



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

*Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões*



PROCESSO n.º: 980.380
NATUREZA: Denúncia
DENUNCIANTE: Alexis José Ferreira de Freitas
DENUNCIADO: Autarquia Municipal de Trânsito e Transportes de Contagem – Transcon
EXERCÍCIO: 2016

1. Relatório

Tratam os autos de Denúncia formulada por Alexis José Ferreira de Freitas, Presidente do Instituto Teotônio Vilela à época, por meio da qual questiona a possível de prorrogação, por mais 10 anos, dos contratos administrativos de concessão do serviço de transporte coletivo público de passageiros n.º 84/2006 e 85/2006 do Município de Contagem.

Os autos foram distribuídos, em 02/05/2016, ao Conselheiro Mauri Torres, que determinou, conforme despacho de fl. 54, a intimação do Sr. Carlin Moura, prefeito municipal de Contagem à época, para que se manifestasse previamente sobre a denúncia.

Em cumprimento, foi protocolizada a documentação juntada às fls. 59/688 contendo manifestação e o processo administrativo correspondente ao certame.

Os autos foram remetidos à 3.ª Coordenadoria de Fiscalização de Municípios, que promoveu, às fls. 691/692, o exame inicial da denúncia, manifestando-se por sua **improcedência**.

Ato contínuo, seguiram os autos ao Ministério Público de Contas que, entendendo que a documentação apresentada pelo denunciado não era suficiente para afastar as possíveis irregularidades aventadas, opinou pela abertura de vista aos responsáveis para apresentação de esclarecimentos e dos seguintes documentos necessários à análise das seguintes **irregularidades atinentes à prorrogação dos contratos:**

- a) A frota deveria contar com veículos adaptados e acessíveis, nos moldes dos Anexos II e II do edital de Concorrência Pública nº 003/2006: Cláusulas 2.4.1, 2.4.1.1 e 5.21;
- b) Instalação de abrigos e bancos nos pontos de parada nos quantitativos e termos do Anexo IV do edital de Concorrência Pública nº 003/2006: Cláusulas 2.5.1.1, 2.5.1.2 e 5.27;
- c) Realização de melhorias viárias, no tocante às obras do Viaduto do Água Branca, conforme Anexo IV do edital de Concorrência Pública nº 003/2006: Cláusulas 2.5.2.1, 2.5.2.1.1 e 2.5.2.1.2;
- d) Promoção de pesquisa de opinião para apurar o nível de satisfação da população: Cláusulas 4.16 e 5.17.

O Ministério Público de Contas também requereu que os responsáveis se manifestassem sobre *a possível irregularidade atinente à extinção do cargo do cobrador, esclarecendo, com documentos comprobatórios, como os ônibus municipais estavam e estão sendo operados na vigência dos Contratos nº 084/2006 e 085/2006.*

Na oportunidade, o douto Parquet, considerando a informação sobre o ajuizamento de Ação Civil Pública nº 0164674-32.2011.8.13.0079 em face de irregularidades nos contratos de concessão nº 084/2006 e 085/2006, requereu que fosse oficiado o juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Município de Contagem, solicitando a emissão de certidão de interior teor dos autos da ação civil pública nº 0164674-32.2011.8.13.0079, a fim de que seja verificado se há conexão com o objeto abarcado na presente Denúncia.

Regularmente citados, consoante despacho de fls. 705, os responsáveis informaram que o Município optou por realizar novo procedimento licitatório para a concessão do serviço de transporte coletivo público de passageiros e apresentaram os esclarecimentos e documentação de fls. 737/1424, requerendo, em síntese, o arquivamento do feito em face da perda de objeto da denúncia.

Os autos foram encaminhados a esta Coordenadoria para análise, que se manifestou na análise de fls. 1446/1447, pelo **arquivamento** do feito, em face da **perda de objeto** da presente denúncia, por considerar que *com a deflagração de novo certame com o mesmo objeto dos contratos cuja prorrogação se impugna, não mais subsiste a*



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



situação fática que fundamentou a presente denúncia, cessando o requisito necessário ao desenvolvimento processual regular no âmbito deste Tribunal.

