



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

## RESOLUÇÃO Nº 397/2012 – TCE/TO – Pleno

1. Processo nº : 6857/2012
2. Classe de Assunto : 03 – Consulta
3. Assunto : 05 – Consulta
4. Origem : Secretaria da Saúde do Estado do Tocantins
5. Responsável : Nicolau Carvalho Esteves
6. Relatora : Conselheira Leide Maria Dias Mota Amaral
7. Representante do : Procurador-Geral de Contas Oziel Pereira dos Santos  
Ministério Público
8. Advogado(a) : Não atuou

Ementa: Consulta acerca da possibilidade de rescindir instrumento contratual com fundamento nos artigos 79 e 80 da Lei nº 8.666/93 em razão de inconsistências verificadas na execução do Contrato, questionando ainda se no caso de rescisão é admissível a contratação de bens e serviços considerados indispensáveis com fundamento no artigo 24, IV da referida Lei. Conhecimento. Resposta em tese. As hipóteses de rescisão contratual já estão disciplinadas nos artigos 78 e 79 da Lei nº 8.666/93. Do mesmo modo o artigo 24, IV da Lei de Licitações regulamenta a contratação direta fundamentada em emergência e calamidade pública. Somente a Administração, diante do caso concreto, pode decidir se a situação se enquadra nas hipóteses de rescisão e de dispensa de licitação. É dever do gestor motivar e justificar a decisão adotada, bem como observar a Lei nº 8.666/93.

9. Vistos, relatados e discutidos os autos nº 6857/2012, que tratam de Consulta formulada pelo Senhor Nicolau Carvalho Esteves – Secretário Interino de Estado da Saúde.

Considerando que inobstante o consulente relatar uma situação própria, os quesitos formulados podem ser respondidos em tese, em razão da permissão contida no artigo 150, § 3º do RI-TCE/TO, e ainda, tendo em vista a pertinência temática com as atribuições desta Corte.

RESOLVEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento as disposições contidas no artigo 1º XIX da Lei Estadual nº 1284/2001 c/c artigos 151 e 152 do RI-TCE/TO:

9.1. Conhecer da Consulta formulada pelo Senhor Nicolau Carvalho Esteves – Secretário Interino de Estado da Saúde, em conformidade com o artigo 150, incisos I a V, e § 3º do RI-TCE/TO, por se tratar de matéria de competência deste Tribunal de Contas.

9.2. Responder ao consulente nos termos que seguem:



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

9.2.1. O artigo 79 da Lei nº 8.666/93 disciplina que a rescisão contratual poderá ser determinada por ato unilateral da Administração, amigável ou judicial. No entanto, compete apenas ao gestor diante do caso concreto e ressalvadas as disposições legais, decidir acerca da necessidade da rescisão contratual e em qual das hipóteses ela se enquadra, observando ainda o seguinte:

a. Conforme se extrai do inciso I do artigo 79 da Lei de Licitações, a Administração deve verificar em cada caso se eventuais impropriedades constatadas na execução do contrato se amoldam às hipóteses legais previstas nos incisos I a XII e XVII do artigo 78 da Lei nº 8.666/93. Dessa forma, o gestor decidirá se está diante de um fato que constitui motivo determinante para a rescisão contratual, ou ainda, se a rescisão é a medida que se impõe em razão da supremacia do interesse público. Além disso, concluindo pela rescisão unilateral, é dever do gestor público assegurar ao contratado o exercício ao contraditório e a ampla defesa, bem como justificar os fatos ensejadores da sua decisão. O artigo 80 da referida Lei enumera as consequências decorrentes da rescisão unilateral.

b. Em se tratando de rescisão, ou seja, rescisão amigável, tendo em vista a existência de acordo entre as partes e conveniência concreta para a Administração, não há necessidade de se observar o princípio da ampla defesa e do contraditório. Nessa esteira, por orientação da jurisprudência dominante, nesse tipo de rescisão a Administração não poderá aplicar ao contratado as penalidades previstas no instrumento contratual.

c. Quanto a rescisão judicial, como o próprio nome sugere, há necessidade de demanda judicial interposta pela Administração ou pelo contratado objetivando a rescisão. Via de consequência, ela deve ser decretada pelo Poder Judiciário.

