

## GRUPO II – CLASSE VII – 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.

## RELATÓRIO

O presente processo administrativo é referente a auditoria interna com o objetivo de dar continuidade à avaliação da adequação e da observância de controles internos administrativos e à identificação dos principais riscos e oportunidades de melhoria relacionados à construção da Escola Superior de Controle (Esuc). Nesta ocasião, discute-se a legalidade da dispensa de termo de contrato e da utilização de outros documentos nas hipóteses de compras com entrega imediata.

2. A matéria havia sido apresentada para a apreciação do Presidente deste Tribunal, que, com base no art. 28, inciso XIV, do Regimento Interno, decidiu submetê-la ao Plenário, por ter considerado relevante a questão.

3. Transcrevo, inicialmente o parecer da Conjur, cujo pronunciamento foi solicitado pelo Presidente do TCU:

*“Tratam os autos de auditoria interna realizada nas obras de construção da Escola Superior de Controle – Esuc, com o objetivo de avaliar a adequação e observância de controles internos administrativos e identificar riscos e oportunidades de melhoria.*

*2. De natureza complementar ao acompanhamento procedido em 2015 no âmbito do TC n. 018.564/2015-1, a referida auditoria examinou ‘questões relativas a termos aditivos e apostilamentos; mobiliários; rede de dados; e contrato de apoio à supervisão, conforme matriz de planejamento’ (doc. 18).*

*3. Ao fim dos trabalhos, a Secretaria de Auditoria Interna submeteu os autos à consideração da Presidência desta Casa (doc. 25), com a proposta de recomendação à Secretaria-Geral de Administração nos seguintes termos:*

‘23.1 Adote o posicionamento consignado em parecer da Conjur exarado nos autos do TC 011.499/2016-8 (peça 26) no sentido de indispensabilidade do termo de contrato em compras com prazo de entrega superior a trinta dias da data da apresentação da proposta;

23.2 Em caso de irresignação com o entendimento supra, proceda a consulta junto à Conjur sobre a possibilidade de o prazo de entrega, na dispensa de termo de contrato em compra para entrega imediata, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei n. 8.666/93, ser contado a partir do recebimento da nota de empenho pela contratada, e não da apresentação da proposta.’

4. Posteriormente, o Exmo. Ministro-Presidente do TCU ordenou seja esta Consultoria ouvida quanto à questão suscitada nos parágrafos 23.1 e 23.2 do despacho emitido pelo Sr. Secretário de Auditoria Interna – Seaud (doc. 26).

#### ***Da questão submetida à Consultoria Jurídica***

5. O objeto da presente manifestação cinge-se à possibilidade jurídica de o recebimento da nota de empenho pelo licitante ser considerado termo inicial do prazo contido na definição de ‘entrega imediata’ para a tomada de decisão quanto à dispensabilidade do contratual.

6. Neste ponto, é oportuna a transcrição dos dispositivos da Lei nº 8.666/1993 relacionados ao tema:

**‘Art. 40. § 4º Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, poderão ser dispensadas:**

**I - o disposto no inciso XI deste artigo;**

**II - a atualização financeira a que se refere a alínea ‘c’ do inciso XIV deste artigo, correspondente ao período compreendido entre as datas do adimplemento e a prevista para o pagamento, desde que não superior a quinze dias.’**

**‘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.’**

7. A Lei de Licitações apresenta em seu art. 40, § 4º, de forma expressa, definição de **compras para entrega imediata** como sendo ‘aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta’.

8. O art. 62, por sua vez, disciplina a(s) hipótese(s) em que o termo de contrato poderá ser dispensado e substituído por outros instrumentos, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

9. A fim de fornecer resposta jurídica apropriada à questão submetida a esta Consultoria, reputa-se necessária a reflexão acerca dos seguintes tópicos: da interpretação do disposto no art. 62 da Lei de Licitações e da adequação do conceito de ‘entrega imediata’ (art. 40, § 4º) à disciplina do art. 62.

10. Quanto ao disposto no art. 62 – **caput** e § 4º –, vislumbra-se duas interpretações possíveis. A primeira delas conduz a hipóteses distintas de dispensa do termo de contrato: i) caso em que o valor não é superior ao limite da modalidade convite e; ii) caso em que, independentemente do valor superior ao limite da modalidade convite, o objeto da contratação é compra com entrega imediata, da qual não resultam obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

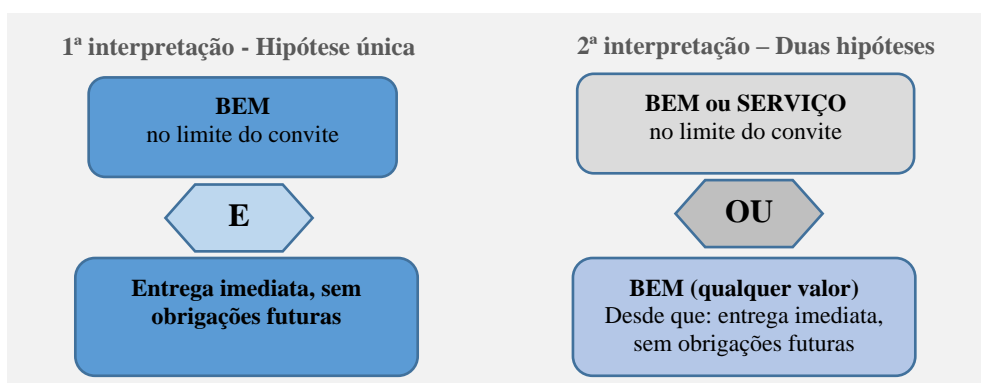
11. Esse raciocínio, conforme indicado no TC n. 011.499/2016-8 (doc. 26), encontra vozes na doutrina e compreende o disposto no § 4º como uma exceção ao **caput** do artigo 62 da Lei n. 8.666/1993.

12. Por outro lado, como exemplo da segunda linha hermenêutica, o Tribunal de Contas da

União já se manifestou no sentido de que existiria uma hipótese de substituição do termo de contrato por outro instrumento equivalente, que abrangeria cumulativamente os requisitos dispostos no **caput** e no § 4º do artigo 62 da Lei n. 8.666/1993:

‘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 n. 8.666/1993.’

13. Didaticamente, as duas interpretações citadas podem ser resumidas no diagrama abaixo:



14. Vale notar que recentes acórdãos do TCU que trataram da matéria também apresentam a referida divergência, a exemplo do Acórdão nº 3352/2015-Plenário:

‘6.1.2. Na jurisprudência desta Casa, conforme podemos denotar do Acórdão 2147/2015-P, com posicionamento acolhido pelo Exmo. Sr. Ministro José Múcio Monteiro, existem divergências de entendimento (como no Acórdão 3528/2015-P) quanto à interpretação do dispositivo:

‘7.9. Dessa norma, extraem-se duas interpretações relevantes. Primeiramente, mesmo no caso de contratações com valores inseridos nos limites da concorrência e tomada de preços, quando a entrega dos bens adquiridos for imediata e integral, o termo de contrato é dispensável. De outro lado, caso das contratações resultem em obrigações futuras, o instrumento formalizado é obrigatório.

7.10. Muitos analistas entendem o dispositivo como exceção dupla ao art. 62 do Estatuto, pois prevê a possibilidade de aquisições sem termo de contrato em qualquer hipótese e obrigatoriedade do instrumento contratual, mesmo em valores abaixo dos limites da concorrência e da tomada de preços. Para o último caso, bastaria a existência de obrigações futuras.

7.11. O Tribunal tem manifestações nos dois sentidos, mas mantém jurisprudência sistematizada com entendimento de que 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;’

15. De mais a mais, na linha dos ensinamentos de autores consagrados, como Jacoby Fernandes<sup>1</sup>, Maria Sylvia Di Pietro<sup>2</sup> e Joel Niebuhr<sup>3</sup>, a redação do art. 62 – **caput** e § 4º – elencaria

<sup>1</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação direta sem licitação. 10. Ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

diferentes hipóteses em que o instrumento contratual é dispensável, alinhando-se à 2ª interpretação apresentada no diagrama acima.

16. Partindo dessa premissa, quanto à definição de ‘entrega imediata’ apresentada no art. 40, § 4º, da Lei de Licitações, ciente de que o exame jurídico requerido não deve se ater apenas à interpretação literal da legislação – o que tornaria a análise prescindível –, acredita-se ser necessário examinar o objetivo da norma a fim de verificar a adequação do conceito à disciplina do art. 62.

17. A rigor, a norma contida no § 4º do art. 40 visa à **simplificação do edital e à proteção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta** ao longo do procedimento licitatório.

18. Na ocasião do advento da Lei nº 8.666/1993, a fixação de um prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da apresentação da proposta justificava-se em razão do cenário inflacionário e da possibilidade existente à época de realizar reajustes e atualizações financeiras em prazo inferior a um ano<sup>4</sup>.

19. O § 4º do art. 62, por sua vez, visa à **eficiência administrativa** ao simplificar a formalização das relações contratuais, prezando também pela segurança jurídica necessária à correta execução das obrigações.

