

PARECER JURÍDICO

INTERESSADO: Município de São Valério
Secretaria Municipal de Planejamento

Assunto: Substituição de Instrumento de Contrato em procedimento de Aquisição/Contratação Direta.

EMENTA: Substituição de Instrumento de Contrato em procedimento de Aquisição/Contratação Direta - art. 62 da Lei 8.666/93. Possibilidade.

Relatório:

Vem ao exame dessa Assessoria Jurídica solicitação tocante a possibilidade de **Substituição de Instrumento de Contrato em procedimento de Aquisição/Contratação Direta**, despesa de pequeno valor.

Fundamentação:

A substituição do termo de contrato por documento equivalente é procedimento que, apesar de usual, costuma gerar dúvidas no dia a dia do administrador público. A questão é tratada no art. 62, *caput* e § 4º, da Lei nº 8.666/93, o qual regulamenta a formalização do instrumento contratual.

O *caput* do art. 62, da Lei de Licitações, estabelece que "O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais...".

O dispositivo engendra a regra acerca dos instrumentos aptos a serem utilizados quando da formalização dos contratos administrativos. De acordo com ele, **o uso do termo de contrato será obrigatório sempre que o valor da contratação superar aquele relativo ao uso da modalidade convite** ou seja, de R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) para aquisições e serviços comuns e de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais) para obras e serviços de engenharia.

Nos casos em contrário, a Administração poderá substituir aquele documento por instrumentos equivalentes, tais como a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra ou a ordem de execução de serviço.

Observe, todavia, que o § 4º do art. 62, por sua vez, prevê que o termo de contrato poderá ainda ser substituído nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica, independentemente do valor da contratação.

Essa hipótese é excepcional à regra prevista no *caput* do dispositivo. Dito de outro modo entende-se que o § 4º, do art. 62, faculta a dispensa do termo de contrato, nos casos de compra com entrega imediata, mesmo que o valor da obrigação supere aquele relativo ao uso da modalidade convite.

Portanto, tem-se duas hipóteses de dispensa do termo de contrato:

- a) aquelas nas quais o valor da obrigação não supera o limite para o uso da modalidade convite e;
- b) aquelas nas quais o valor da obrigação supera o limite para o uso da modalidade convite, mas o objeto do contrato consiste em compra com entrega imediata, da qual não resultam obrigações futuras, estendendo-se aos serviços de execução imediata;

Essa conclusão, note-se, parte de uma interpretação a qual classifica a previsão do § 4º, do art. 62, como uma exceção à regra prevista no *caput* daquele mesmo dispositivo. Esse raciocínio é corroborado por Joel de Menezes Niebuhr, o qual ensina que: "**De acordo com o *caput* do art. 62 da Lei nº 8.666/93, 'o instrumento do contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.'**"

Ou seja, se o valor do contrato, independentemente se ele foi precedido de licitação ou não, ultrapassar os limites preconizados na Lei nº 8.666/93 para a modalidade convite, então ele obrigatoriamente, em regra, deve ser formalizada por meio de *instrumento de contrato*. Se o valor do contrato não ultrapassar os limites da modalidade convite, então o *instrumento de contrato* pode ser substituído por outro instrumento que, de acordo com o dispositivo legal em comento, podem ser carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

Agregue-se, ainda, que o § 4º do art. 62 da Lei nº 8.666/93 também dispensa o *instrumento de contrato*, denominado por ele de *termo de contrato*, que é a mesmíssima coisa, a critério da Administração e independentemente do seu valor, nos casos de "compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica".

Veja-se que, nesse caso, do § 4º do art. 62 da Lei nº 8.666/93, pouco importa o valor do contrato. Não há limite de valor; o que importará é que o objeto do contrato possa ser qualificado como *compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica*". (Licitação pública e contrato administrativo. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 703).

Contudo, é preciso pontuar que o Tribunal de Contas da União aparentemente possui posicionamento diverso acerca do assunto. De acordo com aquela corte de Contas, o § 4º, do art. 62, da Lei de Licitações não consiste em exceção à regra do *caput*. Ao contrário, ele impõe um requisito que deve ser somado àqueles previstos no *caput* para a substituição do termo de contrato.