9.2.2. No que se refere à possibilidade de contratação direta com fundamento no artigo 24, IV da Lei 8.666/93, registrar que o mencionado inciso enumera alguns requisitos às contratações dele decorrentes, quais sejam:

- a dispensa é autorizada diante de situações de emergência ou de calamidade pública apenas quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

- à Administração é permitido adquirir somente os bens necessários à normalização da situação emergencial ou calamitosa;

- em se tratando de serviços e obras a duração dos contratos que venham a ser celebrados é limitada ao prazo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da data da emergência ou calamidade, sendo vedada sua prorrogação.

9.2.3. Esclarecer ao consulente que somente o gestor público pode reconhecer se está diante de uma situação fática em que a dispensa de licitação, permitida



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

pelo legislador, se mostra como a medida adequada a fim de garantir o atendimento ao interesse público. Além disso, reconhecendo tal hipótese, é dever do gestor demonstrar a correlação lógica entre a contratação direta pretendida e a necessidade a ser atendida de imediato. A simples referência ao artigo da lei não se mostra suficiente para justificar a contratação.

9.2.4. Elucidar que a dispensa de licitação deve ser motivada pelo gestor, a quem é imposta ainda a obrigação de demonstrar que o tempo despendido para a realização do procedimento licitatório impossibilitaria o atendimento do interesse público, deixando claro que se trata de uma situação contingencial.

9.2.5. Advertir que a ausência de procedimento licitatório não significa o afastamento da Lei de Licitações. Ao contrário, a dispensa de licitação deve estar pautada nas hipóteses legais e observar as disposições contidas no artigo 26 da Lei nº 8.666/93.

9.3. Esclarecer ao consulente que a resposta a presente consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese e não do caso concreto, consoante o disposto no artigo 152 do RI-TCE/TO.

9.4. Determinar a publicação desta Decisão no Boletim do TCE-TO, para que surta os efeitos legais necessários.

9.5. Determinar à Secretária do Tribunal Pleno que remeta ao consulente cópia do Relatório, Voto e Decisão.

9.6. Após cumpridas todas as formalidades legais, remetam-se à Coordenadoria de Protocolo para adoção das providências de sua alçada.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS, Sala das Sessões, em Palmas, Capital do Estado do Tocantins, aos 27 dias do mês de junho de 2012.

- |  |   |   |
|--|---|---|
| 1. Processo nº                         | : | 6857/2012   |
| 2. Classe de Assunto                   | : | 03 – Consulta                                       |
| 3. Assunto                             | : | 05 – Consulta                                       |
| 4. Origem                              | : | Secretaria da Saúde do Estado do Tocantins          |
| 5. Responsável                         | : | Nicolau Carvalho Esteves                            |
| 6. Relatora                            | : | Conselheira Leide Maria Dias Mota Amaral            |
| 7. Representante do Ministério Público | : | Procurador-Geral de Contas Oziel Pereira dos Santos |
| 8. Advogado(a)                         | : | Não atuou   |

## RELATÓRIO



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

Tratam os presentes autos de Consulta subscrita pelo Senhor Nicolau Carvalho Esteves – Secretário Interino de Estado da Saúde, formulada nos seguintes termos:

1) A Comissão de Acompanhamento e Fiscalização emitiu relatório acerca do Contrato de Gerenciamento firmado entre o Estado do Tocantins e a Organização Social de Saúde Pró-Saúde Assistência Social e Hospitalar apontando inconsistências na execução do contrato. Tais inconsistências são capazes de comprometer a relação contratual estabelecida, tendo em vista que indicam malversação do erário.

Nos termos dos arts. 79 a 80 da Lei Federal nº 8.666/1993, a rescisão é medida que se impõe?

2) Em caso afirmativo, as aquisições dos bens e serviços abaixo relacionados, indispensáveis à manutenção da rede hospitalar, poderiam ser realizadas com supedâneo no Art. 24, IV da Lei Federal de Licitações?