20. Acerca do tema, Marçal Justen Filho indica que o disposto no **caput** e no § 4º do art. 62 relacionam-se com a previsão do art. 15, III, segundo o qual:

‘As compras da Administração Pública deverão (‘sempre que possível’) submeter-se às condições de aquisição praticadas no setor privado. **A Lei acolhe o informalismo do Direito Comercial, sempre que inexistir riscos de maior dimensão para os interesses fundamentais**’.<sup>5</sup>

21. No mesmo sentido já se manifestou o Plenário do TCU sobre dispensa contida no § 4º do art. 62, **litteris**:

‘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.’ (Acórdão 367/2003 – Plenário)

22. Assim, valendo-se do mesmo fundamento utilizado pelas Consultorias Jurídicas da União nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo para a edição da Orientação Normativa Conjunta CJU/RJ e CJU/ES Nº 2/2013, compreende-se adequada aos princípios da eficiência e da proporcionalidade, e razoável a interpretação de que o uso de definição contida em uma norma voltada à proteção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta, criada a partir do cenário inflacionário da época, não seja adequada a determinar a obrigatoriedade de formalização de instrumento contratual após o regular certame licitatório.

23. Ademais, é preciso destacar que os instrumentos convocatórios dos certames, ao dispor sobre os prazos de entrega do objeto licitado, utilizam como marco inicial a data de assinatura do contrato (ou do pedido) e nunca a data prevista para apresentação das propostas. Nota-se que essa conduta decorre da indefinição acerca do tempo a ser dispendido até a homologação do certame.

24. Cumpre observar que o uso direto e literal da definição do § 4º do art. 40 para a tomada

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela **in** Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos / coordenação Jessé Torres Pereira Junior. São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 344-345.

<sup>3</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes Licitação pública e contrato administrativo / Joel de Menezes Niebuhr. – 4. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. Págs 834-835: ‘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 formalizado por meio de instrumento de contrato. (...) 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 de 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 importa 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’.

<sup>4</sup> Atualmente, esta prática encontra-se vedada pelo art. 2º, §1º, da Lei nº 10.192/2001.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1157.



de decisão acerca da dispensa do termo de contrato se mostraria contraditório com algumas práticas aceitas e arraigadas na Administração Pública. Como exemplo, a rigor, não seria possível prever a substituição do instrumento contratual por nota de empenho em licitações realizadas pelo sistema de registro de preços cuja validade da ata superasse trinta dias.

25. Além disso, parcela da doutrina indica que a substituição do termo contratual somente possui relevância nas contratações diretas. Marçal Justen Filho, p. ex., ressalta que ‘quando existir licitação antecedente à compra, a dispensa do instrumento específico não apresenta maior importância: todas as cláusulas acerca do negócio estarão previstas no ato convocatório’<sup>6</sup>.

26. Poder-se-ia considerar, também, que os artigos 40 e 62 da Lei de Licitações direcionam-se a fases distintas do procedimento licitatório (planejamento e execução) e que, em tese, não haveria incremento nos riscos relacionados às contratações.

27. No entanto, apesar de compreender razoável a interpretação de considerar o recebimento da nota de empenho pelo licitante como termo inicial do prazo contido na definição de ‘entrega imediata’ para a tomada de decisão quanto à dispensabilidade do contratual, **mas diante da ausência de jurisprudência assentada sobre o ponto e do exercício hermenêutico necessário a superar a literalidade dos dispositivos legais, esta Consultoria entende que nas suas contratações esta Corte de Contas deve continuar considerando indispensável o termo de contrato em compras com prazo de entrega superior a trinta dias da data da apresentação da proposta.**

28. Caso a Administração deste Tribunal entenda pertinente o aprofundamento da questão, visando à implementação de nova interpretação para os citados dispositivos legais, esta Consultoria Jurídica sugere que a matéria seja objeto de uma representação pela área técnica diretamente interessada, a fim de provocar o Plenário do TCU a se manifestar sobre o tema.

29. Importa ressaltar que, nessa hipótese, o entendimento que vier a ser adotado pelo Plenário do TCU poderá ser aplicado não apenas pela Administração desta Corte, mas por toda a Administração Pública.

30. Pelo exposto, após a análise dos aspectos jurídicos que envolvem a demanda, restituímos os autos ao Gabinete da Presidência, para as devidas providências.”

4. Na sequência, reproduzo a manifestação da Segedam:

“Considerando o disposto no art. 28, incisos XIV e XXXIV, da Resolução-TCU nº 246, de 30/11/2011 (Regimento Interno do TCU), bem como a sugestão contida no item 28 do parecer jurídico inserto à peça 27 destes autos, destacada por Vossa Excelência no despacho de peça 28, venho, por meio desta Representação, apresentar ponderações e oferecer propostas de fixação de entendimento e estabelecimento de diretrizes a serem observadas quanto à formalização contratos de aquisição de bens com entrega imediata, a serem, segundo vosso juízo, submetidas à apreciação do Plenário desta Egrégia Corte.

2. Permito-me principiar e contextualizar a matéria objeto desta Representação tomando emprestada, na literalidade, a pormenorizada introdução feita pelo titular da Diretoria de Gestão Contratual – Dicad/Selip, em sua manifestação à peça 33 (destaques do original) – da qual extrairéi também, mais adiante, as proposições de mérito:

‘Os presentes autos foram constituídos a partir da Portaria-Secoi n.º 18, de 1º de setembro de 2016, peça 1, por meio da qual foi determinada a realização de auditoria interna ‘com o objetivo de dar continuidade à avaliação da adequação e da observância de controles internos administrativos e à identificação dos principais riscos e oportunidades de melhoria relacionados à construção da Escola Superior de Controle (Esuc)’.

2. A Diretoria de Acompanhamento e Orientação de Gestão (Diages/Secoi), no relatório preliminar de peça 19, subitem 3.3, apontou divergência de entendimento entre a Dipat e a Conjur quanto à formalização de contrato por nota de empenho, quando o objeto se tratar de fornecimento com prazo de entrega de até 30 dias, contado do recebimento, pelo contratado, da nota de empenho.

---

<sup>6</sup> Idem.

Consignou-se que a Conjur entende que a hipótese não é de 'compra com entrega imediata e integral', a exigir, assim, a formalização por termo de contrato.

3. A **Diages** registrou em seu relatório que o art. 40, § 4º, da Lei n.º 8.666/93 'estabelece que as compras para entrega imediata são aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta.' Porém, o Tribunal passou a contratar, a partir de 2016, o fornecimento de mobiliário, dispondo que o prazo para entrega e instalação é de 30 dias, contados do recebimento da nota de empenho pelo contratado, o que contrariaria a Lei.

4. Conclui a **Diages** que tal fato constitui 'uma deficiência na estrutura de controle interno da instituição, bem como uma fonte de risco relacionado à contratação que pode ameaçar o atingimento dos objetivos de conformidade da instituição.'

5. A **Selip** se manifestou sobre os termos do mencionado relatório preliminar, peça 21, aduzindo quanto ao ponto, naquela oportunidade, em síntese, o seguinte:

5.1. Em parecer emitido em 3.2.2009, nos autos do processo n.º 013.953/2007-8, a Conjur registrou que 'a doutrina não é unânime quanto ao significado do termo 'imediata'. Alguns doutrinadores defendem que se deve utilizar como parâmetro o § 4º do artigo 40 da Lei nº 8.666/1993 e outros que esse dispositivo não pode ser utilizado, de modo que imediatidade seria a entrega incontinente, logo após a contratação' (grifos no original);

5.2. A adoção da nota de empenho fundamenta-se nos princípios da 'eficiência, celeridade, economicidade e racionalização administrativa';

5.3. Formalizar tais contratações, de 'baixa complexidade', por termo de contrato significaria sujeitá-las a um 'rito mais prolixo e complexo, consistente na utilização de termo contratual. Tal procedimento acarretaria maiores custos administrativos e exigiria maiores esforços para conclusão da aquisição';

5.4. Concluímos, na oportunidade, colacionando a informação de que, nos editais do Tribunal para aquisição de mobiliário, 'há um prazo limite para entrega do produto após a ciência quanto à emissão da nota de empenho e que, em regra, é de até 30 (trinta) dias corridos' e que esse procedimento é o padrão utilizado nas contratações do Tribunal.

6. Em novo Relatório, a 1ª Diretoria Técnica da Secretaria de Auditoria Interna (Seaud) apreciou a manifestação desta Selip, aduzindo, em síntese, o seguinte:

6.1. 'A obrigatoriedade do instrumento de contrato é regra estabelecida pelo art. 62, **caput**, da Lei 8.666/1993. Uma das exceções a esta regra é a possibilidade de substituição do instrumento de contrato, quando a entrega dos bens for imediata e integral, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica, conforme § 4º do mesmo artigo';

6.2. 'A definição de compras para entrega imediata nos processos licitatórios no âmbito dos Poderes Públicos encontra-se no art. 40, § 4º, da Lei 8.666/1993. São de entrega imediata as compras com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta';

6.3. Formalizar-se a contratação por nota de empenho, na hipótese em comento, importaria em violação do princípio da legalidade, porquanto 'a Administração Pública, diferentemente da administração privada, só pode fazer o que está autorizado em lei';

6.4. 'A substituição do instrumento de contrato pela nota de empenho, no fundamento adotado pela administração, só seria possível para compras cujo prazo de entrega encontre-se dentro dos limites do art. 40, § 4º, da Lei 8.666/1993. O não atendimento desta condição aumenta a probabilidade de questionamentos jurídicos, o que pode prejudicar os objetivos institucionais';

6.5. Ante tais razões, a Seaud propôs ao Sr. Presidente do Tribunal recomendar à Segedam 'que observe o prazo de entrega de até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, quando das aquisições para entrega imediata, conforme art. 40, § 4º, da Lei 8.666/1993.'

7. O Secretário da Seaud, em manifestação de peça 25, anuiu à proposta da 1ª Diretoria Técnica e, a fim de corroborar o entendimento daquela unidade, colacionou excertos de lições doutrinas e de votos de ministros relatores, em julgados proferidos pelo TCU, os quais revelariam que o marco inicial para contagem do prazo de 30 dias para entrega do bem é a data da apresentação da

proposta, para fins de formalização por nota de empenho, e não a data de recebimento da nota de empenho pelo contratado.