Outrossim, ainda que de exegese, a substituição do instrumento de contrato fora objeto de reconhecimento pelo tribunal de Contas da União com tese firmada sob a forma do Acórdão n. 1234/2018. Vejamos:

PLENÁRIO TC-025.898/2016-7

Apenso: TC-018.564/2015-1

Natureza: Representação

Representante: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog)

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO CONVERTIDA DE PARECER DA AUDITORIA INTERNA. DISCUSSÃO A RESPEITO DA LEGALIDADE DA DISPENSA DE TERMO DE CONTRATO E DA UTILIZAÇÃO DE OUTROS DOCUMENTOS NAS HIPÓTESES DE COMPRAS COM ENTREGA IMEDIATA. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO. POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE TERMO CONTRATUAL.

1. É juridicamente possível a formalização de contrato de fornecimento de bens para entrega imediata e integral, da qual não resulte obrigações futuras, por meio de nota de empenho, independentemente do valor ou da modalidade licitatória adotada, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei 8.666/1993 e à luz dos princípios da eficiência e da racionalidade administrativa que regem as contratações públicas.

2. Entende-se por "entrega imediata" (mencionada no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993) aquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido de fornecimento formal feito pela Administração, que deve ocorrer por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta esteja válida na ocasião da solicitação.

Nessa seara, ainda, por analogia, observa-se que tal posicionamento, há tempos, já se aplicava às contratações de serviços executados de forma imediata e sem obrigações acessórias, conforme se extrai do Acórdão n. 367/2003 do Tribunal de Contas da União. Vejamos:

"(...) 3. No tocante ao instrumento contratual, discordo das afirmações que indicam a sua obrigatoriedade. Na prestação de serviços ajustados via dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo valor seja equivalente aos limites estabelecidos para tomada de preços e concorrência, a formalização do instrumento contratual de fato é obrigatória, como determina o artigo 62, caput, da Lei 8.666/93. Contudo, no § 4º desse mesmo artigo, é prevista a possibilidade de dispensa do instrumento contratual, independentemente do seu valor, nos casos de compra para entrega imediata e integral dos bens e serviços adquiridos, da qual não resulte obrigações futuras, sendo permitido que o contrato seja substituído por carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução do serviço, instrumentos bem mais singelos que um contrato. O objetivo desse permissivo é desburocratizar o procedimento de compra naquelas hipóteses em que esteja evidenciado que o contrato será de pouca serventia para a Administração Pública devido à ausência de riscos na aquisição em questão.

4. No caso vertente, o objetivo buscado pela Administração foi a construção do pavilhão do Brasil na Feira de Hannover pela empresa Perich/Evidencia e a prestação de serviços audiovisuais. Pelo que consta dos autos, a empresa construiu o pavilhão e os serviços audiovisuais, a cargo da Dell'Art Produções Artísticas Ltda., foram regularmente prestados, sendo o pagamento feito em 05.09.2000, três meses após a inauguração da Exposição. A meu ver, em que pese o pagamento ter sido efetuado três meses após a entrega dos serviços, esse caso se enquadra perfeitamente na situação prevista no artigo 62, § 4º, da Lei 8.666/93, já que tal tipo de aquisição se assemelha a uma compra de produtos ou serviços com pagamento imediato, sem garantias futuras. Essa situação deixou evidente que não havia necessidade de formalização de um contrato, pois a Administração dispunha de outros mecanismos para resguardar-se de um eventual prejuízo. Assim, caso ocorressem falhas por parte dos prestadores dos serviços, bastaria ao gestor não receber a obra, bloqueando os pagamentos dos serviços, e impropriedades. O risco da contratação, portanto, seria praticamente inexistente liberando-os somente após a regularização das impropriedades. O risco da contratação, portanto, seria praticamente inexistente. (...)"

Na óptica da Corte de Contas da União, existiria apenas uma hipótese de substituição do termo de contrato por outro instrumento, qual seja, aquela nas quais o valor do objeto da contratação não ultrapassasse aquele relativo ao uso da modalidade convite, e ainda cuja entrega fosse imediata, não envolvendo obrigações futuras, estendendo-se aos serviços de execução imediata.

Esse entendimento foi inclusive alvo de resenha elaborada pelo TCU: