Tribunal de Contas da União
TC-500.296/96

GRUPO I — CLASSE III — PLENÁRIO
TC-500.296/96-0
Natureza: Consulta.
Entidade: Prefeitura da Cidade do Recife.
Interessado: Jarbas de Andrade Vasconcelos, Prefeito.

EMENTA: Consulta formulada pelo Prefeito da Cidade do Recife relacionada com procedimentos licitatórios. Conhecimento, ante a relevância do objeto consultado. Celebração de contrato em situação calamitosa ou emergencial. Jurisprudência. Teoria da Imprevisão. Aplicabilidade da cláusula *rebus sic stantibus*. Possibilidade de alteração do prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a conclusão das obras e serviços contratados, ante a superveniência de fatos que alterem as condições pactuadas, nos termos do disposto no art. 57, $ 1º, inciso II, da Lei nº 8.666/93. Decisão do Tribunal proferida, anteriormente, em Consulta formulada pelo Ministério dos Transportes sobre as cautelas que se fazem necessárias à observância do disposto no art. 24, inciso IV, da mencionada Lei. Conhecimento e remessa de documentação ao interessado. Arquivamento dos autos.

O Exmo. Sr. Jarbas de Andrade Vasconcelos, Prefeito da Cidade do Recife, formula Consulta a este Tribunal, face a dúvidas suscitadas por diversos órgãos da Administração Pública Municipal, e em virtude da utilização de recursos federais, nos seguintes termos:

"a) em razão também do princípio da *economicidade*, é possível na hipótese a aplicação do disposto no artigo 57, § 1º, item II da Lei nº 8.666/93 aos contratos celebrados com dispensa de licitação (art. 24, IV do mesmo diploma legal), o que redundaria em 240 (duzentos e quarenta) dias e não mais os 180 (cento e oitenta) dias fixados na Lei:

b) 'dada a imprevisibilidade de tal situação dentro de um quadro de mediana percepção pela administração pública', poder-se-ia aplicar a cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos de obras, serviços e compras celebrados sob a égide do artigo 24, IV da Lei nº 8.666/93 para atender ao estado de calamidade, não importando em solução de continuidade, até mesmo em razão da execução dos objetos contratuais dar-se de forma contínua...".

2. À vista do Despacho de fls. 05, fez-se presente o pronunciamento da SECEX/PE (fls. 06/13).

3. O Assessor da Unidade Técnica ressalta, inicialmente, as diversas doutrinas originárias

de renomados autores acerca das situações de calamidade e emergência, bem como do entendimento do Tribunal a respeito da Consulta formulada pelo Ministério dos Transportes (Decisão nº 347/94 — Plenário — Ata nº 22/94).

4. Após fazer considerações relacionadas com o disposto no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, notadamente quanto ao limite temporal de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos, à contagem do prazo a partir da ocorrência da emergência ou calamidade e à vedação à prorrogação dos respectivos contratos, o Assessor ressalta:

4.1 quanto à indagação contida na alínea a:

4.1.1. que não cabe a aplicação do art. 57, § 1º, item II, da Lei nº 8.666/93, já que o mesmo prevê a prorrogação de contratos ante a 'superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução de contrato'.

4.1.2. o fato superveniente deve acontecer após a assinatura do termo contratual. Na hipótese prevista pelo consulente, houve atraso na assinatura do contrato, em função da morosidade na descentralização dos recursos conveniados, mas, quando da assinatura do termo, a Prefeitura tinha conhecimento de que necessitava de 180 (cento e oitenta) dias para realizar os serviços, não havendo por que falar de superveniência de fato novo, estanho à vontade das partes, que tenha modificado as condições de execução efetivamente pactuadas.

4.2 quanto à indagação contida na alínea *b*:

4.2.1 que a aplicação da citada cláusula é indevida, pois no momento de assinatura do contrato a Administração tinha conhecimento da situação, sendo previsível que no contrato os serviços seriam realizados em 180 (cento e oitenta) dias.