8. Ao fim, o titular da Seaud propôs à Presidência recomendar à Segedam que:

‘23.1 Adote o posicionamento consignado em parecer da Conjur exarado nos autos do TC 011.499/2016-8, peça 26, no sentido de **indispensabilidade do termo de contrato em compras com prazo de entrega superior a trinta dias da data da apresentação da proposta**;

23.2 Em caso de irresignação com o entendimento supra, proceda a consulta junto à Conjur sobre a possibilidade de o prazo de entrega, na dispensa de termo de contrato em compra para entrega imediata, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei n. 8.666/93, ser contado a partir do recebimento da nota de empenho pela contratada, e não da apresentação da proposta.’ (destacamos)

9. O Senhor Ministro Presidente houve por bem em colher a manifestação da Conjur a respeito da questão, dada a natureza eminentemente jurídica do imbróglio, vide despacho de peça 26.

10. Em parecer de peça 27, a Conjur manifestou entendimento de que o Tribunal, em suas contratações, **‘deve continuar considerando indispensável o termo de contrato em compras com prazo de entrega superior a trinta dias da data da apresentação da proposta’** (grifos no original). Para chegar a tal conclusão, aquela unidade especializada partiu das seguintes premissas, em síntese:

10.1. Duas são as possibilidades de interpretação dos dispositivos em análise (art. 40, § 4º e art. 62, **caput** e § 4º, da Lei n.º 8.666/93), que autorizam a dispensa de formalização do negócio por instrumento de contrato: 1ª) caso o valor dos bens adquiridos não ultrapasse o limite para utilização da modalidade convite; e 2ª) independentemente do valor dos bens objeto da contratação, se a compra é para entrega imediata, da qual não resultem obrigações futuras;

10.2. Colhem-se da jurisprudência do TCU julgados que refletem a divergência de entendimento quanto à interpretação dos dispositivos: a) pela dispensa de formalização por instrumento de contrato, pouco importando o valor dos bens adquiridos, conquanto que a entrega seja imediata e integral; b) é obrigatória a formalização por instrumento de contrato, caso haja obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços, pouco importando valor da avença;

10.3. O entendimento da doutrina abalizada tem sido no sentido da dispensa de formalização por instrumento de contrato, nos casos em que: 1º) o valor do negócio se situe no limite da modalidade convite; 2º) qualquer que seja o valor do bem, a entrega seja imediata e sem obrigações futuras;

10.4. O comando contido no § 4º do art. 40 da Lei n.º 8.666/93 objetiva **‘à simplificação do edital e à proteção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta** ao longo do procedimento licitatório’ (grifo no original); isso porque, à época da edição da Lei n.º 8.666/93 vigorava no País ambiente econômico inflacionário, em que se permitia reajustamentos por prazo inferior a um ano;

10.5. Já o comando do § 4º do art. 62, ‘por sua vez, visa a **eficiência administrativa** ao simplificar a formalização das relações contratuais, prezando também pela segurança jurídica necessária à correta execução das obrigações’ (grifo no original);

10.6. A dispensa do instrumento de contrato, na hipótese autorizada por este último dispositivo, ‘compreende-se adequada aos princípios da eficiência e da proporcionalidade, e razoável a interpretação de que o uso de definição contida em uma norma voltada à proteção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta, criada a partir do cenário inflacionário da época, não seja adequada a determinar a obrigatoriedade de formalização de instrumento contratual após o regular certame licitatório’;

10.7. Ademais, consigna a Conjur, ‘o uso direto e literal da definição do § 4º do art. 40 para a tomada de decisão acerca da dispensa do termo de contrato se mostraria contraditório com algumas práticas aceitas e arraigadas na Administração Pública’, a exemplo do registro de preços.

11. Não obstante a linha de argumentação desenvolvida pela Conjur, no parecer mencionado, pudesse levar à conclusão de que não haveria ilicitude na dispensa do instrumento de contrato, na hipótese ora em análise, a recomendação daquela unidade foi no sentido de que se **‘continuar**

**considerando indispensável o termo de contrato em compras com prazo de entrega superior a trinta dias da data da apresentação da proposta**’.

12. Importa frisar que, diferentemente do que apontado pela Conjur, a prática rotineira que tem sido adotada pela Segedam não é a formalização de tais contratações por instrumento de contrato, mas por nota de empenho.

13. Acolhendo o parecer da Conjur, o Senhor Ministro Presidente, em Despacho de peça 28, determinou que a Segedam ‘siga as orientações neles assentadas, no sentido de considerar indispensável termo de contrato nas compras de bens com prazo de entrega superior a 30 (trinta) dias, contados da data da apresentação da proposta.’ Salientou, contudo, que nada obsta que a Segedam ofereça representação ao Plenário do Tribunal, para exame da matéria.

14. Em obediência à determinação da Presidência, o Sr. Secretário-Geral de Administração, por meio do despacho de peça 29, encaminhou os autos à Selip, orientando para que ‘seja considerada indispensável a formalização de termo de contrato nas aquisições de bens cujo prazo de entrega seja superior a 30 (trinta) dias, contados da data de apresentação da proposta’ (grifos no original), bem como para avaliar ‘o cabimento de representar ao Plenário do TCU a respeito da matéria em exame, conforme possibilidade ressalvada pela Conjur e pela Presidência.’

15. Na sequência, a Selip, por meio do despacho de peça 30, remeteu os autos para ciência e manifestação das três diretorias que a integram, Diretoria de Licitações - Dilic, Diretoria de Patrimônio - Dipat e Diretoria de Gestão Contratual - Dicad, razão pela qual, na condição de Diretor da Dicad, unidade que será bastante afetada em face do aumento da quantidade de contratos a serem formalizados e geridos, faço as proposições seguintes, para que sigam os trâmites de praxe, com os ajustes que a Selip e a Segedam julgarem cabíveis.’

3. No ponto, convém aduzir breve síntese da manifestação das demais Diretorias da Secretaria de Licitações, Contratos e Patrimônio – Selip, nos termos relatados no despacho de peça 34, de lavra do titular daquela Secretaria:

‘4. A Diretoria de Licitações (Dilic), em resposta, à peça nº 31, lembrou que, em razão da impossibilidade de se prever o tempo de duração dos atos praticados na fase externa da licitação (análise da proposta, habilitação, recurso, adjudicação e homologação), na prática, todo e qualquer processo, independente do prazo exigido para a entrega do objeto, deverá conter minuta de termo contratual.

5. A Diretoria de Material e Patrimônio (Dipat) advertiu, à peça nº 32, que, em função do momento econômico pelo qual atravessa o país, nota-se claramente a dificuldade de os fornecedores terem bens em estoque para atendimento de eventuais demandas e que o prazo de 30 (trinta) dias para entrega de bens, principalmente mobiliários, o que tem acarretado grandes dificuldades aos fornecedores e constantes pedidos de prorrogação da data de entrega.

6. É primaz ressaltar, sob essa perspectiva, que tal problema vem ocorrendo mesmo sendo considerado como marco inicial a data de recebimento da nota de empenho pelo contratado. A situação tende a piorar a partir do momento em que, como termo inaugural, seja adotada a data da proposta.’

4. No mesmo expediente, o titular da Selip, ao passo em que se colocou plenamente alinhado aos pronunciamentos das referidas unidades, houve por bem acrescentar precisas observações, com o fito de delinear a relevância e a pertinência das propostas aqui contidas – as quais cabe, pois, transcrever na íntegra, a seguir:

‘11. De plano, impende anotar, como bem frisou o diretor da unidade técnica de gestão contratual, que o apego exagerado à interpretação literal de determinada regra, de forma desconectada ao sistema jurídico em que se encontra inserida, pode inviabilizar o atendimento de outros princípios e normas também aplicáveis.

12. Nesse sentido, vale recuperar ensinamento de Luís Roberto Barroso, para quem a interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir significado a textos ou outros



*elementos normativos (como princípios implícitos, costumes e precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas.*

*13. Trata-se, portanto, de atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. Dessarte, a aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, a sua incidência sobre fatos relevantes, em que se dá a conversão da disposição abstrata em uma norma concreta, com pretensão de a conformar à realidade do Direito.*

*14. Eros Roberto Grau alerta, de modo idêntico, para o equívoco de se interpretar 'norma'. Para ele, o que se interpreta é o texto normativo, e desta interpretação resulta a norma. A interpretação é, pois, atividade que se presta a transformar textos em normas.*

*15. In casu, observa-se que a simples interpretação literal do dispositivo legal, ao arrepio da própria realidade que permeia o processo licitatório, deve ser afastada.*

*16. Qualquer pessoa que opere licitações públicas sabe que considerar como marco inicial, para contagem do prazo de 30 (trinta) dias para caracterização de entrega imediata, a data da apresentação da proposta, torna completamente inaplicável a previsão contida no § 4º do art. 40 da Lei nº 8.666/1993, tendo-se em conta que o procedimento previsto engloba uma série de outras ações posteriores (análise da proposta, habilitação, recurso, adjudicação e homologação), algumas sem prazo certo de conclusão.*

*17. Acolhida a hipótese de que o prazo de 30 (trinta) dias pudesse ser considerado a partir da data de homologação do certame, tal juízo poderia até poderia soar como mais acertado, apesar de também não resolver o problema. Todavia, a interpretação de computá-lo desde a apresentação da proposta, pelas razões postas, demonstra-se completamente desprovida de razoabilidade.*

*18. Adotado esse segundo entendimento, ora imposto pelo Tribunal, quase todos os certames indicariam a necessidade de utilização de instrumento contratual, exigência essa que contraria inúmeros outros parâmetros a serem considerados pelo administrador público.*

*19. Cito, a título de exemplo, o atendimento ao princípio da eficiência, alçado à essa condição pela Emenda Constitucional nº 19/1998, e, em razão do qual, deve-se objetivar sempre maior qualidade e economicidade dos atos e procedimentos administrativos, de maneira a melhorar a relação custo/benefício nos trabalhos executados em órgãos e entidades públicos.*

*20. Nesse mesmo diapasão, o alcance do objeto com racionalidade administrativa, o que implica na necessidade de medição dos custos administrativos envolvidos no processo de obtenção do fim pretendido.*

*21. No tocante à matéria, assinalo que já manifestei, nestes autos, que a adoção da nota de empenho fundamenta-se nos princípios da eficiência, celeridade, economicidade e racionalização administrativa e que a formalização de contratações, de baixa complexidade, por termo de contrato, significaria sujeitá-las a um rito mais prolixo e complexo. Tal procedimento acarretaria maiores custos administrativos e exigiria maiores esforços para conclusão da aquisição.*

*22. Consigne-se, sob o pálio dessa interpretação, que o Acórdão-TCU nº 1.214/2013 - Plenário, superando em vários aspectos o texto da Lei nº 8.666/1993, privilegiou o alcance e a efetividade das contratações de serviços terceirizados que vinham sendo realizadas pela esfera pública.*

*23. Lembro que a origem desta decisão foi o recebimento de representação formulada pela extinta Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos deste Tribunal de Contas da União (Adplan/TCU), com o objetivo de apresentar proposições de melhorias nos procedimentos relativos à contratação e à execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal.*

*24. Isto porque, nos anos que a antecederam, passaram a ocorrer com maior frequência problemas na execução desse tipo de contrato, com interrupções na prestação dos serviços, ausência de pagamento de salários e outras verbas trabalhistas aos funcionários, trazendo prejuízos à administração e aos trabalhadores.*

25. Entre tantas alterações trazidas pela precitada decisão colegiada, constam inúmeras recomendações referentes a questões variadas: ao procedimento para pagamento dos serviços prestados; às condições para apresentação da garantia contratual; à forma de como comprovar o cumprimento, por parte da empresa contratada, das obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais; às exigências para participação da licitação no que se refere à qualificação econômico-financeira e à qualificação técnica, dentre outras.

26. Elenquei especificamente o presente aresto, para lembrar que este Tribunal, ao exercer a sua atribuição constitucional de controle externo, atua de forma efetiva para auxiliar na criação de mecanismos legais que possam otimizar as contratações públicas.

27. Outrossim, em certames envolvendo o fornecimento de bens, não há qualquer prejuízo quanto à utilização de nota de empenho em substituição ao termo contratual. Isso porque, conforme previsto na própria Lei nº 8.666/1993, no § 2º do art. 62, *in verbis* 'em carta contrato', 'nota de empenho de despesa', 'autorização de compra', 'ordem de execução de serviço' ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei', ou seja devem constar, dentro do possível, as mesmas cláusulas necessárias exigidas nos instrumentos contratuais.

28. A fim de operacionalizar essa exigência nas contratações internas, com o intuito de resguardar o interesse público, basta que a Secretaria de Orçamento e Finanças e Contabilidade (Secof) consigne, na nota de empenho, a expressa previsão de vinculação da avença aos termos da proposta vencedora ou do edital, em cumprimento à exigência contida no parágrafo anterior, haja vista a dificuldade operacional em reproduzir neste documento os termos daqueles documentos.

29. Ademais, partindo-se de uma análise retrospectiva das aquisições de mobiliários realizadas no âmbito da Administração deste Tribunal, observa-se que a adoção da nota de empenho para formalização das referidas contratações não trouxe quaisquer prejuízos à operacionalização das avenças, o que desaconselharia, como um motivo a mais, em razão do desfavorável custo-benefício envolvido, a alteração dessa sistemática para aquela a envolver termo contratual.

30. Finalizando esta instrução, refiro-me ao § 4º do art. 62 da Lei nº 8.666/1993, que estabelece que o termo de contrato é facultativo, independentemente do valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, compreendida entre elas a assistência técnica.

31. Carlos Pinto Coelho da Motta ensina que este dispositivo deve ser lido juntamente com o § 1º do art. 32 do mesmo normativo, que faculta a dispensa da documentação de habilitação de bens de pronta entrega. Para ele, configura-se, pois, recortado por ambos os artigos, um fluxo ágil, não burocrático, para as aquisições de pronta entrega, dispensando o formalismo da habilitação e do contrato. Segundo o autor, essa é uma grande inovação da Lei de Licitações, que permite otimizar esse tipo de procedimento, tornando-o rápido e eficaz.

32. Feitas essas considerações, que, a meu ver, em seu conjunto, justificam a inadequação da interpretação literal de obrigatoriedade da contagem de prazo constante no § 4º do art. 40 a partir da apresentação da proposta, elevo o presente processo à apreciação do Senhor Secretário-Geral de Administração, momento em que ratifico a necessidade de formalização de representação administrativa a tratar do tema a ser submetida ao Plenário deste Egrégio Tribunal.'

4. Colocadas, nesses termos, as razões que lhes dão ensejo, prossigo, finalmente, ao assentamento das proposições de mérito desta Representação – novamente lançando mão de fiel traslado da manifestação do titular da Dicad/Selip, peça 33 (destaques do original):

**'16. Proposição 1: que o Plenário do Tribunal fixe entendimento no sentido da possibilidade jurídica de formalização de contrato de fornecimento de bens, do qual não resulte obrigações futuras, por meio de nota de empenho, independentemente do valor da contratação, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93**

17. Proponho que o Plenário desta Corte de Contas fixe entendimento no sentido da possibilidade de formalização, por meio de nota de empenho, da contratação que tenha por objeto o fornecimento de bens, do qual não resulte obrigações futuras para o particular contratado,

independentemente do valor do contrato, com fundamento no § 4º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93. Os dispositivos estão assim redigidos (destaquei):

*‘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.*’

18. Autoriza a Lei de Licitações e Contratos a dispensa de formalização do ajuste por instrumento a que a Lei denomina ‘termo de contrato’, nas aquisições, qualquer que seja o valor do objeto, contanto que seja satisfeito o único requisito imposto: que não subsistam obrigações outras além do fornecimento.

19. Ou seja, é possível a formalização da contratação por nota de empenho nos casos em que o projeto básico ou termo de referência estabeleça o exaurimento do objeto uma vez efetuada a tradição do bem, entrega e instalação.

20. Em negócios assim entabulados, a entrega do bem exaure toda e qualquer obrigação assumida pelo particular contratado. Totalmente desnecessária, em consequência, a utilização de instrumento de contrato no qual sejam estipuladas obrigações e encargos a serem adimplidos pelo contratado, porquanto a entrega do bem, como disse, exaure o objeto pactuado.

21. A formalização por nota de empenho, no caso, é medida de racionalização da atividade administrativa, expressamente autorizada pela Lei, e que objetiva concretizar o princípio da eficiência, previsto no art. 37, **caput**, da Constituição Federal.

22. A jurisprudência do Tribunal é no sentido da exigibilidade da formalização do contrato por instrumento de contrato somente na hipótese em que forem pactuadas obrigações ‘futuras’, encargos outros além do mero fornecimento e instalação do bem adquirido. Confirmam-se os julgados a seguir parcialmente transcritos (destaquei):

*‘9.3. determinar à Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo que, na gestão de recursos federais descentralizados, sempre quando houver obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços, formalize, independentemente da modalidade de licitação, termo de contrato, conforme preconizado no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993; (Acórdão 1219/2007 – Primeira Câmara)*

-----  
9.2.1. formalize seus contratos nos casos de tomada de preços e concorrência, bem assim na dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo valor esteja compreendido nos limites das modalidades tomada de preços e concorrência e nas contratações de qualquer valor das quais resultem obrigações futuras, de acordo com os comandos do art. 62, **caput**, e § 4º da Lei n. 8.666/1993; (Acórdão 589/2010 – Primeira Câmara)

-----  
9.1.2. falta de elaboração de termo de contrato na aquisição de lavadora termodesinfetadora por meio de adesão ao pregão 1/2015 da Uasg 158705, em desacordo com o disposto no **art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993**, visto que dessa **aquisição** resultariam **obrigações futuras**, tais como o içamento da lavadora, pela contratada, até o local de instalação, bem como a prestação de garantia de doze meses para defeito de fabricação do equipamento e assistência técnica permanente pelo fabricante;’ (Acórdão 999/2017 – Plenário)

-----  
‘[RELATÓRIO]

1.23. *Também se pode dispensar o termo de contrato nas compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, das quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica, independentemente do valor e da modalidade licitatória realizada (art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993).*

[VOTO]

12. *Com os destaques que faço a seguir, manifesto-me, desde já, de acordo com a proposta de negar provimento aos apelos formulada nos pareceres uniformes da Serur, que adoto como razões de decidir.* (Acórdão 591/2017 – Plenário)

-----  
‘1.9. Medida: dar ciência à Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Estado do Espírito Santo para que, nos casos de dispensa de licitação, formalize tempestivamente seus contratos que resultem obrigações futuras de acordo com os comandos do art. 62, ‘caput’ e § 4º, da Lei nº 8.666/1993.’ (Acórdão 3046/2016 – Primeira Câmara – Relação)

23. *Do exame da jurisprudência do Tribunal, conclui-se que, a despeito do valor da contratação, é dispensável o instrumento de contrato nos fornecimentos de bens em que não há obrigação outra além da entrega e instalação; vale dizer, o preço pactuado é fator neutro na tomada de decisão, pela Administração, de qual deva ser o instrumento de formalização do negócio.*

24. *Ante tais razões, entendo que, com o devido respeito às opiniões em sentido contrário manifestadas nestes autos, é facultada a formalização por nota de empenho nas contratações de bens, independentemente do valor destes, sempre e desde que não subsistam obrigações futuras a serem adimplidas pelo fornecedor.*

25. *Esse entendimento, por si só, ampara a prática que comumente tem sido adotada no âmbito da Administração desta Corte de Contas. Entender, como sugere a Seaud e a Conjur, que o § 4º do art. 62 deva ser aplicado apenas na hipótese do § 4º do art. 40 é, a meu sentir, dar à norma um contorno que ela não tem. Em outros termos, o conceito inserto no § 4º do art. 40 não é parâmetro para aplicação do § 4º do art. 62.*

**26. Proposição 2: que o Plenário do Tribunal fixe entendimento no sentido de que, para a formalização por nota de empenho, objeto da proposição 1, é indiferente que a entrega do bem ocorra dentro do trintídio iniciado na data de apresentação da proposta**

27. *Entendo que a Lei n.º 8.666/93 não exige, como pressuposto para a formalização do contrato de fornecimento de bens, dos quais não resulte obrigações futuras, que a entrega dos bens se dê no prazo de trinta dias, contados da data de apresentação da proposta. Essa exigência não consta do § 4º do art. 62 da Lei.*

28. *Não está o intérprete, penso eu, autorizado a impor limitações à aplicação da Lei, a impor restrições onde a Lei não o fez. Se o objeto da contratação é o fornecimento de um determinado bem, independentemente do seu valor, sem imposição de obrigações outras ao particular contratado que não o fornecimento e instalação desse mesmo bem, resta evidente que a Lei autoriza a Administração a dispensar a formalização do negócio por termo de contrato, podendo fazê-lo por nota de empenho.*

29. *A interpretação de que somente estaria autorizada a formalização por nota de empenho, no caso de o objeto do ajuste ser entregue, impreterivelmente, no prazo de trinta dias, contados da data da apresentação da proposta, não é, a meu sentir, a mais adequada.*

30. *Tal interpretação inviabiliza a aplicação do comando legal em análise, art. 62, § 4º, da Lei nº 8.666/93. Isso porque seria virtualmente impossível, ao menos na maioria das ocasiões, concluir-se o procedimento licitatório dentro de trinta dias, a partir do recebimento da proposta. No caso de licitação para registro de preços de bens a serem oportunamente adquiridos, a formalização dos pedidos por nota de empenho estaria, por óbvio, obstaculizada, a prevalecer esse entendimento.*

31. *Adotando-se como parâmetro os procedimentos do pregão eletrônico, conforme definidos no Decreto n.º 5.450/2005, em especial os da sua fase externa, como bem destacou o Diretor da Dilic,*



no item 3 do despacho de peça 31, será impossível que a entrega do bem licitado se dê nos trinta dias subsequentes à apresentação da proposta.

32. Portanto, a prevalecer o entendimento da Seaud e da Conjur – no sentido de que a formalização das contratações de fornecimento de bens por nota de empenho só é lícita caso a entrega se dê no prazo de trinta dias da apresentação da proposta –, nunca será aplicado, nas contratações públicas, o comando do § 4º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93 (formalização por nota de empenho).

33. Não nos parece razoável essa interpretação que, se prevalecer, reitero, importará na inaplicabilidade do referido comando legal.

34. É o que poderá ocorrer no âmbito do TCU: inutilização da nota de empenho na formalização das contratações de fornecimento, impondo elevado ônus ao Tribunal, decorrente dos procedimentos administrativos e operacionais que a formalização por ‘termo de contrato’ exige.

35. Para se ter ideia desse risco potencial, basta mencionar que, de janeiro a agosto de 2017, foram processados quinze pregões para aquisição de diversos itens de mobiliário, para a Sede e as Secretarias nos Estados. Considerada a adjudicação por item, como regra, poderemos nos ver obrigados a formalizar dezenas de contratos por ‘termo’, com os elevados custos que esse procedimento impõe, quando poderíamos continuar a utilizar instrumento mais expedito, que é a nota de empenho.

36. A aplicação do procedimento recomendado, no meu entender, não se coaduna com os princípios da eficiência e da economicidade, que devem nortear a atividade da Administração.

**37. Proposição 3: que o Plenário do Tribunal fixe entendimento no sentido de que o § 4º e incisos do art. 40 da Lei n.º 8.666/93 não são aplicáveis para o fim de definir-se o instrumento de formalização do contrato de aquisição.**

38. Por fim, proponho que o Plenário fixe entendimento e estabeleça diretriz a ser adotada pela Administração desta Corte de Contas, no sentido de considerar que o § 4º e incisos do art. 40 da Lei n.º 8.666/93 não são aplicáveis para o fim de definir-se o instrumento de formalização do contrato de aquisição. Assim está redigido o **caput** do art. 40 e o mencionado § 4º e seus incisos (destaquei):

‘Art. 40. O **edital** conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**

[...]

§ 4º Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, **poderão ser dispensadas:**

I - o disposto no inciso XI deste artigo;

II - a atualização financeira a que se refere a alínea ‘c’ do inciso XIV deste artigo, correspondente ao período compreendido entre as datas do adimplemento e a prevista para o pagamento, desde que não superior a quinze dias.’

39. Com o devido respeito às interpretações em sentido contrário, entendo que o dispositivo acima transcrito não tem qualquer aplicação para o fim de determinar-se o instrumento a se utilizar para a formalização do contrato – se o ‘termo’ ou instrumento alternativo, como a nota de empenho.

40. Importa registrar que esse dispositivo foi introduzido pela Lei n.º 8.883/1994, decorrente da conversão da Medida Provisória n.º 472/1994, com o objetivo de afastar, na hipótese de aquisições em que a entrega ocorrer no trintídio a partir da data da apresentação da proposta, qualquer possibilidade de reajustamento ou atualização de preços, contanto que o pagamento se dê também no prazo de trinta dias, contado do adimplemento pelo contratado.

41. Assim, penso que o § 4º do art. 40 da Lei n.º 8.666/93 estabelece exceção à obrigatoriedade de o edital da licitação disciplinar o critério de reajustamento de preços do contrato, desde a data prevista para a apresentação da proposta até a data do adimplemento de cada parcela da obra, do serviço ou do fornecimento (inciso XI do art. 40), bem como de dispor sobre o critério de

atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento (alínea ‘c’ do inciso XIV do art. 40).

42. Em outros termos: quando a Administração contratar o fornecimento de bens para entrega integral, devendo esta ocorrer no prazo máximo de trinta dias da data de apresentação da proposta, o edital não poderá dispor sobre reajustamento de preços.

43. Em verdade, a regra estabelecida pelos dispositivos aqui em comento, perdeu sentido com a edição da Lei n.º 10.192/2001, decorrente de conversão da Medida Provisória n.º 2.074 – reeditada dezenas de vezes – sendo originária a Medida Provisória n.º 1.053/1995, que fixou medidas complementares ao Plano Real; uma delas, a nulidade, de pleno direito, de qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano (destaquei):

‘Art. 2º ....

§ 1º **É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.**

[...]

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º **A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.**’

44. Portanto, a conclusão a que se chega é que, em toda e qualquer contratação em que o esgotamento do objeto se der no interregno de doze meses, contados da data da apresentação da proposta, é vedada estipulação de cláusula de reajustamento dos preços. Hipótese que abarca e contempla, diga-se, aquela prevista no § 4º do art. 40 da Lei n.º 8.666/93, aquisição para entrega em trinta dias, contados da data da apresentação da proposta.

45. Com essas considerações, **entendo que o conceito de compra para entrega imediata, tal como consta do § 4º do art. 40 da Lei n.º 8.666/93, não tem relevância para a aplicação do § 4º do art. 62 da mesma Lei.**

46. A corroborar esse entendimento, colaciono lição do mestre Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 17ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 890) – destaquei:

‘Observe-se que essa figura da **compra para pronta entrega não se confunde com aquela disciplinada no art. 32, § 1º, nem com a do art. 62, § 4º. Esses dois casos envolvem hipóteses de execução imediata do contrato por parte do particular, tão logo se formalize a avença. Já a hipótese ora examinada [do § 4º do art. 40] se caracteriza pela existência de certo prazo para execução da prestação do particular – prazo esse suficientemente curto para determinar-se a variação de custos que poderá ocorrer.**’

5. Ante todo o exposto, subscrevendo em inteiro teor a motivação e o alvitre das unidades técnicas, nos termos supra consignados, submeto a matéria a Vossa Excelência, rogando levá-la – se assim entender apropriado – ao exame do Plenário deste Tribunal de Contas da União, em vista da competência outorgada pelo art. 28, inciso XIV, do vigente Regimento Interno.”

5. Ao ser sorteado Relator do processo, solicitei o pronunciamento da Selog, tendo em vista a repercussão, no exercício do controle externo, da futura deliberação deste Tribunal. Assim se posicionou a secretaria especializada:

### **“INTRODUÇÃO**

Trata-se de auditoria realizada pela Secretaria de Controle Interno do TCU com o objetivo, dentre outros, de identificar riscos e oportunidades de melhoria nos processos administrativos relacionados à construção da Escola Superior de Controle (Esuc), dentre eles destacaram-se os processos licitatórios conduzidos para a aquisição de mobiliário para a edificação.

