamental, previsto no artigo 6º da Carta Magna.

Assim, o contrato firmado entre a Administração e o particular é calcado na liberdade de contratar, no dever de cooperação, na boa fé objetiva e na responsabilidade contratual e jurídica de ambas as partes.

A responsabilidade contratual abrange a responsabilidade pelo risco contratual, que é inerente à natureza jurídica de todas as espécies de contrato. Mesmo que na fase pré-contratual, os contratantes tenham envidado todos os seus esforços para a programação de todas as estruturas necessárias da consecução do fim comum consistente no cumprimento de todas as obrigações contratuais e satisfação dos interesses de ambas as partes, ainda assim há riscos de eventos futuros e incertos.

José dos Santos Carvalho Filho nos ensina que quando as partes pactuam, implicitamente pretendem que seja mantido o **equilíbrio econômico-financeiro** do contrato. Desse modo, o efeito principal desse verdadeiro postulado contratual é o de propiciar às partes a oportunidade de restabelecer o equilíbrio toda vez que de alguma forma mais profunda for ele rompido ou, quando impossível o restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato.

Nesse sentido, a **equação econômico-financeira** do contrato é a relação de **adequação entre o objeto e o preço**, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. Pág. 267



Pois bem. Nesse panorama e como assentado no bloco anterior, ao analisarmos a metodologia referencial aplicada pela Sedu, verificamos que a composição do cálculo dos valores para contratação do transporte escolar, de fato, pressupõe os custos fixos como suscitado pelo consulente.

Porém, em linha com a equipe técnica, apreendo que, no contexto da **Pandemia** da COVID-19, o risco contratual subjacente ao programa contratual dos contratos de transporte firmados, **foi além das previsões contratuais que mediam a contraprestação por quilômetro rodado. Dessa forma, a paralisação dos serviços demonstrou que ter a contraprestação por quilometro rodado como única e exclusiva forma de contraprestação, não demonstra ser uma alternativa equânime em tempos de pandemia.**

É sabido que a terceirização não é capaz de retirar do ente público sua total responsabilidade não só no bojo de contratos administrativos, mas também na terceirização de mão de obra e na delegação administrativa de competência. Numa questão de lógica e harmonia, em nenhum dos casos citados é possível que o Poder Público se esquive inteiramente de suas responsabilidades.

Desta forma, pelo próprio dever de cooperação, de agir com boa fé objetiva e firmado na responsabilidade contratual e na responsabilidade jurídica, o ente público não pode se esquivar de reequilibrar o contrato e assumir suas responsabilidades frente ao caso.

*In casu*, pelas razões jurídicas já delineadas neste voto, entendo que deve ser adotada a **teoria da imprevisibilidade**, de forma a se utilizar das previsões legais e constitucionais para promover ações que reequilibrem os contratos firmados, redistribuindo os ônus e riscos de maneira equânime, ou, se for o caso, que se adotem a resolução contratual e eventual divisão de perdas entre as partes.

Acerca do objeto do contrato em si, impende ainda destacar que o transporte escolar é um instrumento, é uma ferramenta, é uma atividade meio, utilizado para alcançar o objetivo de acesso à educação. Esta é a principal finalidade deste serviço público ofertado – garantir ao aluno o acesso à educação.

**Nessa linha intelectual e considerando o contexto da pandemia a que todos nós fomos impelidos, as formas de ensinar precisaram se adequar às necessidades atuais. Aulas remotas vem sendo desenvolvidas e atividades impressas disponibilizadas para os alunos a fazerem em suas residências.**

Aqui cabe uma reflexão. Como fica situação dos educandos que dependiam exclusivamente do transporte escolar para ter acesso ao ensino aprendizagem? Sabemos que a realidade das zonas rurais é mais deficitária, em termos de fornecimento de internet quando comparadas aos centros urbanos, evidenciando, de plano, uma desigualdade nas condições de oferta da educação. Então, além desse prejuízo, esses alunos – frise-se, que dependem do transporte escolar fornecido pelo poder público para terem acesso à escola – têm conseguido retirar suas atividades nas unidades escolares? Acredito que certamente a resposta será não.

**Nesse contexto e considerando que o contrato transporte escolar consiste em uma obrigação se traduz num *facere* para se garantir o acesso à educação e a permanência dos alunos no processo de ensino aprendizagem, entendo pela possibilidade de se promover alteração contratual para contemplar, durante o período da pandemia em que as aulas presenciais estiverem suspensas, a autorização de readequação desses serviços contratados, permitindo que sejam utilizados para a retirada das atividades nas escolas e entrega das mesmas nos pontos das rotas preestabelecidas nos contratos, contribuindo, assim, para o acesso e permanência dos alunos ao processo de ensino aprendizagem.**

No que se referem aos pagamentos, nesta hipótese, manter-se-ia nos os valores nos mesmos moldes avençados nos respectivos contratos.