Serviços/Produtos	Contratação direta
Medicamentos	x
Materiais de uso no paciente	x
Nutrição Enteral e Parenteral	x
Órtese e Prótese	x
Limpeza predial e de fossa	x
Lavanderia Hospitalar	x
Nutrição Hospitalar	x
Segurança	x
Manutenção Predial	x
Manutenção de equipamentos médico Hospitalares	x
Manutenção da frota	x
Locação de veículos	x
Manutenção de ar condicionado	x
Locação de equipamento Médicos Hospitalares	x
Locação de imóvel	x
Transporte em UTI aérea e terrestre	x
Gases medicinais	x
Fornecimento de água	x
Energia elétrica	x
Telefonia Fixa	x
Internet	x
Sistema de gestão Hospitalar	x



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

Dosimetria	x
Correios – Malotes	x
Impressão de Cópias	x
Recarga de extintores	x
Radioterapia – Fonte	x
Manutenção imaginologia	x
Locação de leito de UTI	x
Laboratório de anatomopatológica	x
Laboratório de análises clínicas	x
Exames de imagem e métodos gráficos	x
Serviço de Traumatologia	x
Serviço de UTI	x
Serviço de Neurologia	x
Serviço de Cardiologia	x
Serviço de Cirurgia	x
Serviço de Oncologia	x

Os autos vieram instruídos com o Parecer Jurídico da Assessoria do Órgão Consulente, fls. 05/07.

Após o exame da matéria a Coordenadoria de Análise de Atos Contratos e Convênios emitiu o Parecer Jurídico nº 73/2012 da lavra do Analista de Controle Externo Antonio Pinto de Sousa, fls. 319/326, adotando o seguinte entendimento:

3.1. Isto posto, pelos fundamentos acima expendidos, opino pelo conhecimento da consulta em tese; e, pela resposta ao consulente em termos, sem que a prolação do entendimento se constitua em julgamento do fato indicando:

3.1.1. O descumprimento dos deveres atinentes à execução e inadimplemento do contrato constitui requisito de sua rescisão;

3.1.2. Caracterizada situação de rescisão contratual, a mesma deve ser devidamente justificada e fundamentada pela Administração, observando-se o devido processo legal e assegurados o contraditório e ampla defesa;

3.1.3. Competir à Administração a adoção das providências necessárias às contratações emergenciais indispensáveis à continuidade dos serviços da rede hospitalar, com prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, no caso de rescisão contratual de imediato;

3.1.4. Caber à Administração, ainda no prazo emergências, adotar os procedimentos licitatórios necessários à contratações regulares destinadas à



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

manutenção permanente e atendimento das finalidades do órgão, entidade ou ente estatal.

Salvo melhor juízo, é o nosso entendimento. (sic)

O Corpo Especial de Auditores exarou o Parecer nº 1846/2012 da lavra do Auditor Fernando César Benevenuto Malafaia, fls.327/330, cuja conclusão transcrevo abaixo:

Por todo o exposto, este membro do Corpo Especial de Auditores manifesta seu entendimento no sentido de que poderá o Egrégio Tribunal de Contas responder à Consulta formulada, em tese, nos seguintes termos:

- a) A rescisão do Contrato de Gerenciamento celebrado entre o Estado do Tocantins e a Organização Social de Saúde – Pró-Saúde Assistência Social e Hospitalar, a critério da Administração Pública, poderá ser realizada se ficar caracterizada alguma das situações de rescisão contratual previstas na Lei 8666/93;
- b) Nos termos do art. 78, parágrafo único, da Lei 8666/93, caso se verifique alguma daquelas hipóteses, o Gestor deverá formalmente motivar e justificar esta causa no processo administrativo, assegurando o contraditório e a ampla defesa.
- c) As dispensas de licitação, com supedâneo no art. 24, IV, da Lei de Licitações poderão ser realizadas, se a Administração Pública julgar conveniente e oportuno, devendo obedecer, caso entenda pela prática deste ato, ao disposto no parágrafo único, do art. 26, da lei 8666/93. (sic)

O Procurador-Geral de Contas Oziel Pereira dos Santos, opinou mediante o Parecer nº 01618/2012, fls. 331/333, nos seguintes termos:

Diante do exposto, este representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas na sua função essencial de *custus legis*, não vê reparo algum a fazer nas laboriosas e criteriosas considerações do Corpo Técnico e Instrutivo desta Corte, aderindo a tudo que foi dito, sendo favorável que o TCE responda ao consulente enviando cópia integral do VOTO da Relatora Conselheira Leide Maria Dias Mota Amaral. (sic)

É o Relatório.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

## VOTO

As consultas dirigidas a este Tribunal de Contas são regulamentadas pelo artigo 1º, XIX e § 5º da Lei Estadual nº 1.284/2001 c/c artigo 150 a 155 do Regimento Interno.

Após análise dos autos verifica-se que a consulta em apreço preenche os requisitos de admissibilidade traçados nos incisos I a V do artigo 150 do RITCE/TO.

Nesse contexto, impõe elucidar apenas que inobstante o consulente relatar uma situação própria, os quesitos formulados podem ser respondidos em tese, em razão da permissão contida no artigo 150, § 3º do RITCE/TO, e ainda, tendo em vista a pertinência temática com as atribuições desta Corte.

Desta forma, entendo que o Tribunal Pleno deve conhecer da presente consulta, oferecendo, contudo, uma resposta em tese ao consulente.

Feitas as considerações iniciais, passo à análise do mérito da presente peça consultiva.

Em linhas gerais, o consulente relata que foram constatadas inconsistências na execução do Contrato de Gerenciamento firmado entre o Estado do Tocantins e a Organização Social de Saúde Pró-Saúde Assistência Social e Hospitalar e interroga acerca da possibilidade de rescindir o referido instrumento contratual com fundamento nos artigos 79 e 80 da Lei Federal nº 8.666/93, e ainda, em sendo admissível a rescisão, questiona se a contratação dos bens e serviços indispensáveis à manutenção da rede hospitalar estaria nas hipóteses de contratação direta previstas no artigo 24, IV da mesma lei.

Na lição do professor Hely Lopes Meirelles “rescisão é o desfazimento do contrato durante sua execução. Assim sendo, pode fundar-se na inexecução do avençado, na superveniência de eventos que impeçam ou tornem inconveniente o prosseguimento do ajuste ou na ocorrência de fatos que acarretem seu rompimento de pleno direito”.

Consoante dispõe o artigo 79 da Lei de Licitações, a rescisão contratual poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior<sup>1</sup>;

---

<sup>1</sup> Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS**

- II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
- III - judicial, nos termos da legislação;

Conforme se extrai do inciso I supracitado, a depender do caso concreto, a Administração, assegurado o exercício ao contraditório e à ampla defesa pelo contratado, pode unilateralmente por fim à relação contratual em razão de inadimplemento do contrato ou em face da supremacia do interesse público. Ressalta-se que tal decisão compete apenas ao gestor público, a quem cumpre observar se está diante de uma das hipóteses previstas nos incisos I a XII e XVII do artigo 78 da Lei nº 8.666/93, e ainda, justificar amplamente a medida adotada. O artigo 80 da Lei nº 8.666/93 enumera as consequências decorrentes desse tipo de rescisão.

De outra banda, em se tratando de rescisão amigável, tendo em vista a existência de acordo entre as partes e conveniência concreta para a Administração, não há necessidade de se observar o princípio da ampla defesa e do contraditório. Do mesmo modo, a jurisprudência tem se manifestado pela impossibilidade de aplicação das penalidades previstas no contrato.

Por sua vez, a rescisão judicial, como o próprio nome sugere, é aquela decretada pelo Poder Judiciário.

Pois bem, o consulente questiona se as inconsistências constatadas na execução do contrato ensejam a rescisão do instrumento contratual com fundamento nos artigos 79 e 80 da Lei Federal nº 8.666/93.

Como bem asseverou o Auditor Fernando César Benevenuto Malafaia, nos termos do Parecer nº 1846/2012:

- 
- III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
  - IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
  - V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
  - VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;
  - VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;
  - VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;
  - IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
  - X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
  - XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;
  - XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato; (...)
  - XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.





## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

A Lei de Licitações em seu art. 78 estabelece inúmeras circunstâncias que dão ensejo à rescisão do contrato administrativo. Nesse sentido, se as inconsistências apontadas pela referida Comissão se enquadrarem nas hipóteses ali previstas, a rescisão contratual, a toda evidência, será possível. Contudo, é preciso observar que só a Administração Pública detém a competência para averiguar se de fato estas inconsistências constituem motivo para a ruptura do contrato e, assim sendo, tomar as medidas cabíveis para tanto. (grifei)

Nessa esteira, repise-se, compete à Administração verificar em cada caso se as eventuais impropriedades constatadas na execução do contrato se amoldam às disposições legais e constitui motivo determinante para a rescisão contratual e, concluindo pela rescisão unilateral, é dever do gestor público assegurar ao contratado o exercício do contraditório e a ampla defesa, bem como justificar os fatos ensejadores da sua decisão.