## HISTÓRICO

2. Ao final da fiscalização, a Seaud submeteu os autos à Presidência do TCU (peças 23 e 25) com proposta de recomendação à Segedam nos seguintes termos:

‘23.1 Adote o posicionamento consignado em parecer da Conjur exarado nos autos do TC 011.499/2016-8 (peça 26) no sentido de indispensabilidade do termo de contrato em compras com prazo de entrega superior a trinta dias da data da apresentação da proposta;

23.2 Em caso de irresignação com o entendimento supra, proceda a consulta junto à Conjur sobre a possibilidade de o prazo de entrega, na dispensa de termo de contrato em compra para entrega imediata, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei n. 8.666/93, ser contado a partir do recebimento da nota de empenho pela contratada, e não da apresentação da proposta.’

3. O Relator **a quo**, Ministro Raimundo Carreiro, encaminhou os autos à Consultoria Jurídica (Conjur) para manifestação preliminar a respeito da questão levantada (peça 26).

4. A Conjur (peça 27) considerou razoável a interpretação de que a ‘entrega imediata’ definida no art. 40, § 4º, da Lei de Licitações, pudesse ser contada da emissão da nota de empenho, sendo esse o marco para a tomada de decisão quanto à dispensabilidade de termo contratual, em vez da data de apresentação de proposta.

5. Em razão, contudo, da ausência de jurisprudência assentada a superar a literalidade dos dispositivos legais, concluiu no sentido de que o TCU deve ‘continuar considerando indispensável o termo de contrato em compras com prazo de entrega superior a trinta dias da data da apresentação da proposta’.

6. Na continuidade, o então Relator, Ministro Raimundo Carreiro, determinou à Segedam que seguisse as orientações contidas nos pareceres da Seaud e da Conjur (peça 28).

7. A determinação foi levada ao conhecimento das unidades da Segedam envolvidas nas aquisições de bens (peças 30-33), Diretoria de Licitações (Dilic), Diretoria de Material e Patrimônio (Dipat) e Diretoria de Gestão Contratual (Dicad), todas integrantes da Secretaria de Licitações, Contratos e a Patrimônio (Selip), que alertaram para os impactos que exerceria sobre as suas atividades.

8. Depois de tecer considerações sobre os arts. 62 e 40 da Lei de Licitações, a Dicad propôs a formalização de representação administrativa a ser submetida ao Plenário do Tribunal para que fixe entendimento no sentido de que:

8.1. há possibilidade jurídica de formalização de contratação de fornecimento de bens, da qual não resulte obrigações futuras, por meio de nota de empenho, independentemente do valor, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei 8.666/1993;

8.2. para a formalização por nota de empenho, é indiferente que a entrega do bem ocorra dentro do trintídio iniciado na data de apresentação da proposta;

8.3. não são aplicáveis, para definição do instrumento de formalização do contrato de aquisição, o § 4º e incisos do art. 40 da Lei 8.666/1993.

9. A proposta apresentada pela Dicad foi integralmente acolhida pela Selip (peça 34) e pela Segedam, que formalizou representação administrativa (peça 35) e a submeteu ao Ministro-Presidente do TCU, para levá-la, se assim entendesse apropriado, à apreciação do Plenário desta Corte de Contas.

10. Sorteado novo Relator (peça 37), Ministro José Múcio Monteiro, os autos foram encaminhados para pronunciamento preliminar da Selog, considerando a repercussão, no exercício do controle externo, de futura deliberação deste Tribunal a respeito da matéria em discussão (peça 38).

11. Feitas essas considerações, passe-se à análise técnica da proposta da Segedam.

## EXAME TÉCNICO

### **Da necessidade de termo contratual para aquisições de bens**

12. A Segedam propõe que o Tribunal fixe entendimento de que há possibilidade jurídica de formalização de contratação de fornecimento de bens, da qual não resulte obrigações futuras, por

meio de nota de empenho, independentemente do valor, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei 8.666/1993.

13. A proposta se sustenta no fato de a Lei de Licitações autorizar expressamente a dispensa de 'termo de contrato' nas aquisições para compras com entrega imediata, ressaltando apenas os casos em que delas resultem obrigações futuras, bem como na racionalização administrativa, objetivando concretizar o princípio da eficiência insculpido no art. 37 da Constituição Federal.

14. Colaciona jurisprudência do Tribunal que orienta a formalização de contratos nos casos em que há previsão de obrigações futuras (Acórdãos 1219/2007, Relator Ministro Augusto Nardes, 589/2010, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, e 3046/2016, Relator Ministro Walton Alencar, todos da Primeira Câmara, e 999/2017-Plenário, Relator Ministro Bruno Dantas).

15. Como regra, a Lei 8.666/1993, em seu art. 62, **caput** e § 4º, exige que os contratos e suas modificações sejam precedidos de termo contratual. O instrumento é obrigatório nos casos de tomada de preços, concorrência; na dispensa ou inexigibilidade de licitação cujo valor esteja compreendido nos limites das modalidades tomada de preços e concorrência; e nas contratações de qualquer valor, das quais resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

16. Em outras hipóteses, a exemplo das compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, das quais não resultem obrigações futuras, o termo contratual é facultativo, podendo ser substituído pelos instrumentos hábeis como a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra ou a ordem de execução de serviço, conforme preconizam os mesmos dispositivos da lei.

17. Verifica-se que, em aquisições de bens para entrega imediata, a obrigatoriedade de formalização de termo de contrato cinge-se à previsão de obrigações futuras, conforme art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993, e não ao valor dos bens adquiridos ou à modalidade licitatória adotada.

18. Corrobora esse entendimento o Acórdão TCU 3352/2015-Plenário, Relator Ministro-Substituto André de Carvalho. Trecho extraído do relatório que fundamentou a decisão, consigna que:

'(...) mesmo no caso de contratações com valores inseridos nos limites da concorrência e tomada de preços, quando a entrega dos bens adquiridos for imediata e integral, o termo de contrato é dispensável. De outro lado, caso das contratações resultem em obrigações futuras, o instrumento formalizado é obrigatório.'

19. Cumpre rememorar que a discussão em pauta decorre de auditoria realizada pela Seaud, em que se verifica a possibilidade de **melhoria nos processos administrativos conduzidos pela Segedam** e que, conforme exposto pela Selip (peça 34, p. 5), a manutenção da determinação proposta pelo controle interno levaria a perdas em eficiência, por sujeitar contratações de baixa complexidade a um rito mais complexo, acarretando maiores custos administrativos e maiores esforços nas aquisições.

20. De outro lado, a adoção de instrumentos mais simplificados para a aquisição de bens com entrega imediata de que não resultem obrigações futuras não implica riscos relevantes à contratação.

21. Nesse sentido, à luz dos princípios da eficiência e da racionalidade administrativa, entende esta Unidade Técnica que assiste razão à Segedam quanto possibilidade jurídica de formalização de contratação de fornecimento de bens para entrega integral e imediata, da qual não resulte obrigações futuras, por meio de nota de empenho, independentemente do valor da contratação ou da modalidade licitatória adotada, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei 8.666/1993.

#### **Da definição de entrega imediata para fins de dispensa do termo de contrato**

22. Superada a discussão que concluiu pela desnecessidade de limitação de valores ou modalidade licitatória para a dispensa do termo de contrato nas aquisições de bens com entrega imediata de que não resultem obrigações futuras, resta pendente a caracterização da 'entrega imediata' para fins de substituição do contrato por instrumento mais simples, como a nota de empenho.

23. A Lei 8.666/1993, em seu art. 40, § 4º, conceitua as compras para entrega imediata como 'aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta'.



24. Da junção literal do art. 62, § 4º, com o art. 40, § 4º, da Lei de Licitações, extraiu-se a conclusão de que a dispensa do instrumento de contrato para a aquisição de bens, somente seria admitida: i) quando dela não resultarem obrigações futuras; e ii) quando a previsão for de entrega imediata e integral dos bens adquiridos, assim entendida aquela que ocorrer em até trinta dias da data da proposta.

25. É exatamente essa definição de entrega imediata que gera a dicotomia entre literalidade e aplicabilidade da norma. Isso porque considerada a literalidade dos dispositivos mencionados, sua aplicabilidade torna-se praticamente nula. Conforme apontado pela Segedam (peça 35, p. 10):

‘(...) seria virtualmente impossível, ao menos na maioria das ocasiões, concluir-se o procedimento licitatório dentro de trinta dias a partir do recebimento da proposta. No caso de licitação para registro de preços de bens a serem oportunamente adquiridos, a formalização dos pedidos por nota de empenho estaria, por óbvio, obstaculizada, a prevalecer esse entendimento.’

26. Nesse sentido, prevalecendo o entendimento de que a entrega imediata é necessariamente aquela que ocorre até trinta dias da data de apresentação da proposta, a dispensa do termo de contrato prevista do art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993, bem assim no art. 15 do Decreto 7.892/2013, que remete ao artigo da LLC, restaria esvaziada, praticamente sem possibilidade de aplicação. Assim, a interpretação literal de normativo foge à razoabilidade.

27. Embora seja exceção, considera-se que a dispensa do termo de contrato deve ser aplicada sempre que não trouxer riscos relevantes à Administração, uma vez que visa à celeridade e eficiência nas contratações públicas. Tal prática já é adotada pela Segedam para contratações cujas obrigações se exauzem na entrega e/ou instalação do bem, independentemente da data de sua ocorrência, com a utilização de nota de empenho em vez de termo de contrato (peça 35, p. 4).