Ainda nessa senda, face à excepcionalidade e imprevisibilidade ocasionada pela pandemia que, de fato, subverteu a equação econômico-financeira dos contratos, entendo que todas as partes envolvidas devem buscar um **consenso**, com o intuito na permanência da contratação administrativa, buscando uma solução dialogada

para os problemas gerados pelo vírus e suportados de diferentes formas por cada uma das partes interessadas.

Como já visto, é possível a recomposição acordada do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, nos termos do art. 65, inc. II, “d”<sup>24</sup>, tendo em vista que há nexos causal direto entre o fato gerador da suspensão das aulas presenciais por decorrência da pandemia, com a suspensão da execução dos contratos de transporte escolar e a consequente não contraprestação pecuniária pela administração.

Porém, há que se registrar que, como muito bem ressaltado pelo douto *parquet* de Contas, que nos casos de suspensão ou revisão dos contratos, é possível realizar o pagamento parcial de despesas fixas do contrato, após prévia análise individualizada dos itens e custos mediante comprovação periódica, e limitado ao essencial para preservação da avença, no interesse da Administração.

Não existe uma resposta única para todos os casos, a não ser aquela de que deve ser realizada uma análise criteriosa de cada instrumento contratual. As partes devem transigir em acordo para versar sobre as circunstâncias imprevisíveis impostas em cada caso, conforme autorizado pelo art. 65, II, d, do Estatuto dos Contratos e Licitações Públicas. Ressalvando-se, contudo, para os casos em que gestor do contrato entender que a preservação do contrato é de interesse da Administração Pública, deve-se ter máxima cautela para não onerar demasiadamente o ente público e inverter a situação de desequilíbrio, especialmente neste momento em que há restrição de receitas.

**Passemos à parte final do terceiro questionamento: *se sim, como fica a questão do critério de pagamento ser estabelecido por quilômetro rodado, já que as aulas presenciais estão suspensas desde março de 2020, sem que haja efetivamente os atos de transporte?***

---

<sup>24</sup> 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.

De plano, como assentado no item anterior, o critério deve ser visto por meio de consenso e acordo entre as partes envolvidas em cada relação contratual, visando a preservação do interesse público e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Cada acordo deve ser realizado, individualmente, a fim de que ou se reequilibre o contrato ou se promova a resolução contratual com a indenização, quando devida, a fim de que os ônus sejam divididos de maneira mais equânime entre as partes.

Convém registra que, à luz do princípio da **função social do contrato**, entende-se que deva ser privilegiado a manutenção do vínculo contratual. Este, encontra abrigo constitucional no princípio fundamental do valor social da livre iniciativa (art. 1.º, IV, da CF/1988) tendo em vista que o contrato tem importância para toda a sociedade, não se restringindo aos interesses das partes.

Ademais, como bem apontado pela equipe técnica, sempre que viável, deve-se priorizar as negociações que envolvam a real participação dos terceiros envolvidos na busca por soluções viáveis. A seguir colaciono os exemplos destacados pelo corpo técnico:

Embora tenha aplicabilidade restrita a hipóteses selecionadas, o PNATE prevê repasses para a manutenção de veículos, por exemplo.

Art. 13. Os recursos repassados à conta do PNATE destinar-se-ão a:

I - despesas de manutenção em veículos escolares rodoviários, de propriedade da EEx, devidamente licenciados pelo órgão de trânsito competente, tais como: reformas, seguros, licenciamento, impostos e taxas (do ano em curso), pneus, câmaras, peças, serviços de mecânica em freio, suspensão, câmbio, motor, elétrica, funilaria, recuperação de assentos, aquisição de combustíveis e lubrificantes, além de outras peças e serviços necessários para adequada manutenção dos veículos;

No **Distrito Federal**, estabeleceu-se um benefício específico para profissionais envolvidos com transporte público através do Programa Mobilidade Cidadã, por período limitado. Cerca de 1,8 mil donos de ônibus e

micro-ônibus ou outros veículos destinados ao transporte coletivo escolar e de turismo foram agraciados com o programa. Segundo o Governo do Distrito Federal, terão direito ao benefício aqueles que prestam serviços mediante concessão ou permissão do poder público e se encontravam devidamente cadastrado em 31 de janeiro de 2020<sup>25</sup>.