A segunda indagação do consulente refere-se ao enquadramento das contratações dos bens e serviços considerados indispensáveis à manutenção da rede hospitalar nas hipóteses de dispensa de licitação previstas no artigo 24, IV da Lei nº 8.666/93. Ao final, o consulente apresentou um rol de bens e serviços sob os quais recaem a dúvida suscitada.

Inicialmente é necessário ressaltar que os quesitos formulados são respondidos em tese, assim não cabe a este Tribunal de Contas posicionar-se quanto a possibilidade de contratação direta dos bens e serviços listados pelo consulente, visto que tal análise e a adoção de medidas em relação ao caso concreto somente competem ao gestor.

De maneira geral, o artigo 24 da Lei de Licitações enumera uma série de hipóteses em que a licitação, apesar de possível, se mostra dispensável.

Sob essa ótica, o Professor Joel de Menezes Niebuhr elucida que compete ao agente administrativo, diante de uma situação fática que se amolda a uma das hipóteses previstas no artigo 24, analisar se a realização do procedimento licitatório pode ou não ocasionar prejuízos ao interesse público, ressaltando ainda que o gestor “somente deve optar pela dispensa de licitação pública nas situações em que o interesse público concretamente sujeita-se a risco de sacrifício ou gravame de monta”.

No caso em apreço o consulente questiona a possibilidade de aplicação do artigo 24, IV da Lei 8.666/93, o qual estabelece que:

Art. 24. É dispensável a licitação: (...)  
IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

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 concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Nota-se que o inciso IV acima transcrito enumera alguns requisitos às contratações dele decorrentes, quais sejam:

- a) a dispensa é autorizada diante de situações de emergência ou de calamidade pública apenas quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;
- b) à Administração é permitido adquirir somente os bens necessários à normalização da situação emergencial ou calamitosa;
- c) em se tratando de serviços e obras a duração dos contratos que venham a ser celebrados é limitada ao prazo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da data da emergência ou calamidade, sendo vedada sua prorrogação.

A doutrina afirma que muito embora a calamidade pública pressuponha situação de emergência o inverso não se mostra verdadeiro, pois nem toda emergência decorre da calamidade pública, podendo se tratar de situações pontuais que atingem apenas um segmento da sociedade.

Joel de Menezes Niebuhr conceitua a emergência para os fins de dispensa como “a necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites ordinários de licitação pública, sob pena de perecimento do interesse público, consubstanciado pelo desatendimento de alguma demanda social ou pela solução de continuidade de atividade administrativa”.

Na mesma esteira aduz o Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que “Corolário dessa premissa é, fundamentalmente, a absoluta impossibilidade de atender ao interesse público – fim único de toda atividade administrativa –, se adotado o procedimento licitatório”. O renomado autor acrescenta ainda que “Emergência, para autorizar a dispensa, requer a caracterização de uma situação cujo tempo de atendimento implique a necessidade de dispensar o procedimento licitatório”.

Além disso, a jurisprudência já sedimentou entendimento acerca da necessidade de motivação por parte da Administração de que a dispensa é de fato o instrumento efetivo de atendimento à demanda apresentada, ou seja, é necessário se demonstrar a correlação lógica entre a contratação direta



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

pretendida e a necessidade a ser atendida de imediato. A simples referência ao artigo da lei não se mostra suficiente para justificar a contratação.

Ainda no que se refere a emergência entendo ser prudente registrar que o artigo 24, IV da Lei de Licitações instiga algumas discussões relacionadas ao fato da inércia administrativa constituir ou não excludente de situação de emergência.

Inobstante isso, em que pesem as divergências doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais creio que o entendimento mais adequado é aquele esposado pelo Tribunal de Contas da União nos termos do Acórdão nº 1876/2007 – Plenário, cujo voto condutor é do Ministro Aroldo Cedraz, senão vejamos:

### Sumário

RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM PROCESSO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. QUESTÕES RELACIONADAS A LICITAÇÕES E CONTRATOS. DISPENSAS FUNDAMENTADAS EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO APRESENTADO PELO ADMINISTRADOR. NÃO-PROVIMENTO DO RECURSO APRESENTADO PELA EMPRESA.