O Ministério Público apresentou parecer às fls. 1450/1450v também se manifestando pela **perda de objeto** da denúncia e opinando pela *prolação de acórdão sem resolução do mérito, com a conseqüente extinção do processo e arquivamento do feito.*

Contudo, o Conselheiro relator, considerando que o procedimento licitatório somente foi publicado após o fim da vigência dos contratos e que os contratos administrativos foram prorrogados excepcionalmente, concluiu que *o ato produziu efeitos no mundo jurídico, razão pela qual não é cabível falar em “perda superveniente de objeto”, sendo exigível a manifestação desta Corte acerca da regularidade dessas prorrogações.*

Desse modo, os autos retornaram a esta Coordenadoria para análise da documentação juntada, a fim de se verificar a regularidade das prorrogações efetivadas pela Municipalidade.

Em síntese, é o relatório.

2. Escopo

Importa registrar que os instrumentos contratuais nº 084/2006 e 085/2006 foram celebrados com prazo inicial de 10 (dez) anos, prorrogáveis por igual período, desde que mantidos os níveis de qualidade dos serviços prestados. Os instrumentos contratuais tinham o termo final de vigência previsto para 30 de setembro de 2016.

Em 26.09.2016, antes de efetivar a renovação da outorga, a Administração deu início ao procedimento administrativo para averiguar a regularidade da prestação dos serviços por parte da concessionária e conseqüente possibilidade de prorrogação do contrato de concessão (fls. 871).

Para tanto, foi realizada pela Transcon uma auditoria com o objetivo de apurar o adimplemento das concessionárias e avaliar os serviços prestados, que resultou no relatório de fls. 883/909, no qual se reconheceu que as concessionárias não adimpliram

todas as obrigações contratuais, e, portanto, **não fariam jus à prorrogação prevista no art. 18, § 2º da Lei Municipal nº 3.548/02.**

Em 18.04.2018, o Município de Contagem optou por promover nova licitação para efetuar a concessão do serviço de transporte coletivo público de passageiros, conforme demonstram os documentos de fls. 791/796. Destaca-se que esse procedimento licitatório foi objeto de análise por esta Corte, no bojo da denúncia nº 1.041.579, tendo sido posteriormente anulado pela municipalidade. Atualmente, o novo certame se encontra em andamento¹, tendo ocorrido, em 20/05/2019, a abertura das propostas. Esse processo licitatório foi autuado nesta Corte de Contas como Edital de Licitação nº 1.066.600, ainda sem decisão de mérito, mas já encaminhado à Secretaria do Pleno para inclusão em pauta².

Ocorre que, em 30.11.2016, o Presidente da Transcon, Sr. Rodrigo Geraldo Tomaz, diante da impossibilidade de efetivar a prorrogação prevista no art. 18, § 2º da Lei Municipal nº 3.548/02, e *considerando a necessidade de manutenção do serviço de transporte coletivo em razão da sua essencialidade*, publicou, a Portaria nº 037/2016, “prorrogando excepcionalmente” os contratos administrativos nº 084 e 085/2006.

Assim sendo, considerando que a renovação dos contratos de concessão por mais 10 anos, objeto de impugnação na Denúncia, não ocorreu, mas foi realizada uma “prorrogação excepcional”, nos termos da Portaria nº 037/2016 (fl. 878), a presente análise terá como foco avaliar a existência de irregularidades na prorrogação efetivamente realizada pelo município.

3. Análise

Prorrogação excepcional dos contratos de concessão, nos termos da Portaria nº 037/2016:

¹ Conforme informações disponibilizadas no site da prefeitura municipal de contagem/MG. Disponível em: <http://www.contagem.mg.gov.br/?se=licitacoes&licitacao=805182&breack-trava>. Acesso em: 08/10/2019.

² Conforme consulta realizada em 09/10/2019 no sistema de gestão e administração de processos – SGAP.

Registra-se, inicialmente, que, no âmbito das concessões de serviço público, a doutrina e jurisprudência reconhecem³ que existem figuras jurídicas diversas que recebem a denominação terminológica de “prorrogação”, mas que não se confundem, incluindo hipóteses que vão desde a renovação da outorga, diante da manutenção das condições de prestação adequada de serviços concedidos, até a sua utilização exclusivamente para o reequilíbrio econômico-financeiro de outorgas.