O **Governo do Paraná**, trouxe como opção uma linha de microcrédito voltada para os profissionais de transporte de passageiros, inclusive escolares, a fim de garantir acesso a crédito de maneira facilitada.<sup>26</sup>

O **TCE-MS** apontou o seguinte<sup>27</sup> a análise caso a caso dos contratos de maneira a observar se há cláusulas capazes de regular a situação atual de pandemia. O TCE-MS defende que a **Administração deva privilegiar a negociação individual baseada na composição de capacidades e interesses, de maneira a privilegiar o vínculo contratual e a solução colaborativa**. Estabeleceu a Corte que a contraprestação do ente estatal deve se limitar aos custos mínimos a serem verificados caso a caso.

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.

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

<sup>25</sup> DISTRITO FEDERAL. Secretaria de Transporte e Mobilidade. **Programa Mobilidade Cidadã**. Disponível em: <<http://semob.df.gov.br/27-07-2020-pagamento-programa-mobilidade-cidada/>>. Acesso em 10 dez 2020.

<sup>26</sup> PARANÁ. **Governo prepara linha de crédito para transporte de passageiros**. Disponível em: <<http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=108251&tit=Governo-prepara-linha-de-credito-para-transporte-de-passageiros>>. Acesso em 11 dez 2020.

<sup>27</sup> TCE-MS. **TCE-MS emite parecer sobre contratos de transporte escolar durante a pandemia**. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/noticias/detalhes/5881/tce-ms-emite-parecer-sobre-contratos-de-transporte-escolar-durante-a-pandemia>>. Acesso em 10 dez. 2020

do contratado e dos setores da Administração responsáveis pela execução e fiscalização contratual.

Já o **TCE-MG** recomenda para os contratos públicos de transporte escolar que a verificação das disposições contratuais seja analisada caso a caso para que se possa decidir sobre a continuidade ou não dos pagamentos, tendo em vista que os serviços não estão sendo prestados ou sua execução está total ou parcialmente prejudicada por fator alheio a ambas as partes (contratante e contratado)<sup>28</sup>.

A Corte mineira reforça que outros fatores devem ser observados a fim de não onerar demasiadamente o ente público e inverter a situação de desequilíbrio, sem resolvê-la:

É imperioso destacar que a Lei nº 14.020/2020 consolidou a vigência do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda – já idealizado no bojo da Medida Provisória nº 936/2020, dispondo sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública e de saúde emergencial. Para tanto, uma das medidas previstas na Lei é a suspensão temporária do contrato de trabalho, além do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário.

Ato contínuo, é essencial considerar, também, que a relação em vigor dos prestadores de transporte escolar com a Administração Pública é regulada pela Lei n. 8.666/1993. É certo que os contratos administrativos, regidos por normas de direito público, são amparados pelas cláusulas exorbitantes como prerrogativas da Administração Pública. No entanto, faz-se urgente, desde já, esclarecer que a flexibilidade do contrato administrativo é limitada pela imutabilidade da essência do objeto.

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina<sup>29</sup>, fornece orientações aos gestores públicos, no sentido de que as partes não sejam nem beneficiadas e nem prejudicadas em relação à outra:

Importante ter em mente que a situação não pode servir para benefício de alguma das partes, por exemplo, no caso da empresa contratada demitir ou dar licença não remunerada a sua força laboral e continuar auferindo os pagamentos do contrato vigentes. Neste tipo de circunstância estará havendo benefício com os recursos públicos com características de má-fé do contratado.

Por outro lado, depreende-se que o momento acarretará sequelas do ponto de vista econômico, que poderão, em algum momento, prejudicar o

<sup>28</sup> TCE-MG. **Orientações COVID-19 Coronavírus**. Disponível em: <<https://www.tce.mg.gov.br/covid/perguntas.asp>>. Acesso em 05 dez. 2020.

<sup>29</sup> TCE-SC APUD TCE-MG. **Orientações COVID-19 Coronavírus**. Disponível em: <<https://www.tce.mg.gov.br/covid/perguntas.asp>>. Acesso em 05 dez. 2020.

equilíbrio das contas públicas, uma vez que a arrecadação será reduzida, colocando em risco a solvência de pagamentos dos órgãos públicos. Sendo assim, a sugestão vai no sentido de buscar soluções que ajudem na sobrevivência tanto do ente público como das empresas que para ele prestam serviços e para o quadro de trabalhadores que dependem de seu trabalho para a subsistência.

Vale lembrar que as modificações recentes na legislação trabalhista possibilitam soluções alternativas, sendo que o mais importante é a sobrevivência que permita a retomada em momento posterior.