1. A situação prevista no art. 24, VI, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas.

### Voto do Ministro Relator

(...)12. Data maxima venia, considero equivocada a conclusão da Serur quando afirma que a inércia administrativa constitui excludente de situação de emergência, apontando como jurisprudência nesse sentido a Decisão nº 347/94-Plenário. Ocorre que orientação contrária foi trazida pela Decisão nº 138/98-Plenário, que discutiu o tema amiúde. Transcrevo, por pertinente, excertos do Voto condutor então lançado:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

“Sobre o tema, transcrevo, de imediato, o Art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93:

(...)

6. Ao comentar referido dispositivo legal, leciona o saudoso Administrativista Hely Lopes Meirelles (in Licitação e Contrato Administrativo, 10ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1991): A emergência que dispensa licitação caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. Situação de emergência é, pois, toda aquela que põe em perigo ou causa dano à segurança, à saúde ou à incolumidade de pessoas ou bens de uma coletividade, exigindo rápidas providências do Poder Público para debelar ou minorar suas conseqüências lesivas. A emergência há que ser reconhecida e declarada em cada caso, a fim de justificar a dispensa da licitação para obras, serviços, compras ou alienações relacionadas com a anormalidade que a Administração visa corrigir, ou com o prejuízo a ser evitado.....

7. Os textos da lei e da doutrina acima transcritos não deixam dúvida de que o planejamento não é fator impeditivo ou autorizativo para que os administradores públicos procedam a dispensa de licitação por questões emergenciais, fundamentada no dispositivo legal acima referido.

...

9. Obviamente, como se depreende do acima transcrito, não pode o administrador incorrer em duplo erro: além de não planejar as suas atividades, permitir que a sua desídia cause maiores prejuízos à Administração e/ou a terceiros.

10. Ênfase, dessa forma, que a dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, se caracteriza como uma inadequação aos procedimentos normais de licitação, constituindo-se, sob esse prisma, num poder-dever e não numa faculdade para o administrador, sob pena de ser responsabilizado pelos prejuízos que a sua inércia venha a causar, independentemente de qualquer planejamento.

...

14. Consoante bem definiu o Voto acima referenciado que sustentou a Decisão nº 138/98-Plenário, a ausência de planejamento e a contratação direta fundamentada em situação de emergência caracterizam situações distintas, não necessariamente excludentes. Estará incorrendo em duplo erro o administrador que, ante a situação de



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

iminente perigo, deixar de adotar as situações emergenciais recomendáveis, ainda que a emergência tenha sido causada por incúria administrativa. Há que se fazer a clara definição da responsabilidade: na eventual situação aludida, o responsável responderá pela incúria, não pela contratação emergencial.

No que se refere à calamidade pública vale trazer aqui o conceito atribuído por Hely Lopes Meirelles, senão vejamos:

é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladoras e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde públicas, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral.

Acerca da calamidade pública é imperioso registrar que esta deve ser declarada mediante decreto do chefe do Poder Executivo e, ainda, que o seu reconhecimento não implica no desprezo ao procedimento licitatório para todos os contratos que venham a ser celebrados pela Administração, pois, frise-se, é necessário estar caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Por fim, faz-se necessário elucidar que a ausência de procedimento licitatório não significa o afastamento da Lei de Licitações. Ao contrário, a dispensa de licitação deve está pautada nas hipóteses legais e ser motivada pelo gestor, a quem é imposto ainda o cumprimento das disposições contidas no artigo 26 da Lei nº 8.666/93, senão vejamos:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS**

- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Por todo o exposto, tendo em vista as disposições contidas no artigo 1º XIX da Lei Estadual nº 1284/2001 c/c artigos 151 e 152 do Regimento Interno, VOTO no sentido de que este Tribunal de Contas, adote as seguintes providências:

I. Conhecer da Consulta formulada pelo Senhor Nicolau Carvalho Esteves – Secretário Interino de Estado da Saúde, em conformidade com o artigo 150, incisos I a V, e § 3º do RI-TCE/TO, por se tratar de matéria de competência deste Tribunal de Contas.