5. Em seguida, destaca que a questão crucial tratada neste autos não é a prorrogação dos contratos, e sim o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a realização do serviço e, neste aspecto, entende ser perfeitamente cabível, a contagem do prazo, quando do recebimento dos recursos, já que a descentralização dos mesmos independe da vontade e do Administrador local ficando este em total dependência do órgão repassador. Entretanto, tal exceção apenas pode ser aventada quando tiverem sido tomadas tempestivamente todas as providências cabíveis para a solução da situação de emergência e calamidade, sendo a efetivação das mesmas impedidas pelo não repasse dos recursos e sendo inviável a realização de nova llicitação, tendo em vista a continuidade da situação emergencial ou ante a possibilidade de ocorrência de nova calamidade, caso não realizadas de pronto, as obras e serviços ou compras que se apresentam necessárias, tudo isto tendo em conta todos os cuidados determinados pelo Tribunal por meio da Decisão nº 347/94.

6. Diante do exposto, o Assessor, propõe, com o endosso do Secretário (fls. 13), que:

a) conheça do expediente formulado como consulta, ante a relevância do tema, e por se tratar de questionamento em tese que apresenta utilidade para os diversos entes federados;

b) responda ao consulente, em tese, que, quando da utilização do disposto no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/96, entende-se como ocorrência da calamidade, como ali contido, todo o período em que ocorre a calamidade e/ou emergência, sendo possível o retardamento do início da contagem do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, desde que as ações tomadas pela Administração tenham sido prejudicadas por fatos e/ou atos alheios à sua vontade ou caso perdurem situações emergenciais ou urgentes reconhecidamente permanentes;

c) seja enviada à autoridade consulente a deliberação adotada nestes autos, bem como cópia da Decisão nº 347/94 — Plenário; e

d) seja arquivado o presente processo.

É o Relatório.

VOTO

Registro, preliminarmente, que o Regimento Interno desta Corte prevê em seu art. 216 que o Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernen-

tes à matéria de sua competência, discriminando as autoridades capazes de formularem as consultas, entre as quais não se encontram os Prefeitos Municipais.

2. Por outro lado, o disposto no § 1º do mencionado artigo possibilita que os Prefeitos Municipais, além dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, formulem consulta a respeito de dúvidas suscitadas na aplicação de recursos provenientes de compensação financeira pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural. No entanto, tal possibilidade não a barca a natureza dos rercursos relativos ao caso vertente.

3. A despeito disso, entendo que a relevância do tema, especialmente para os municípios brasileiros, que freqüentemente se vêem diante de situações calamitosas e/ou emergenciais, justifica que se conheça, em caráter excepcional, da presente consulta.

4. Quanto ao mérito, destaco as seguintes considerações:

5. As premissas que fundamentam a consulta são as seguintes. Foi decretado estado de calamidade pública em um ente municipal. O município não tem recursos financeiros suficientes para arcar com as despesas decorrentes desse estado calamitoso. Diante disso, encaminhou projetos a órgãos do governo federal solicitando os recursos. Após aprovação, os recursos foram repassados 60 (sessenta) dias após a ocorrência da calamidade e inclusive do respectivo Decreto. Por sua vez, o município só vai poder iniciar as obras, serviços e aquisição de bens, oriundos dos projetos aprovados, após a efetivação dos créditos, postos que só poderá empenhar à vista de tais créditos. Na suposição de que as obras, serviços e aquisições foram realizados de forma a atender o prazo contido no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.443/92, qual seja, 180 (cento e oitenta) dias após o evento calamitoso, decorrendo daí as contratações emergenciais, tais obras, serviços e aquisições só findarão 240 (duzentos e quarenta) dias consecutivos e ininterruptos após a ocorrência do evento.

6. Transcrevo a seguir os dispositivos legais inseridos na Lei nº 8.666/93, já com a nova redação dada pela Lei nº 8.883/94, que dizem respeito ao objeto da consulta. Antes, destaco que a MP nº 1.531 (*in* D.O.U. de 03/12/96) deu nova redação aos arts. 24, 26 e 57 da mencionada Lei. Entretanto, tais modificações não afetam o objeto da consulta:

7. "Art. 24. É indispensável a licitação:

.....