(...)sendo indicado que existam justificativas que fundamentem a motivação da decisão, amparadas na avaliação contratual e no equilíbrio das contas públicas.

Na mesma direção seguiu a orientação do **Tribunal de Contas do Paraná**<sup>30</sup>, o qual afirmou que os entes devem aferir os reflexos de suas decisões em termos financeiros e sociais, uma vez que há restrição de receitas, de um lado, e o aumento das demandas sociais, de outro.

Assim o TCE-PR, recomendou-se a busca de soluções que, simultaneamente, preservem a saúde financeira da entidade e a dignidade dos trabalhadores que dependem de seu trabalho para a subsistência, sempre adequadamente justificadas pelo administrador público.

O site do TCE-RS emitiu nota técnica em que desaconselha a suspensão dos contratos de transporte escolar, no momento de emissão da referida nota, “ressalvada a discricionariedade do gestor, diante das particularidades do caso concreto, além de recomendar o acompanhamento dos comandos, destacadamente aqueles emanados do Ministério da Educação”<sup>31</sup>.

A Corte sulista também considerou que é viável que o gestor municipal envie projeto de lei ao Legislativo, “prevendo, de maneira provisória e emergencial, a antecipação de valores de contratos de transporte escolar não executados em função da suspensão das aulas”<sup>32</sup>.

Cita-se inclusive que tramita no **Senado Federal o Projeto de Lei 4307/2020**, o qual tem como proposta a suspensão, enquanto durar o estado de calamidade pública causado pela covid-19, a exigência de quitação de débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais, vinculados aos veículos do transporte escolar e de turismo, para

<sup>30</sup> TCE-PR. **Info TCE-PR**. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/infotce-pr-coronavirus-perguntas-frequentes-licitacoes-e-contratos/327961/area/254>>. Acesso em 04 dez. 2020

<sup>31</sup> TCE-RS. **Nota técnica nº 02/2020**. <<https://atosoficiais.com.br/tcers/nota-tecnica-n-2-2020-transporte-escolar-suspensao-dos-servicos-em-razao-da-pandemia-de-covid-19-desaconselhamento-recomendacao-o-no-sentido-do-aguardo-dos-comandos-emanados-do-ministerio-da-educacao-edicao-de-lei-local-estabelecendo-de-maneira-provisoria-e-emergencial-a-viabilidade-de-antecipacao-de-pagamento-dos-contratos-de-transporte-escolar-durante-a-pandemia-possibilidade?origin=instituicao>>. Acesso em 06 dez 2020.

<sup>32</sup> TCE-RS. **TCE-RS orienta gestores sobre contratos terceirizados de transporte escolar**. Disponível em: <[http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador\\_de\\_conteudo/noticias/TCE-RS%20orienta%20gestores%20sobre%20contratos%20terceirizados%20de%20transporte%20escolar](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador_de_conteudo/noticias/TCE-RS%20orienta%20gestores%20sobre%20contratos%20terceirizados%20de%20transporte%20escolar)>. Acesso em 06 dez 2020.



renovação do licenciamento de que trata a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Na Assembleia Legislativa do **Mato Grosso do Sul** tramita o Projeto de Lei 141/2020 que prevê pagamento mínimo aos prestadores de transporte escolar durante a suspensão das aulas na pandemia<sup>33</sup>.

**Como visto, há muitas saídas para o problema apresentado, entretanto, no curso da tomada de decisão, devem ser analisadas as alternativas que são aplicáveis a cada caso e quais se mostram mais viáveis aos casos concretos (contratos), sempre observando as circunstâncias fáticas e jurídicas e privilegiando a participação colaborativa na construção da melhor solução e o acordo entre as partes, conforme disposto no inciso II do artigo 65 da Lei nº 8666/1993.**

#### **IV - CONCLUSÃO:**

Diante do exposto, acompanhando o entendimento da área técnica deste Tribunal e o posicionamento do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que este Plenário aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração de Vossas Excelências.