Para a presente análise importa, primeiramente, distinguir a prorrogação ordinária⁴ do contrato de concessão, que consiste na renovação da outorga da concessão, da dilatação excepcional do prazo de vigência contratual.

A propósito, oportuna é a transcrição da doutrina de Marçal Justem Filho⁵, que diferencia a **prorrogação-ampliação da prorrogação-renovação**, nos seguintes termos:

É necessário, nesse ponto promover um esclarecimento terminológico. Existem figuras jurídicas diversas, que acabam sendo confundidas em virtude da utilização indiferenciada da expressão "prorrogação do contrato". No rigor da técnica, **não se confundem as figuras da renovação e da prorrogação do prazo da outorga.**

[...]

A **prorrogação do termo final** de vigência significa a alteração do prazo originalmente previsto, dilatando-se no tempo o período de vigência de um mesmo e único contrato.

[...]

Já a **renovação da outorga** consiste na pactuação de um novo contrato entre as mesmas partes, ao final do término do prazo de vigência de uma dada contratação. A renovação caracteriza-se pela existência de objeto, cláusulas e prazo de vigência similares àquele que se encerrou.

3. A distinção entre tipos de prorrogações pode ser verificada, a título de exemplo, no Acórdão nº 1446/2018 - Plenário, Rel. Bruno Dantas, do TCU. No mesmo sentido, destacamos a doutrina de Pinheiro e Ribeiro (in Regulação das Ferrovias, 2017), que distingue três espécies de prorrogação nas concessões, as quais tratam como prorrogação premial, prorrogação por antecipação de prazo e prorrogação para fins de reequilíbrio. Destaca-se também prorrogações distintas no âmbito do setor elétrico e aeroportuário, em que, nos termos a Lei 12.783/2013, as prorrogações de concessões foram feitas para assegurar a continuidade e a adequação de serviços e para atender à necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro, respectivamente.

4 Nesse sentido, destacamos trecho proferido no Acórdão nº 1446/2018 - Plenário, do TCU, Rel. Bruno Dantas, acerca do tema: *A prorrogação ordinária ocorre quando, havendo previsão na avença original, e atendidos os requisitos estabelecidos contratualmente, o contrato é prorrogado dentro do limite temporal previsto, a critério do poder concedente, que definirá as condições técnico-administrativas e econômico-financeiras necessárias à prorrogação, cabendo ao contratado aceitar ou não os novos termos.*

⁵ JUSTEN FILHO. Marçal. Ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, 2016.

Essa hipótese da renovação é usualmente denominada de prorrogação, inclusive na terminologia legislativa.

[...]

A distinção apresenta grande relevo no âmbito das delegações de serviço público.

A **renovação da outorga** significa a realização de uma nova delegação, inconfundível com a anterior. Essa solução pressupõe a liquidação da outorga original, inclusive no tocante à apuração dos direitos e obrigações assumidos pelas partes. Uma concessão ‘prorrogada’ é uma nova concessão, que não se confunde com a original.

[...]

Já a **prorrogação do prazo de vigência** de uma concessão envolve situação diversa. Produz-se a prorrogação em vista da inviabilidade ou da inadequação de as partes executarem adequadamente as obrigações no prazo originalmente estimado. A prorrogação pode decorrer de eventos que não configurem o inadimplemento do concessionário. Podem justificar-se em vista de força maior ou de fatos imputáveis à Administração.

Admite-se, inclusive, que seja um instrumento para evitar tarifas muito elevadas, ainda quando haja a manutenção exatamente de todas as demais condições pactuadas. Portanto, a prorrogação acarreta a continuidade da vigência do mesmo contrato, podendo ou não contemplar alteração do cronograma de execução ou do conteúdo das obrigações objeto da concessão.

[...]

Nesse cenário, a prorrogação-ampliação do prazo dos contratos de concessão de serviço público, além de ser a alternativa mais vantajosa em certos casos, pode ser a única que não cause sacrifícios insuportáveis às finanças públicas, ao Poder Concedente e aos usuários.

Quando assim se passar, a prorrogação-ampliação do prazo contratual pode configurar-se como a única solução jurídica válida adotável pelo Poder Concedente, porque somente por meio dela será cabível assegurar a realização de todos os direitos protegidos juridicamente.