28. O próprio entendimento perfilhado pela Conjur (peça 27, p. 5) a respeito da definição do que seria a entrega imediata do objeto, apesar da conclusão em sentido diverso, por falta de suficiente amparo jurisprudencial, é o de que ‘o uso direto e literal da definição do § 4º do art. 40 para a tomada de decisão acerca da dispensa do termo de contrato se mostraria contraditório com algumas práticas aceitas e arraigadas na Administração Pública’.

29. Ainda de acordo com a Consultoria Jurídica, os comandos contidos nos arts. 40, § 4º, e 62, § 4º, da Lei 8.666/1993, teriam finalidades distintas (peça 27, p. 5). O primeiro objetivaria ‘à simplificação do edital e à proteção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta ao longo do procedimento licitatório’. O segundo visaria à ‘eficiência administrativa ao simplificar a formalização das relações contratuais, prezando também pela segurança jurídica necessária à correta execução das obrigações’.

30. Argumenta a Consultoria Jurídica (peça 27, p. 4), ainda, que o cenário econômico do país, na ocasião da edição da Lei 8.666/1993, era inflacionário, em que variações de custos relevantes poderiam ocorrer em curtos períodos de tempo. Possivelmente essa seja a razão da definição constante do art. 40, § 4º, da Lei de Licitações, não mais aplicável à maioria das contratações na atualidade.

31. Esta Unidade Técnica considera que os normativos devem ser interpretados de acordo com a finalidade que pretendem atingir; que o art. 62, § 4º, tem por objetivo facilitar a operacionalização contratual pós fase licitatória; que a substituição do termo de contrato por alternativos congêneres caracteriza-se pela simplicidade nos formatos e procedimentos envolvidos; e que essas características não se coadunam com a aplicação literal do disposto no art. 40, § 4º, para aquisições de que não resultem obrigações futuras.

32. Na mesma linha, o TCU já considerou que o objetivo da exceção contida no § 4º do art. 62 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’ (voto do Acórdão 367/2003-TCU-Plenário, Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha)

33. Para as aquisições de bens sem obrigações futuras remanescentes, não se verificam potenciais riscos envolvidos na substituição do termo de contrato pela nota de empenho. Isso ocorre,

entre outras razões, porque a substituição é permitida, desde que atendido, no que couber, o disposto no art. 55 da Lei 8.666/1993, ou seja, que constem da nota de empenho as cláusulas necessárias para a adequada execução da avença.

34. Também não se verifica risco potencial de dano à Administração na execução do contrato, uma vez que, conforme mencionado anteriormente, o objeto se exaure com a sua entrega e/ou instalação. Além disso, regras acessórias que garantam a adequada durabilidade dos bens adquiridos ou sua substituição, como a garantia contratual, decorrem da própria Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), independentemente da formalização de termo de contrato.

35. Não se pode esquecer que o edital do certame faz lei entre as partes e, conforme o disposto no art. 40 da Lei 8.666/1993, nele devem estar definidos o prazo e as condições para execução do contrato e entrega do objeto da licitação, bem como as sanções para o caso de inadimplemento, também de forma desconectada do instrumento utilizado para formalização da relação contratual.

36. Feitas essas considerações e tendo por intuito harmonizar a leitura do art. 40, § 4º, da LLC, com os princípios que regem a atividade administrativa, notadamente o da eficiência, o marco para a contagem dos trinta dias para a entrega do bem, de forma a considerá-la imediata, deveria ser a data da solicitação da Administração ou da própria emissão do empenho ou instrumento equivalente.

37. Essa interpretação conferida à norma, além de atender aos princípios norteadores da atividade administrativa, não traz implicações negativas ao contratado, tampouco riscos adicionais à execução do contrato, uma vez que a proposta continua tão válida na ocasião da solicitação do bem pela Administração quanto na data de apresentação da proposta, ressalvados os casos de revisão (decorrentes de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis).

38. A Segedam defende que o Tribunal fixe entendimento no sentido de não ser aplicável o disposto no art. 40, § 4º e demais incisos, da Lei de Licitações, para a definição do instrumento de formalização do contrato de aquisição. Também pugna que o TCU considere indiferente, para a formalização por nota de empenho, que a entrega do bem ocorra dentro do trintídio iniciado na data de apresentação da proposta.

39. Entende-se que esses últimos pedidos da Segedam são conexos e podem ser tratados em conjunto. A interpretação do art. 40, § 4º, é que leva à suposta necessidade de entrega do bem dentro dos trinta dias a partir da apresentação da proposta.

40. De maneira alternativa à proposta da Segedam, e por todo o exposto, entende-se que a questão deve ser resolvida pela leitura harmônica da lei com os princípios que regem os contratos administrativos, consentânea com a própria aplicabilidade do art. 62, § 4º, da Lei de Licitações e do art. 15 do Decreto 7.892/2013, que regulamenta o registro de preços e remete à LLC.

41. Nesse contexto, a interpretação mais adequada para a 'entrega imediata' do art. 62, em conjunto com o disposto no art. 40, é a de que consiste naquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido de fornecimento formal feito pela Administração, que pode se dar por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta, na ocasião da solicitação, se encontre válida.

### **CONCLUSÃO**

42. A Selog, instada a manifestar-se, em razão de divergências de entendimentos entre Seaud, Conjur e Segedam, no que concerne aos condicionantes para dispensa do termo de contrato em aquisições de bens, conclui que:

42.1. assiste razão à Segedam quanto possibilidade jurídica de formalização de contratação 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;

42.2. de maneira alternativa à proposta da Segedam, propõe-se firmar entendimento de que a interpretação mais adequada do art. 62, § 4º, em conjunto com o disposto no art. 40, § 4º, ambos da Lei 8.666/1993, é a de que a 'entrega imediata' consiste naquela que ocorrer em até trinta dias a

*partir do pedido de fornecimento formal feito pela Administração, que pode se dar por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta, na ocasião da solicitação, se encontre válida.*

*43. Cumpre rememorar que a discussão em pauta decorre de auditoria realizada pela Seaud em que se verifica a possibilidade de **melhoria nos processos administrativos conduzidos pela Segedam** e que, conforme exposto pela Selip (peça 34, p. 5), a manutenção da determinação proposta pelo controle interno levaria a perdas em eficiência, por sujeitar contratações de baixa complexidade a um rito mais complexo, acarretando maiores custos administrativos e maiores esforços nas aquisições.*

#### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

*44. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, para que:*

*a) seja firmado entendimento, no que concerne aos condicionantes para dispensa do termo de contrato em aquisições de bens, no seguinte sentido:*

*a.1) há possibilidade jurídica de formalização de contratação 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; e*

*a.2) a interpretação mais adequada do art. 62, § 4º, em conjunto com o disposto no art. 40, § 4º, ambos da Lei 8.666/1993, é a de que a ‘entrega imediata’ consiste naquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido de fornecimento formal feito pela Administração, que pode se dar por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta, na ocasião da solicitação, se encontre válida.*

*b) encaminhar cópia do acórdão que vier a ser decidido à Secretaria-Geral de Administração (Segedam), à Secretaria de Auditoria Interna (Seaud) e à Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União (TCU); e*

*c) arquivar o presente processo, nos termos do artigo 169, inciso V, do Regimento Interno/TCU.”*

É o relatório.

## VOTO

No presente processo administrativo referente a auditoria interna, discute-se, nesta ocasião, a legalidade da dispensa de termo de contrato e da utilização de outros documentos nas hipóteses de compras com entrega imediata. A matéria havia sido encaminhada para a apreciação do Presidente deste Tribunal, que, com base no art. 28, inciso XIV, do Regimento Interno, decidiu submetê-la ao Plenário, por considerar se tratar de questão relevante.

2. O cerne da controvérsia está na interpretação do art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993, a seguir transcrito:

*“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.” (grifos acrescentados)*

3. A Segedam propõe que o Plenário deste Tribunal fixe entendimento no sentido:

a) *“da possibilidade jurídica de formalização de contrato de fornecimento de bens, do qual não resulte obrigações futuras, por meio de nota de empenho, independentemente do valor da contratação, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93”;*

b) *“de que, para a formalização por nota de empenho, objeto da proposição 1, é indiferente que a entrega do bem ocorra dentro do trintídio iniciado na data de apresentação da proposta”;*

c) *“de que o § 4º e incisos do art. 40 da Lei n.º 8.666/93 não são aplicáveis para o fim de definir-se o instrumento de formalização do contrato de aquisição”.*

4. A Selog, que foi por mim instada a se manifestar – em decorrência da repercussão, no exercício do controle externo, da futura deliberação deste Tribunal no presente processo –, defendeu que seja firmado o seguinte entendimento:

*“a.1) há possibilidade jurídica de formalização de contratação 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; e*

*a.2) a interpretação mais adequada do art. 62, § 4º, em conjunto com o disposto no art. 40, § 4º, ambos da Lei 8.666/1993, é a de que a ‘entrega imediata’ consiste naquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido de fornecimento formal feito pela Administração, que pode se dar por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta, na ocasião da solicitação, se encontre válida.”*

5. Por sua vez, a Seaud entende, em síntese, que o Tribunal, em suas contratações, deve formalizar o termo de contrato em compras com prazo de entrega superior a trinta dias, contados da data da apresentação da proposta. De acordo com essa linha de compreensão, a definição da expressão *“compra com entrega imediata”*, mencionada no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993, encontra-se no próprio texto legal, no art. 40, § 4º. Mencionaram dois julgados do TCU nesse sentido: os Acórdãos 808/2003 – Plenário e 5.221/2016 – 2ª Câmara.



