

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Folha de informação nº 58

do memo nº 76/2013 – SMS-1/Div. Contratos (TID 11529730)

em 27/01/14



Jussara R. Corrêa 
AGPP - RF 739.976 2.00
PCANAL

EMENTA Nº 11.649

O *caput* e §4º do art. 62 da Lei federal nº 8.666/93 contemplam hipóteses distintas acerca da possibilidade de substituição do termo de contrato por instrumentos simplificados e, por isso, podem ser aplicadas independentemente. No caso da substituição do termo de contrato, contudo, o edital deve trazer as regras de execução das obrigações contratadas. Ressalva-se jurisprudência contrária do TCU, que entende que os requisitos do *caput* e §4º devem ser lidos em conjunto, o que demanda atenção dos gestores municipais ao contratarem com recursos da União.

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

ASSUNTO : Exegese do *caput* e §4º do art. 62 da Lei federal nº 8.666/93. Condições para a “dispensa” da formalização de termo de contrato que não são cumulativas. Hipóteses distintas.

Informação nº 124/2014 - PGM/ALG

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Assessoria Jurídico-Consultiva
Senhora Procuradora Assessora Chefe

Trata-se de expediente autuado a pedido da divisão de contratos da pasta interessada, relatando que muitos medicamentos são adquiridos rotineiramente por meio de ata de registro de preços, com entrega parcelada, diante da inviabilidade de armazenamento de grandes quantidades em estoque devido ao prazo de validade curto. Relata, ainda, que o prazo médio para a entrega da nota de empenho é de aproximadamente 6 dias úteis desde a

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Folha de informação nº 59

do memo nº 76/2013 – SMS-1/Div. Contratos (TID 11529730)

em

27/01/14


Jussara R. Costa
AGPP - RF 739.978
PCMAJ

assinatura do despacho, enquanto a assinatura de um termo de contrato demanda prazo muito maior. Diante disso, questiona quanto à possibilidade de aquisição dos insumos através de anexo de empenho, fazendo constar o quantitativo do produto, forma de entrega e penalidades.

Houve divergência interna à assessoria jurídica da pasta, centrada na interpretação do art. 62 da Lei federal nº 8.666/93¹, mais especificamente se o *caput* do dispositivo deveria ser interpretado em conjunto com o §4º, ou se referido parágrafo trata de hipótese distinta em relação à situação prevista no *caput*. No primeiro caso, para a dispensa do termo de contrato e sua substituição por outros instrumentos, seria necessário que a modalidade de licitação não fosse concorrência ou tomada de preços (condição prevista no *caput*), e que o objeto do contrato não envolvesse obrigações futuras nem entrega parcelada. No segundo caso, admitir-se-ia a substituição do termo contratual tanto na hipótese prevista no *caput* (valor igual ou inferior ao valor limite para utilização do convite) quanto na prevista no §4º (compra entrega imediata, sem obrigações futuras).

Enquanto na manifestação de fls. 43/44 entendeu-se que a interpretação deveria ser feita em conjunto, na de fls. 46/53 expôs-se que o *caput* e o §4º tratam de duas situações distintas. O i. Procurador Chefe da assessoria jurídica encampou a segunda posição, por entender que o §4º abre uma exceção ao *caput*, prevendo nova situação em que não seria obrigatório o termo contratual. Assim, nos casos referidos pela divisão de contratos (valor inserido no valor limite do convite, mas com entrega parcelada), não seria necessário o termo, por enquadrar-se na hipótese do *caput*, não se cogitando da aplicação do §4º. De todo modo, sugeriu a oitiva desta Procuradoria Geral.

¹ "Art. 62. 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 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.

§ 4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica."

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**Folha de informação nº 60

do memo nº 76/2013 – SMS-1/Div. Contratos (TID 11529730)

em 27/01/14
Jussara R. Correa Oliveira
AGPP - RF 739.978.2.00
PCMAJCÉ o relato do necessário.

Estamos de acordo com a posição do i. Procurador Chefe de SMS/AJ. A redação do art. 62 da Lei federal nº 8.666/93 deixa claro, ao nosso ver, que a hipótese regulada no §4º é uma exceção à regra no sentido de que o termo 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*. Bem se sabe que a escolha da modalidade de licitação (concorrência ou tomada de preços) se baseia no valor, do que se infere que este é essencial para a definição da obrigatoriedade ou não do termo de contrato. Nos termos da previsão do *caput*, portanto, se a modalidade for convite, o termo de contrato poderia ser substituído por outros instrumentos.

No final do dispositivo, o §4º acrescenta nova hipótese de admissão de instrumento contratual que não o termo de contrato: *compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica, independentemente do valor*.

Não há, ao nosso ver, como se interpretar as disposições do *caput* e do §4º em conjunto porque tratam de situações distintas: enquanto no *caput* o valor é o principal critério para a definição da exigência ou não do termo contratual, o §4º prevê expressamente que, para a sua incidência,

independe o valor. Ademais, o §4º só se aplica às compras, enquanto o *caput* não restringe o objeto do contrato (inclusive menciona a substituição do termo contratual por ordem de execução de serviço). O *caput* e §4º contemplam, portanto, dois fundamentos distintos para a substituição do termo, respectivamente: a baixa importância financeira da contratação, o que demandaria a simplificação do procedimento; e a possibilidade de cumprimento imediato do ajuste, o que tornaria pouco relevante a existência de um termo contratual a reger as relações entre as partes durante a execução do ajuste.

Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado, para quem “a conclusão a que se deve chegar é no sentido de que sempre deverá existir algum documento escrito – tais como carta-contrato, nota de empenho de

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**Folha de informação nº **61**

do memo nº 76/2013 – SMS-1/Div. Contratos (TID 11529730)

em **27/01/14**
Jussara R. Costa Oliveira
AGPP – RF 739.978.2.00
PCMA/SC

despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço –, mas o instrumento do contrato, que deverá conter os requisitos do art. 55, somente será obrigatório para aqueles cujos valores sejam superiores aos indicados no parágrafo anterior [refere-se às compras e serviços acima dos valores para a utilização de convite]”.

Referido entendimento também foi o resenhado pela Consultoria Zênite, nos seguintes termos:

Nessa seara, teríamos 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.

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,

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Folha de informação nº

do memo nº 76/2013 – SMS-1/Div. Contratos (TID 11529730)

em

27, 01, 14

Jussara R. Correa Oliveira
AGPP - RF 739.978.2.00

*podem ser carta-contrato, nota de empenho de despesa ou
autorização de compra ou ordem de execução de serviço.*

(...)

Agregue-se 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).¹²

Nos casos em que é admitida a substituição do termo de contrato, convém que o edital de licitação antecipe disposições referentes à execução do contrato, como penalidades e forma de execução, que também devem ser reprisadas no instrumento substitutivo. Isto porque os licitantes devem conhecer, quando do certame, as condições de execução do ajuste.

Por fim, pertinente ressaltar que, ao que parece, o TCU tem entendimento diverso do aqui exposto. A Secretaria das Sessões chegou a repenhar o seguinte entendimento, com base na jurisprudência da Corte de Contas da União: "A contratação deve ser formalizada obrigatoriamente por meio de termo de contrato sempre que houver obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços, independentemente da modalidade de licitação sua dispensa ou inexigibilidade, conforme preconizado no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993". Portanto, quando a contratação envolver recursos da União – e, portanto, submeter-se à fiscalização do TCU –, a

¹² Texto extraído de <http://www.zenite.blog.br/substituicao-de-termo-de-contrato-por-instrumento-equivalente/#.UjFqLNUTkg>, de autoria de Pedro Henrique Braz de Vita, de 31/5/2012.

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

Folha de informação nº ⁶³

do memo nº 76/2013 – SMS-1/Div. Contratos (TID 11529730)

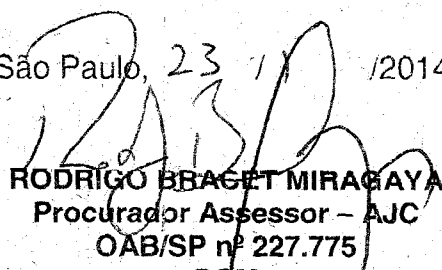
em 27 / 01 / 14

Jussara R. Gomes Adv.
AGPP – RF 799.976.21
PCMAJC

formalização de termo de contrato nos casos de obrigações futuras pode evitar problemas futuros para os gestores.

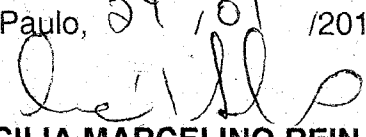
É como nos parece.

São Paulo, 23 / 11 / 2014.


RODRIGO BRACET MIRAGAYA
Procurador Assessor – AJC
OAB/SP nº 227.775
PGM

De acordo,

São Paulo, 24 / 01 / 2014.


CECILIA MARCELINO REINA
Procuradora Assessora Chefe Substituta
OAB/SP 81.408
PGM

**SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**

do memo nº 76/2013 – SMS-1/Div. Contratos (TID 11529730)

Folha de informação nº 64

em 27 / 01 / 14


Jussara R. Correa OR
AGPP - RF 739.978.2
PGM/AJC

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

ASSUNTO : Exegese do *caput* e §4º do art. 62 da Lei federal nº 8.666/93. Condições para a “dispensa” da formalização de termo de contrato que não são cumulativas. Hipóteses distintas.

Cont. da Informação nº 124/2014 – PGM.AJC

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Senhor Secretário

Encaminho, à Vossa Excelência, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acompanho, no sentido de que: (1) o *caput* e §4º do art. 62 da Lei federal nº 8.666/93 contemplam hipóteses distintas a respeito da possibilidade de substituição do termo de contrato por outros instrumentos simplificados; (2) nos casos de “dispensa” do termo de contrato, o edital e/ou anexos devem prever as regras de execução das obrigações; (3) quando o contrato estiver submetido à fiscalização do TCU, o gestor deve atentar para o entendimento diverso da Corte de Contas da União, revelando-se recomendável a lavratura de termo de contrato quando seu objeto envolver obrigações futuras.

São Paulo, 29 / 1 / 2014.


ANTONIO MIGUEL AITH NETO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO substituto
OAB/SP 88.619
PGM