[...]

A prorrogação-ampliação do termo final da concessão não se constitui em solução incompatível com a ordem jurídica. (destacamos).

Vislumbra-se, assim, que a **renovação da outorga**, também denominada pela doutrina como prorrogação premial⁶, equivale, no presente caso, à **prorrogação prevista no art. 18, § 2º da lei autorizativa da concessão, Lei Municipal nº 3.548/02**, e consiste na renovação do prazo e das obrigações oriundas do contrato de concessão original, tratando-se, essencialmente, de uma *nova delegação, que pressupõe a liquidação da outorga original, inclusive no tocante à apuração dos direitos e obrigações assumidos pelas partes*⁷.

Nesse caso, o juízo de conveniência da Administração quanto à prorrogação do contrato de concessão de serviço público demanda respeito às condições de prorrogação estabelecidas contratualmente e às condições impostas pelo edital de licitação e pressupõe, necessariamente, a avaliação da qualidade do serviço prestado pela contratada.

A **ampliação do prazo de vigência** das concessões, por sua vez, não caracteriza nova outorga e consiste no elástico do termo final da vigência do contrato em virtude de uma situação excepcional que a justifique. É essencialmente utilizada em concessões de serviço público para fins de recomposição reequilíbrio econômico do contrato⁸.

Trata-se de uma ferramenta residual a ser utilizada pelo poder concedente, em caráter excepcional, quando se revelar a melhor alternativa à satisfação do interesse público.

Pois bem. Diante das distinções acima, contata-se que a “prorrogação” que efetivamente ocorreu no presente caso **não correspondeu à renovação da outorga, guardando mais semelhanças com a prorrogação-ampliação do prazo de vigência das concessões.**

É que, antes de efetivar a renovação a outorga, conforme demonstram os documentos de fls. 871, em 26.09.2016, pouco tempo antes do advento do termo final de

⁶ Nesse sentido, a doutrina de Pinheiro e Ribeiro (*in* Regulação das Ferrovias, 2017), que distingue três espécies de prorrogação nas concessões, as quais tratam como prorrogação premial (denominada de ordinária nos parágrafos anteriores), prorrogação por antecipação de prazo e prorrogação para fins de reequilíbrio.; também se utiliza dessa denominação a doutrina de Freitas e Ribeiro, 2016;

⁷ JUSTEN FILHO. Marçal. Ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, 2016.

⁸ Destaca-se que o TCU, no Acórdão 774/2016-TCU-Plenário, reconheceu a possibilidade de ampliação excepcional da vigência de contrato de arrendamento portuário para fins de recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro, observadas determinadas condições específicas.

vigência do contrato de concessão, a Administração deu início ao procedimento para averiguar a regularidade da prestação dos serviços por parte da concessionária e consequente possibilidade de prorrogação do contrato de concessão.

Em 29.11.2016, conforme demonstram os documentos de fls. 883/909, o poder concedente reconheceu que a Concessionária não adimpliu todas as suas obrigações contratuais, e, portanto, **não faria jus à prorrogação prevista no art. 18, § 2º da Lei Municipal nº 3.548/02**, cuja regularidade contemplaria, necessariamente, a prestação regular e satisfatória dos serviços.

Assim, a Administração, diante da impossibilidade de efetivar a prorrogação prevista no art. 18, § 2º da Lei Municipal nº 3.548/02, e *considerando a necessidade de manutenção do serviço de transporte coletivo em razão da sua essencialidade*, publicou, em 30 de novembro de 2016, uma Portaria prorrogando os contratos administrativos nº 084 e 085/2006.

Nesse cenário, verifica-se que a renovação da outorga, correspondente à prorrogação prevista no art. 18, § 2º da Lei Municipal nº 3.548/02, não foi concretizada, tendo sido realizada uma “prorrogação excepcional” dos contratos visando a continuidade dos serviços públicos.