II. Responder ao consulente nos termos que seguem:

a) O artigo 79 da Lei nº 8.666/93 disciplina que a rescisão contratual poderá ser determinada por ato unilateral da Administração, amigável ou judicial. No entanto, compete apenas ao gestor diante do caso concreto e ressalvadas as disposições legais, decidir acerca da necessidade da rescisão contratual e em qual das hipóteses ela se enquadra, observando ainda o seguinte:

a.1) Conforme se extrai do inciso I do artigo 79 da Lei de Licitações, a Administração deve verificar em cada caso se eventuais impropriedades constatadas na execução do contrato se amoldam às hipóteses legais previstas nos incisos I a XII e XVII do artigo 78 da Lei nº 8.666/93. Dessa forma, o gestor decidirá se está diante de um fato que constitui motivo determinante para a rescisão contratual, ou ainda, se a rescisão é a medida que se impõe em razão da supremacia do interesse público. Além disso, concluindo pela rescisão unilateral, é dever do gestor público assegurar ao contratado o exercício ao contraditório e a ampla defesa, bem como justificar os fatos ensejadores da sua decisão. O artigo 80 da referida Lei enumera as consequências decorrentes da rescisão unilateral.

a.2) Em se tratando de rescisão, ou seja, rescisão amigável, tendo em vista a existência de acordo entre as partes e conveniência concreta para a Administração, não há necessidade de se observar o princípio da ampla defesa e do contraditório. Nessa esteira, por orientação da jurisprudência dominante, nesse tipo de rescisão a Administração não poderá aplicar ao contratado as penalidades previstas no instrumento contratual.

a.3) Quanto a rescisão judicial, como o próprio nome sugere, há necessidade de demanda judicial interposta pela Administração ou pelo contratado objetivando a rescisão. Via de consequência, ela deve ser decretada pelo Poder Judiciário.



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS**

b) No que se refere à possibilidade de contratação direta com fundamento no artigo 24, IV da Lei 8.666/93, registrar que o mencionado inciso enumera alguns requisitos às contratações dele decorrentes, quais sejam:

- a dispensa é autorizada diante de situações de emergência ou de calamidade pública apenas quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possam ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

- à Administração é permitido adquirir somente os bens necessários à normalização da situação emergencial ou calamitosa;

- em se tratando de serviços e obras a duração dos contratos que venham a ser celebrados é limitada ao prazo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da data da emergência ou calamidade, sendo vedada sua prorrogação.

c) Esclarecer ao consulente que somente o gestor público pode reconhecer se está diante de uma situação fática em que a dispensa de licitação, permitida pelo legislador, se mostra como a medida adequada a fim de garantir o atendimento ao interesse público. Além disso, reconhecendo tal hipótese, é dever do gestor demonstrar a correlação lógica entre a contratação direta pretendida e a necessidade a ser atendida de imediato. A simples referência ao artigo da lei não se mostra suficiente para justificar a contratação.

d) Elucidar que a dispensa de licitação deve ser motivada pelo gestor, a quem é imposta ainda a obrigação de demonstrar que o tempo despendido para a realização do procedimento licitatório impossibilitaria o atendimento do interesse público, deixando claro que se trata de uma situação contingencial.

e) Advertir que a ausência de procedimento licitatório não significa o afastamento da Lei de Licitações. Ao contrário, a dispensa de licitação deve estar pautada nas hipóteses legais e observar as disposições contidas no artigo 26 da Lei nº 8.666/93.

III. Esclarecer ao consulente que a resposta a presente consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese e não do caso concreto, consoante o disposto no artigo 152 do RI-TCE/TO.

IV. Determinar a publicação desta Decisão no Boletim do TCE-TO, para que surta os efeitos legais necessários.

V. Determinar à Secretária do Tribunal Pleno que remeta ao consulente cópia do Relatório, Voto e Decisão.

VI. Após cumpridas todas as formalidades legais, remetam-se à Coordenadoria de Protocolo para adoção das providências de sua alçada.



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS**

SALA DAS SESSÕES, em Palmas, Capital do Estado do Tocantins,  
aos 27 dias do mês de junho de 2012.

Conselheira Leide Maria Dias Mota Amaral  
Relatora