IV — nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídos no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, cotados da ocorrência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;" (o grifo não é do original)

8. Por outro lado, o art. 57 da mencionada Lei determina que a duração dos contratos fica adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Esta é a regra. Há, no entanto, exceções, como por exemplo, os serviços a serem executados de forma contínua.

9. Vejamos o que prescreve esse dispositivo legal:

"Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

.....

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

.....

II — superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato" (grifamos).

10. Há um entendimento coincidente por parte dos doutrinadores administrativistas brasileiras, e mesmo estrangeiros, sobre o que

se refere à caracterização de situação emergencial ou de calamidade.

11. Nesse passo, o ensinamento do saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles é no sentido de que:

"A emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas conseqüências lesivas à coletividade.

12. Calamidade pública é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadores, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde públicas, ou bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho geral" (Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 16ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais, 1988, págs. 248/249).

13. É do Prof. Ivan Barbosa Rigolin a seguinte confrontação entre as situações de emergência e calamidade:

"As situações de calamidade e de emergência sempre apresentam pontos em comum, e muito amiúde se confundem sem embargo. Toda situação de calamidade pública constitui uma situação de emergência, de modo que sempre a envolve e compreende. Nem sempre, entretanto, uma situação emergencial ocorrida na Administração significa tratar-se de calamidade pública, pois esta precisa ser decretada formalmente, sempre que a gravidade dos fatos ocorridos seja de tamanha abrangência e generalidade que justifiquem a respectiva decretação pelo chefe do Executivo (Rigolin, Ivan Barbosa. Contratação Emergencial de Obras — Demonstração da Necessidade — Natureza da Matéria de Comprovação. *In*: Boletim de Licitações e Contratos. Editora NDJ, out. 1996, p. 486).

14. De igual forma, o Prof. Diogenes Gasparini leciona o seguinte entendimento a respeito da situação de calamidade pública:

"Calamidade pública é situação de perigo grave, generalizada ou particularizada em uma região, decorrente de eventos da natureza (inundações, vendavais, secas, epidemias). É situação caracterizada pela impossibilidade de atendimento adequado por parte da Administração Pública, com a utilização dos meios e recursos que normalmente estão a seu dispor. Configurada, efetivamente, deve ser declarada pelo Executivo federal, estadual ou municipal, conforme circunscrita, respectivamente, a mais de um Estado, a mais de um Município ou a um Município...

15. O atendimento de certas situações, pela entidade competente, há de ser imediatamente, sob pena de a procrastinação causar prejuízo ou comprometer a segurança dos administradores de obras, de bens ou de equipamento" (Gasparini, Diógenes. Direito Administrativo, 4ª ed. Ed.. Saraiva. São Paulo, 1955, pp. 306/73).

16. O contido no último parágrafo do mencionado texto leva-nos a fazer uma necessária reflexão: até que ponto pode um Prefeito, por exemplo, diante de uma situação calamitosa, vacilar ante a contratação direta da obra ou do serviço que impeça o efeito destrutivo, multíssimo grave? Que é de se esperar de um tal estado de coisas? Como compatibilizar o interesse público, de modo que a população mais atingida não seja prejudicada por procedimentos burocráticos, sabendo-se que uma concorrência de obra consome não menos de três meses; isso sem contar com outros possíveis impasses (recursos, medidas liminares, etc).

17. Com propriedade, o Prof. Rigolin ressalta, citando o Prof. Marçal Justen, que, no hipótese, deve ficar claramente demonstrada a "potencialidade do dano".

18. De igual forma, cita o entendimento de Sergio Ferraz e de Lúcia Valle, nos seguintes termos:

"Demais disso, também não se agride, em situações tais, o princípio de isonomia. Deveras, ao se tratar de preponderância do interesse coletivo sobre o individual, não há que se falar em respeito ao princípio da igualdade, colocado, como já dissemos, no texto constitucional, nos direitos e garantias fundamentais" (oc. cit. pág. 488).