Desse modo, **entende-se que a análise acerca da regularidade da prorrogação efetivada pela municipalidade não mais perpassa pela análise acerca da qualidade e regularidade dos serviços prestados pela concessionária.**

Nesse aspecto, contudo, entende esta unidade técnica que **deve ser determinado ao Presidente da TRANSCON que instaure processo administrativo, a fim de que se promova a responsabilização das concessionárias em face dos inadimplementos contratuais identificados no relatório de fls. 883/909.**

Passa-se, assim, à análise da **regularidade da prorrogação dos contratos administrativos 084 e 085/2006, efetivada pela Portaria nº 037**, publicada pela Administração, em 30 de novembro de 2016, nos seguintes termos (fl. 878):

Portaria TransCon nº. 037, de 30 de novembro de 2016.

Prorroga os Contratos Administrativos nº. 084 e 085/2006 e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA AUTARQUIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO E TRANSPORTE - TRANSCON, no uso de suas atribuições legais,



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



Considerando a impossibilidade de prorrogação dos Contratos Administrativos nº. 084 e 085/2006 pelo prazo previsto art. 15, §2º da Lei Municipal nº. 3.548/02;

Considerando a necessidade de manutenção do serviço de transporte coletivo em razão da sua essencialidade;

Considerando que o prazo para realização de uma nova licitação deve ser analisado pela futura gestão do Município de Contagem;

Considerando a realização de transição do governo até o dia 31 de dezembro de 2016;
RESOLVE: Art. 1º Prorrogar, excepcionalmente, os Contratos Administrativos nº. 084 e 085/2006 até o dia 31 de dezembro de 2016.

Art. 2º Durante o prazo de prorrogação excepcional devem as empresas concessionárias manter todos os requisitos contratuais e regulamentares para a adequada prestação dos serviços.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Rodrigo Geraldo Tomaz

Presidente da TRANSCON

Conforme se depreende do parecer jurídico que subsidiou a prorrogação dos contratos 084 e 085/2006 (fls. 879/882), a Administração pretendeu com a publicação da Portaria nº 37/2016, ampliar a vigência dos contratos em execução, sob o fundamento de se garantir a continuidade da prestação do serviço público pelo tempo necessário à conclusão do processo licitatório que daria início à nova concessão.

Constata-se, contudo, que o contrato de concessão em análise teve sua vigência expirada em 30/09/2016, de forma que **a prorrogação dos ajustes somente ocorreu após a expiração do seu prazo de vigência.**

Não se pode olvidar que o prazo dos contratos constitui formalidade essencial, de forma que a expiração do prazo de vigência contratual sem a celebração de aditivo implica a extinção do ajuste de pleno direito.

A propósito, colacionam-se os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles⁹ acerca do tema:

A expiração do prazo de vigência, sem prorrogação, opera de pleno direito a extinção do ajuste, exigindo novo contrato para continuação das obras, serviços ou compras

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 214.

anteriormente contratados. O contrato extinto não se prorroga, nem se renova: é refeito e formalizado em novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior.

Verifica-se, assim, que, no presente caso, o poder concedente deixou transcorrer o prazo contratual sem celebrar qualquer aditivo, o que possibilitou a prestação de serviços sem cobertura contratual.

Destaca-se que o entendimento que prevalece é no sentido de vedar a celebração de aditivos a contratos extintos, com efeitos retroativos, de forma que a continuidade da execução do contrato depois de expirado o prazo de vigência representa situação equivalente à de um contrato verbal, expressamente vedado pelo art. 60, da Lei nº 8.666/93¹⁰.

Esse cenário reflete a **desídia do poder público**, que deixou o prazo do contrato de concessão expirar sem formalizar sua prorrogação tempestivamente, de forma que o parceiro privado se manteve executando os serviços de transporte coletivo sem amparo em instrumento jurídico válido.

Além disso, a própria necessidade de se prorrogar o contrato em caráter excepcional evidencia a **falta de planejamento** da Administração que, ao invés de dar início em momento oportuno aos trâmites necessários à tomada de decisão quanto à possibilidade de renovação da outorga ou à necessidade de realizar um procedimento licitatório, aguardou o limite de vigência contratual, para, apenas então, buscar mecanismos excepcionais.

Resta claro, assim, que o poder concedente, ciente de que a vigência dos contratos expiraria em 30 de setembro de 2016, quedou-se inerte, não adotando oportunamente as medidas necessárias para a deflagração de procedimento licitatório para nova delegação do serviço público, tampouco diligenciando para formalizar a prorrogação do contrato de forma tempestiva, o que demonstra falta de planejamento e desídia da Administração Municipal.