**RODRIGO COELHO DO CARMO**  
Conselheiro

#### **1. PARECER EM CONSULTA TC-12/2021 – PLENÁRIO**

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos, **RESOLVEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do **Plenário**, ante as razões expostas pelo Relator, em:

**1.1. Conhecer** da presente Consulta em relação aos questionamentos **1, 2 e 3** acima colacionados, em razão do preenchimento dos requisitos de admissibilidade;

**1.2. Não conhecer** presente Consulta em relação aos questionamentos **4 e 5** acima

<sup>33</sup> ALES-MS. **Projeto de lei prevê o pagamento mínimo nos contratos públicos de transporte escolar**. Disponível em: <<https://al.ms.gov.br/Noticias/98279/projeto-de-lei-preve-o-pagamento-minimo-nos-contratos-publicos-de-transporte-escolar>>. Acesso em 10 dez 2020. Ver também < <http://sgpl.consulta.al.ms.gov.br/sgpl-publico/#/linha-tempo?idProposicao=89960>>



colacionados em razão do não cumprimento de requisito de admissibilidade descrito no artigo 122, §1º, V da Lei Complementar Estadual 621, de 8 de março de 2012;

**1.3.** Quanto ao **mérito relativo aos questionamentos 1, 2 e 3, RESPONDÊ-LA** nos seguintes termos:

**1.3.1.** A Teoria da Onerosidade Excessiva, instituída pelos artigos 478 a 480 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, é aplicada como fonte subsidiária à teoria da imprevisão adotada pelo artigo no art. 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/1993. Isso porque, independentemente de a escolha pela teoria da imprevisão demonstrar ser a teoria mais adequada, como tais teorias têm a mesma base principiológica, é possível que, respeitados os limites legais e materiais aplicáveis ao caso, se utilize subsidiariamente a teoria da onerosidade excessiva aos casos em que seja aplicável a teoria da imprevisibilidade.

**1.3.2.** A Pandemia da COVID-19, pode ser considerada uma possível justa causa para a aplicação do princípio da imprevisibilidade, e, subsidiariamente, quando adequado, da teoria da onerosidade excessiva.

**1.3.3.** Há precedentes que demonstram a necessidade de se aplicar a teoria da imprevisibilidade para readequar contratos públicos, de maneira excepcional, quando diante de situações imprevisíveis, extraordinárias, não subjetivas, promovidas por circunstâncias alheias ao contrato, com o fim de preservar e reequilibrar os contratos públicos, conforme preconiza a Lei de Licitações. Contudo, a aferição da aplicabilidade ou não deste reenquadramento deve ser feita de modo excepcional e a aplicação deve ser feita caso a caso, sem que exista uma definição estanque de sua aplicação na jurisprudência aplicada ao caso.

**1.3.4.** Reconhece-se que, se de um lado ter como única forma de remuneração o critério do quilometro rodado não se mostra adequado para dividir os ônus no caso concreto, do outro, não se pode afirmar que o pagamento de custos fixos, considerando a disponibilidade e exclusividade dos veículos para esse fim, se mostra como a saída ideal para a presente questão. Assim, as partes devem formular acordo específico, conforme inciso II do artigo 65 da Lei 8666/199.

**1.3.5.** Ressalva-se, contudo, quando a preservação do contrato for de interesse da

Administração Pública, não se deve onerar demasiadamente o ente público e inverter a situação de desequilíbrio, especialmente neste momento em que há restrição de receitas.

**1.3.6.** O contrato de transporte escolar consiste em uma obrigação que se traduz num *facere* como meio de garantir o acesso à educação e a permanência dos alunos no processo de ensino aprendizagem. Desta forma, a partir do consenso e de uma construção colaborativa entre as partes é possível se promover adequações contratuais para contemplar, durante o período de excepcionalidade e imprevisibilidade da pandemia em que as aulas presenciais estiverem suspensas, que o transporte contratado seja utilizado para a retirada das atividades nas escolas e entrega das mesmas nos pontos das rotas preestabelecidas nos respectivos instrumentos, preservando a finalidade precípua das avenças, qual seja, garantir o direito constitucional à educação insculpido no art. 208 da Constituição Federal.

**1.3.7.** Destaca-se que, na análise de cada caso concreto, as partes deverão levar em consideração a realidade local examinar quais alternativas são aplicáveis e quais se mostram mais viáveis à cada situação avaliada, sempre observando as circunstâncias fáticas e jurídicas e privilegiando o acordo entre as partes, conforme disposto no inciso II do artigo 65 da Lei n° 8666/1993.

**1.4. Dar CIÊNCIA** ao consulente, na forma regimental;

**1.5. ENCAMINHAR** ao consulente cópia digitalizada do Parecer em Consulta firmado neste processo, bem como da ITC 01/2021 e do Parecer Ministerial 01783/2021;

**1.6. ARQUIVAR** os autos, após certificado o trânsito em julgado.

**2.** Unânime.

**3.** Data da Sessão: 13/05/2021 - 23ª Sessão Ordinária do Plenário

**4.** Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib

Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

**Presidente**

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

**Relator**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

**Procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário-geral das Sessões**