6. Com relação à Conjur, seu posicionamento foi, a rigor, em defesa da interpretação que considera o momento do recebimento da nota de empenho pelo licitante como termo inicial do prazo contido na definição de “entrega imediata” para a tomada de decisão quanto à dispensabilidade do instrumento contratual. No entanto, em razão da inexistência de jurisprudência assentada sobre o tema, foi de parecer que, nas suas contratações, esta Corte de Contas deveria continuar considerando indispensável o termo de contrato em compras com prazo de entrega superior a trinta dias da data da apresentação da proposta. Sugeriu, adicionalmente, que a matéria fosse objeto de representação pela área técnica diretamente interessada, a fim de provocar o Plenário do TCU a se manifestar sobre o tema.

7. Como visto, trata-se de questão cuja essência está na análise de dois artigos da Lei 8.666/1993. Embora, a meu ver, as duas linhas de raciocínio apresentadas neste processo sejam juridicamente plausíveis, creio que qualquer órgão julgador deve sempre buscar o entendimento mais harmônico com o espírito da norma, sem prejuízo, contudo, de observar a adequação desse juízo com o ordenamento jurídico como um todo. Há de se considerar, portanto, o aspecto teleológico do regramento, na tentativa de distinguir o real bem jurídico tutelado, tendo como propósito final a efetividade do texto legal.

8. Pois bem. O referido art. 62, § 4º, dispensa o termo de contrato, *“independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras”*. Há necessidade, pois, de delimitar as aquisições que poderiam ser caracterizadas como de entrega imediata.

9. A meu ver, utilizar a definição do art. 40, § 4º, da Lei 8.666/1993 (*“Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta,...”*) para interpretar o art. 62, § 4º, não confere a este o alcance almejado pelo legislador. Como bem afirma a Conjur, ao possibilitar que a formalização da relação contratual fosse simplificada em determinadas situações, a finalidade do art. 62, § 4º, era aumentar a eficiência administrativa, fazendo com que houvesse a elaboração de instrumento contratual apenas nos casos em que isso fosse estritamente necessário para estabelecer e controlar um conjunto de obrigações minimamente complexo firmado entre ambos os lados.

10. Ainda segundo entendimento da Conjur (com o qual concordo), o referido art. 40, § 4º, tinha como fim a preservação do equilíbrio econômico-financeiro da proposta ao longo da licitação, tendo sido concebido no ano de 1994, em um contexto de instabilidade monetária, com a ameaça constante de acréscimos súbitos e relevantes nos custos, em decorrência da hiperinflação. Assim, a fixação dos trinta dias contados a partir da apresentação da proposta para a entrega do produto impediam a redução drástica do valor real desta, mantendo-a exequível quando da entrega efetiva do bem. A manifestação da unidade jurídica sobre o tema está sintetizada no seguinte trecho de seu parecer:

*“(...) compreende-se adequada aos princípios da eficiência e da proporcionalidade, e razoável a interpretação de que o uso de definição contida em uma norma voltada à proteção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta, criada a partir do cenário inflacionário da época, não seja adequada a determinar a obrigatoriedade de formalização de instrumento contratual após o regular certame licitatório.”*

11. Anoto, adicionalmente, que os incisos do mencionado § 4º do art. 40 deixam patente a finalidade desse dispositivo, apresentando apenas regras atinentes a atualização financeira e reajuste:

*“§ 4º Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, poderão ser dispensadas:*

*I - o disposto no inciso XI deste artigo; [‘XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;’]*

*II - a atualização financeira a que se refere a alínea 'c' do inciso XIV deste artigo, correspondente ao período compreendido entre as datas do adimplemento e a prevista para o pagamento, desde que não superior a quinze dias."*

12. Além do mais, creio que, caso o legislador quisesse estabelecer uma definição de entrega imediata aplicável para a lei como um todo, a teria incluído no art. 6º da norma (Seção II, Das Definições), que fixa como deve ser entendido cada termo ou expressão (tais como obra, serviço, compra, alienação), ou ainda se valido da expressão "para os fins desta lei".

13. Há que se ponderar também que, nesses casos de compras em que não há obrigações futuras, a entrega do bem adquirido extingue a relação entre as partes, sendo desnecessária, e até incompatível com o objeto, a formalização de termo contratual para reger as obrigações e controlar o cumprimento destas. A esse respeito, assinalo que a garantia legal (e a correspondente assistência técnica), de que trata o art. 24 do Código de Defesa do Consumidor, é naturalmente oferecida pelo fabricante ou revendedor, independentemente de quem seja o comprador, e, por esse motivo, prescinde de obrigação contratual para ser exigida e cumprida.

14. Acrescento que seria virtualmente impossível finalizar todo o procedimento licitatório em trinta dias contados da apresentação da proposta, o que implicaria a obrigatoriedade de utilização de termo de contrato na quase totalidade dos casos de compras. Nesse contexto, ressalto as observações da Selip/Segedam, bem como da Conjur, transcritas no meu relatório, de que não poderia mais ser utilizada somente a nota de empenho em nenhuma aquisição decorrente de registro de preços e de que, em pregões eletrônicos, aplicando-se as regras do Decreto 5.450/2005, em especial os da sua fase externa, será impraticável a entrega do bem licitado no aludido prazo de trinta dias. A Selip apresentou ainda comentários a respeito do custo adicional desnecessário decorrente da formalização da avença:

*"35. Para se ter ideia desse risco potencial, basta mencionar que, de janeiro a agosto de 2017, foram processados quinze pregões para aquisição de diversos itens de mobiliário, para a Sede e as Secretarias nos Estados. Considerada a adjudicação por item, como regra, poderemos nos ver obrigados a formalizar dezenas de contratos por 'termo', com os elevados custos que esse procedimento impõe, quando poderíamos continuar a utilizar instrumento mais expedito, que é a nota de empenho."*

15. Entre os elevados custos mencionados, destaco o referente à publicação, em diário oficial, do extrato do termo contratual (que pode até mesmo ser superior ao valor da própria aquisição) e a despesa de remessa desse termo para assinatura em outra unidade da Federação, que ocorre em muitos casos e, além do dispêndio gerado, acarreta demora no recebimento do bem.

16. Assim, o conceito de "entrega imediata" – um dos requisitos para que se possa dispensar a formalização de instrumento contratual – não deve ser, de fato, o de compras com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, o que impossibilitaria a aplicação do referido art. 62, § 4º, tornando-o praticamente letra morta, além de operar claramente contra os princípios da eficiência e da racionalidade administrativa.

17. Diante da inaplicabilidade do referido dispositivo, a Selog propõe definição que, a meu ver, se coaduna com a essência da norma e com os princípios da Administração Pública. De acordo com a unidade especializada, a interpretação para a referida "entrega imediata" – mais harmônica com os preceitos que regem os contratos administrativos e consentânea com a própria aplicabilidade do art. 62, § 4º, da Lei de Licitações – deve ser: *"a que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido de fornecimento formal feito pela Administração, que pode se dar por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta, na ocasião da solicitação, se encontre válida"*. Ressalvo somente que, conforme as informações colhidas com a Segedam, essa solicitação ao fornecedor costuma ocorrer após a emissão da nota de empenho, que acontece quando já existe a garantia de haver condições orçamentária e financeira para a compra. Contudo, considero inadequado que haja um intervalo entre o empenho e o pedido para o fornecimento, pois isso pode implicar o prolongamento indevido do prazo

por livre opção do gestor. Dessa forma, deve-se estabelecer que esse requerimento seja efetuado com o próprio documento orçamentário.

18. De fato, esta me parece ser a solução mais coerente com os princípios da eficiência e da racionalidade administrativa, além de possibilitar o emprego efetivo da norma legal, sendo possível a simplificação de procedimentos e o uso racional dos recursos públicos, sem que haja prejuízos para o controle ou a fiscalização das aquisições.

19. Por fim, acolho também a proposta da Selip/Segedam, ratificada pela Selog, de firmar entendimento de que *“há possibilidade jurídica de formalização de contratação de fornecimento de bens para entrega imediata e integral, da qual não resulte obrigações futuras, por meio de nota de empenho”*, por ser igualmente harmônica com a essência da lei e com os princípios da Administração Pública.

Diante do exposto, voto no sentido de que este Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 30 de maio de 2018.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO  
Relator

## ACÓRDÃO Nº 1234/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC-025.898/2016-7
- 1.1. Apenso TC-018.564/2015-1
2. Grupo II, Classe VII – Representação
3. Representante: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog)
4. Unidade: Tribunal de Contas da União
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidades Técnicas: Seaud, Selip, Conjur e Selog
8. Advogado constituído nos autos: não há

## 9. Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de processo de representação constituído a partir de auditoria interna, em que se discute, nesta ocasião, a legalidade da dispensa de termo de contrato e da utilização de outros documentos nas hipóteses de compras com entrega imediata.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com base nos arts. 16, inciso V, 169, inciso V, e 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, em:

9.1 converter o presente processo em representação da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas, para dela conhecer e, no mérito, firmar entendimento, quanto aos requisitos legais para a dispensa do termo de contrato em aquisições de bens, no seguinte sentido:

9.1.1 há possibilidade jurídica de formalização de contratação 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;

9.1.2 a “entrega imediata” referida no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993 deve ser entendida como aquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido formal de fornecimento feito pela Administração, que deve ocorrer por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta esteja válida na ocasião da solicitação;

9.2 encerrar o presente processo.

10. Ata nº 19/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 30/5/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1234-19/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, José Múcio Monteiro (Relator) e Ana Arraes.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)  
**RAIMUNDO CARREIRO**  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
**JOSÉ MÚCIO MONTEIRO**  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
**CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA**  
Procuradora-Geral