¹⁰ Nesse sentido, é o posicionamento exarado pelo TCU nos Acórdãos 2367/2017-Plenário, Rel. Aroldo Cedraz, 1.335/2009-Plenário, Rel. Raimundo Carreiro, 3.863/2011-TCU-2ª Câmara, Rel. Min. José Jorge, 738/2006-TCU-Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, 740/2004-TCU-Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar.

Há que se considerar que, em 18 de abril de 2018, foi publicado o aviso de licitação da nova concessão, indicando que o poder concedente diligenciou no sentido de providenciar o procedimento licitatório para nova concessão dos serviços de transporte coletivo¹¹.

No entanto, essa conjuntura de negligência administrativa resultou, de fato, **na continuidade da execução dos contratos nº 084 e 085/2006 sem a devida cobertura contratual por mais de mais de três anos**¹².

Em face do exposto, entende-se que as **prorrogações excepcionais dos contratos nº 084 e 085/2016 são irregulares**.

Não obstante, não se pode perder de vista que com o advento das inovações trazidas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em especial a disposta no art. 22, caput e § 2º, na interpretação de normas sobre gestão pública, deverão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, devendo ainda, na aplicação de sanções, ser consideradas as *circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do responsável*.

Com efeito, as circunstâncias concomitantes à prática da irregularidade podem atenuar o grau de culpabilidade do agente público ou até mesmo atuar como excludente da sua culpabilidade¹³.

Há que se sopesar, assim, que, no caso concreto, **as prorrogações, embora irregulares, foram realizadas visando evitar a descontinuidade da prestação do serviço público de inquestionável essencialidade**.

É certo que, com a extinção da outorga vigente, a fim de assegurar a observância do princípio da continuidade do serviço público, o Poder Público poderia proceder à retomada imediata da prestação do serviço até a realização de nova licitação. Ocorre que a ausência de organização e infra-estrutura estatal adequadas à prestação de um serviço

¹¹ Atualmente, o novo certame se encontra em andamento¹¹, tendo ocorrido, em 20/05/2019, a abertura das propostas. Esse processo licitatório foi autuado nesta Corte de Contas como Edital de Licitação nº 1.066.600, ainda sem decisão de mérito, mas já incluído em pauta para julgamento.

¹² Destaca-se que os contratos continuaram a ser “prorrogados” pelo Presidente da Autarquia Municipal de Trânsito e Transportes de Contagem por meio da publicação de portarias, conforme publicação no Diário Oficial de Contagem. Disponível em: <http://www.contagem.mg.gov.br/arquivos/doc/4057doc-e.pdf>

¹³ Nesse sentido, destacam-se os Acórdãos do TCU nº 2276/2019 - Plenário, Rel. Augusto Nardes e nº 2222/2019, Rel. Marcos Bemquerer.

complexo como o de transporte coletivo pode constituir um óbice a sua assunção pelo poder público, de forma que a opção da Administração pela prorrogação dos contratos de concessão nº 084 e 085 pautou-se na busca pela efetiva continuidade da prestação dos serviços.

Desse modo, mesmo diante da inércia da Administração em formalizar tempestivamente o aditamento para a prorrogação do prazo de vigência do contrato, é possível considerar que, no caso concreto, a prorrogação excepcional dos contratos foi o meio administrativo encontrado para não se operar a descontinuidade da prestação dos serviços em prejuízo do interesse público.

De fato, ponderando o risco de prejuízo ao interesse público em face da interrupção do serviço público prestado pelas concessionárias e a irregularidade da prorrogação contratual após expirado o termo final do contrato de concessão, **depreende-se que os gestores públicos buscaram a solução menos gravosa ao interesse público.**

Há que se ponderar, ainda, que não se vislumbra indícios de dano ao erário no caso concreto, uma vez que durante o período de “prorrogação excepcional” houve a efetiva prestação dos serviços por parte das concessionárias e os preços praticados no contrato que está em execução estão lastreados em instrumento contratual que se submeteu à competitividade da licitação.