19. Por outro lado, o Tribunal, ao ter presente a Consulta formulada pelo Ministério dos Transportes sobre a caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública e dispensa de licitação na aquisição de material destinado à restauração de estradas rodoviárias, com base no mesmo dispositivo aqui enfocado (art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93), proferiu a Decisão nº 347/94 — Plenário (Ata nº 22/94), no sentido de responder ao ilustre Consulente quanto à caracterização dos casos de emergência ou de calamidade pública, em tese:

"a) que, além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizada no art. 24, inciso IV, da mesma Lei:

a.1) que a situação adversa, dada como emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação;

a.2) que existe urgência concreta e efetiva do atendimento à situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de anos e bens ou à saúde ou à vida de pessoas;

a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso;

a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado;

b) que, tratando-se de caso efetivamente enquadrável no art. 24, da Lei nº 8.666/93:

b.1) nada obsta, em princípio, sejam englobados, numa mesma aquisição, os quantitativos de material entendidos adequados para melhor atender à situação calamitosa ou emergencial de que se cuida;

b.2) tal procedimento, contudo, não deve ser adotado, se verificado não ser o que melhor aproveita as peculiaridades do mercado, tendo em vista o princípio da economicidade (arts. 15, IV, e 25, § 2º, da Lei nº 8.666/93);

b.3) se o material se destinar à aplicação em contrato vigente de obra ou serviço, cujo valor inclua o relativo a material que devesse ser adquirido pelo contrato, devem ser adotadas as seguintes cautelas:

b.3.1) consignar em termo aditivo a alteração acordada;

b.3.2) cuidar para que, no cálculo do valor acumulado do contrato, para fins de observância ao limite de acréscimo fixado no art. 55, § 1º, do revogado DL nº 2.300/86 ou no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93, seja incluído também o preço do material que antes integrava o valor do contrato e que passou a ser adquirido pela própria Administração."

20. Cumpre ressaltar que o Decreto nº 895, de 16/08/93, considera em seu art. 3º situação de emergência o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando danos superáveis pela comunidade afetada. De igual forma, situação de calamidade pública é, também, o reconhecimento pelo poder público de situação anormal, provocada por desastres, causando sérios danos à comunidade afetada, inclusiva à incolumidade ou à vida de seus integrantes.

21. Consoante registrado anteriormente, a Lei determina que ocorrendo situação calamitosa ou emergencial, as obras e serviços deverão ser concluído no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

22. No entanto, a superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altera as condições do respectivo contrato, é razão suficiente para alteração do contrato, a teor do disposto no art. 57, § 1º, item II, da Lei nº 8.666/93.

23. Nesse sentido, compartilho com o entendimento proferido pelo Prof. Marçal Justen, que assim prescreve:

"a prorrogação é indesejável, mas não pode ser proibida. Nesse ponto, a lei deve ser interpretada em termos. A prorrogação poderá ocorrer, dependendo das circunstâncias supervenientes. Embora improvável, poderiam suceder-se duas calamidades em uma mesma

região, de modo que a segunda impedisse a regular execução do contrato firmado para atender situação emergencial criada pelo evento anterior" (op. cit. p. 137).

24. Com respeito a Teoria da Imprevisão, a doutrina é pacífica no sentido de sua aplicação em contratos administrativos.

25. Referida Teoria constitui nova roupagem de cláusula *rebus sic stantibus* e foi definitivamente reconhecida no Brasil. De forma abrangente, ela está contemplada nas disposições contidas no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, nos seguintes termos:

"Art. 37. A Administração Pública direta, indireta ou funcional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, moralidade, publicidade e, também ao seguinte:

.....

XXI — ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (grifei).

26. O Decreto-Lei nº 2.300/86, hoje revogado pela Lei nº 8.666/93 (com a nova redação dada pela Lei nº 8.883/94), estabelecia em seu art. 55, II, *d*, que os contratos poderiam ser alterados 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 inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

27. Atualmente, a Lei nº 8.66/93 prevê diversas situações em que a Teoria da Imprevisão pode ser aplicada (art. 65 e parágrafos; art. 57, § 1º, inciso II).