Importante registrar que há farta jurisprudência considerando irregular a prorrogação precária de contratos de concessão de serviço público, sem a observância das formalidades necessárias, com fundamento na necessidade de se organizar o procedimento licitatório. Nota-se, contudo, que esses arestos, em sua maioria, se referem a contratos de delegação de serviços públicos firmados antes da entrada em vigor da Lei 8.987/95, celebrados sem licitação, de forma precária e que, nos termos do art. 42 da Lei 8.987/95, deveriam ter sido extintos no prazo de 24 meses do advento da legislação.

Nesses casos, a irregularidade da prorrogação dos contratos, portanto, advinha sobretudo da perpetuação de uma situação irregular e de ofensa ao art. 37, XXI, da CF/88. Situação diferente é a do contrato de concessão em análise, celebrado após Lei nº 8.987/95 e submetido regularmente à licitação.

Há que se ressaltar, ainda, que, mesmo no contexto acima descrito, há diversos julgados que decidem pela manutenção dos contratos irregulares até que se conclua o



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



procedimento licitatório, ao escopo de se garantir a continuidade do serviço público.

Veja-se:

“AGRAVO REGIMENTAL DA LINAVE TRANSPORTES LTDA. ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À RESERVA DE PLENÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULA 7/STJ. ART. 42, § 2º, DA LEI 8.987/95. PRORROGAÇÃO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL. PRAZO. RESPEITO AO ART. 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. HONORÁRIOS. TESE SEM PREQUESTIONAMENTO.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que "extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público, não estando condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização, que deve ser pleiteada nas vias ordinárias" (AgRg no REsp 1139802/SC, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 25/04/2011)

3. Declarada a nulidade da permissão outorgada sem licitação pública, não se pode condicionar o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização, cabendo ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação.

4. Ressalta-se **que a eventual paralisação na prestação do serviço de transporte público de que trata a presente demanda, coadjuvado pela impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação do referido serviço, em razão da desmobilização da infra-estrutura estatal, anterior a conclusão do procedimento licitatório, poderá ensejar a descontinuidade dos serviços prestados, em completa afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais. Assim, visando a continuidade do serviço público de transporte e o interesse de toda coletividade, autoriza-se a realização do**

procedimento licitatório no prazo de até um ano, independentemente do trânsito em julgado, momento em que cessam os efeitos dos contratos em questão.

[...]. (destacamos)

Do mesmo modo, este Tribunal de Contas, em julgamento que considerou irregular prorrogação de concessão de transporte coletivo sem previa licitação, se manifestou pela continuidade da execução dos serviços prestados até que o procedimento licitatório estivesse concluído.

EMENTA: Processo administrativo — Município — Transporte coletivo — Concessão de serviços por prazo indeterminado anterior à CR/88 — Prorrogação de vigência contratual mediante termos aditivos em 2006 — Falta de procedimento licitatório — Violação dos arts. 37, XXI, e 175 da CR/88 e dos arts. 14 e 42 da Lei Federal n. 8.987/95 — Irregularidade — Aplicação de multa — Remessa dos autos ao Ministério Público — Inadequação da anulação do contrato no caso concreto — Natureza essencial dos serviços — Determinada a realização de licitação no prazo máximo de seis meses — Instauração de tomada de contas especial. (Processo nº 734282)

Observa-se, pelo exposto, que a opção da Administração pela prorrogação dos contratos, ainda que sem observância das formalidades essenciais, foi para que a continuidade na prestação dos serviços, objetivo intrínseco ao instituto concessório, pudesse ser alcançada.

Entende-se, assim, **ser aplicável ao presente caso o disposto no art. 22, § 1º, da Lei 13.655/2018, de sorte que, apesar da inobservância de formalidades essenciais nas prorrogações excepcionais dos contratos nº 084 e 085/2006, deve ser afastada a cominação de penalidades.**

Nessa linha, destacamos trecho de voto proferido no Acórdão 2276/2019 - Plenário, em que o relator, Augusto Nardes, considerando as circunstâncias práticas aplicáveis ao caso concreto, se manifestou pelo afastamento da responsabilidade do gestor pela ocorrência de excludentes de culpabilidade. A seguir:

[...]