28. A Advocacia-Geral da União, ao ter presente o Processo nº 00400.011042/95-43, emitiu o Parecer nº AGU/RB-0795 (*in* D.O.U. de 14/12/95) acerca da aplicabilidade da Teoria da Imprevisão e da cláusula *rebus sic stantibus*.

29. O mencionado Parecer, após evidenciar um breve histórico sobre essa Teoria, alguns pronunciamentos relevantes da melhor doutrina e da jurisprudência e a legislação e outros aspectos básicos e fáticos da questão, concluiu que:

a) pode ser aplicada pela Administração Pública a cláusula *rebus sic stantibus*, desde que presentes os pressupostos autorizadores da sua adoção;

b) a aplicação da cláusula independeria de previsão legal ou contratual, segundo a jurisprudência e a doutrina dominantes, por um dever de justiça social, de respeito à boa-fé dos contratantes e em acatamento ao direito subjetivo constitucional das partes, sempre que constatadas as condições básicas;

c) a revisão dos contratos, por meio de aplicação da referida cláusula, deve constituir medida de exceção, cujo uso só encontra respaldo legal, inclusive em face dos princípios constitucionais a que está vinculada a Administração Pública, consoante art. 37, *caput*, na demonstração inequívoca e induvidosa da presença dos requisitos, em especial, da imprevisibilidade e extraordinário do evento causador da relação inicial do contrato.

30. Conclui, desse modo, que, para que seja admitida a revisão contratual com base na Teoria da Imprevisão, deve ser cabalmente demonstrada pelo gestor público a existência de pressupostos capazes de revelar uma subversão das condições econômicas e financeiras originais do contrato que tenham, efetivamente, causado prejuízo ao contratante e abalado as próprias base do contrato.

31. Diante do exposto, entendo, conclusivamente, que os contratos, firmados com dispensa de licitação, com base no disposto no inciso IV, art. 24, da Lei nº 8.666/93, embora tenham prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a conclusão das obras e serviços, podem ser prorrogados, desde que ocorra, posteriormente, fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.

Assim, acolho a proposta da Unidade Téc-

nica e VOTO no sentido de que o Tribunal adota a Decisão que ora submeto à apreciação deste Plenário.

Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de dezembro de 1996.

BENTO JOSÉ BUGARIN
Ministro-Relator

DECISÃO nº 820/96 — TCU — Plenário

1. Processo nº 500.296/96-0

2. Classe de Assunto: III — Consulta.

3. Interessado: Exmo. Sr. Dr. Jarbas de Andrade Vasconcelos.

4. Entidade: Prefeitura Municipal do Recife.

5. Relator: Ministro Bento José Bugarin.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: SECEX/PE.

8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. conhecer da consulta formulada pelo Exmo. Sr. Prefeito da Cidade do Recife, ante a relevância do tema, e por se tratar de questionamento que apresenta, em tese, utilidade para os diversos entes federados;

8.2. responder ao interessado que é possível, quando da dispensa de licitação nos casos de emergência ou calamidade, consoante o disposto no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, o retardamento do início e da devolução da contagem do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, desde que as ações tomadas pela Administração tenham sido prejudicadas pela superveniência de f ato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato, a teor do disposto no art. 57, § 1º, da mencionada Lei devendo ser adequadamente fundamentado, levando em conta, inclusive, as determinações contidas na Decisão nº 347/94 — TCU — Plenário (*in* D.O.U. de 21/06/94);

8.3. enviar cópia desta Decisão, bem como do relatório e Voto que a fundamentam, e, ainda, da Decisão nº 347/94 — TCU — Plenário ao interessado;

8.4. após a adoção das medidas supra, determinar o arquivamento do presente processo.

9. Ata nº 51/96 — Plenário

10. Data da Sessão: 12/12/1996 — Extraordinária

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Marcos Vinícius Rodrigues Vilaça (Presidente), Fernando Gonçalves, Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Homero dos Santos, Paulo Affonso Martins de Oliveira, Iram Saraiva, Bento José Bugarin (Relator) e o Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

Marcos Vinícios Vilaça — Presidente

Bento José Bugarin — Ministro-Relator