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

*Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões*



Considerando essas circunstâncias, cabe sopesar ainda o disposto no art. 22 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942):

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Vale acrescer ainda que, no âmbito da jurisprudência do TCU, pode-se constatar a existência de valoração do grau de censura da conduta do agente. Por vezes, **aponta-se que o ato foi praticado em desconformidade com a lei, que houve uma irregularidade, sinaliza-se para a presença de culpa, mas, pela análise das diversas circunstâncias do caso concreto, conclui-se que não há censura suficiente para apenar a pessoa.** É o que se extrai, por exemplo, da conclusão do Voto condutor do Acórdão 662/2003 - TCU - Plenário, quando o Relator, Ministro Benjamin Zymler, após registrar várias atenuantes, afirmou: ‘ante este quadro, creio que a conduta do responsável, embora irregular, não possui culpabilidade suficiente para ensejar aplicação de multa’.

Do exposto, conclui-se pelo afastamento da responsabilidade do Sr. Antônio Roberto de Sousa em relação ao débito inquinado, em razão de ter-se concluído, no caso concreto, pela ocorrência de excludentes de culpabilidade.

[...](destacamos)

Assim, as circunstâncias concretas permitem que se compreenda que a conduta, embora irregular, não possui culpabilidade suficiente para ensejar responsabilização. Nesse sentido:

DENÚNCIA. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. POSSIBILIDADE DE ATENUAÇÃO DA CONDUTA DOS RESPONSÁVEIS EM FACE DO CASO CONCRETO. CIÊNCIA AOS RECORRENTES. O juízo de aplicação de sanção deve considerar não só a gravidade da infração em causa mas também as circunstâncias envolvidas na conduta do administrador faltoso, sendo possível que tais circunstâncias influam na convicção

de modo a afastar a cominação das penalidades previstas, sem que tal fato constitua precedente em face de infrações da mesma natureza.

Diante do exposto, conclui-se pela irregularidade das prorrogações excepcionais dos contratos nº 084 e 085/2006, diante da inobservância de formalidades essenciais. Não obstante, à luz do art. 22 § 1º, da Lei nº 13.655/2018, esta unidade técnica se manifesta pelo **afastamento da responsabilidade dos gestores**, em razão de ter-se concluído, no caso concreto, pela ocorrência de excludentes de culpabilidade.

Nesse ponto, entende-se que deve ser **determinado** ao atual Presidente da Transcon que aprimore seus instrumentos de planejamento de suas contratações, a fim de que as medidas necessárias às prorrogações contratuais ou às novas contratações sejam deflagradas com antecedência mínima de 180 dias do fim da vigência dos contratos, com vistas a evitar a reincidência da irregularidade.

4. Conclusão

Em face do exposto, este Órgão Técnico conclui pela existência de irregularidade nas prorrogações excepcionais dos contratos nº 084 e 085/2006. Não obstante, à luz do art. 22 § 1º, da Lei nº 13.655/2018, esta unidade técnica se manifesta pelo **afastamento da responsabilidade dos gestores**, em razão da ocorrência, no caso concreto, de excludentes de culpabilidade.

Entende-se, contudo, que deve ser **determinado** ao atual Presidente da Transcon que aprimore seus instrumentos de planejamento, a fim de que as medidas necessárias às prorrogações contratuais ou às novas contratações sejam deflagradas com antecedência mínima de 180 dias do fim da vigência dos contratos, com vistas a evitar a reincidência da irregularidade.

Por fim, entende esta unidade técnica que deve ser **determinado** ao atual Presidente da Transcon que, **em prazo razoável, adote as medidas cabíveis, bem como comprovem nos autos**, para que seja instaurado procedimento administrativo com a finalidade de promover a responsabilização das concessionárias em face dos inadimplementos contratuais identificados no relatório de fls. 883/909.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME

Coordenadoria de Fiscalização de Concessões



5. Proposta de encaminhamento

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica que seja dada ciência ao Presidente da Transcon das determinações propostas neste relatório técnico para que adote as providências necessárias ao cumprimento das deliberações.

À consideração superior.

CFCO, aos 10/10/2019

Mayara Caroline de Oliveira
Analista de Controle Externo
TC03197-3