



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**

WELLINGTON FERREIRA GOMES

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CASOS EM QUE É DISPENSÁVEL A
CELEBRAÇÃO DO TERMO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO DECORRENTE DE
LICITAÇÃO PÚBLICA**

Recife - PE

2019

WELLINGTON FERREIRA GOMES

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CASOS EM QUE É DISPENSÁVEL A
CELEBRAÇÃO DO TERMO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO DECORRENTE DE
LICITAÇÃO PÚBLICA**

**Monografia a ser apresentada como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharelado em Direito pela
Universidade Federal de Pernambuco.**

**Orientador: Professor Manoel de
Oliveira Erhardt**

Recife - PE

2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pois sem Ele se quer poderia existir. Agradeço a minha família em geral, a meu pai, que me ensinou a ser o homem que sou, a minha mãe, que sempre torceu por meu sucesso, com quem posso contar para todo o sempre, a meu irmão, que sempre se fez presente em minha vida, desde quando se quer posso me lembrar, a minha esposa, a mulher que eu amo, que é minha confidente e principal base de apoio diário, sem você com certeza não chegaria até aqui.

A todos os meus professores da Faculdade de Direito do Recife, em especial ao Professor Manoel de Oliveira Ehardt que sempre esteve disposto a somar e me ajudar neste trabalho de conclusão de curso.

Agradeço em especial a essa pessoazinha que faz meus dias serem sempre melhores, que com um sorriso me ganha e com um choro me entristece, a minha linda filha, é por você que todos os dias acordo buscando ser sempre melhor que ontem e pior que amanhã, para que possa servir de exemplo naquilo que puder ser. **Eu te amo.**

RESUMO

O presente trabalho objetivou estudar os casos em que é dispensável à celebração do termo de contrato administrativo decorrente de licitação pública e as possibilidades de substituição deste por um outro instrumento equivalente. Analisando as noções essenciais acerca dos contratos em nosso ordenamento, tecendo algumas considerações sobre o Sistema de Registro de Preços (SRP), diferenciando Ata de Registro de Preços de Contrato Administrativo decorrente de licitação por SRP, pormenorizando os casos em que é possível dispensar o instrumento contratual e substituí-la por um outro instrumento equivalente, e por fim, delimitando a obrigatoriedade de sua celebração. Busca-se assim, retirar as dúvidas existentes entre os administradores públicos em relação a celebrar ou dispensar o termo contratual, uma vez que o tema possui pouco aprofundamento doutrinário e jurisprudencial.

Palavras Chaves: Contrato Administrativo; Dispensa; Obrigatoriedade; Substituição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1. Noções essenciais acerca dos contratos celebrados pela Administração Pública ..	08
1.1. Contratos Privados da Administração	09
1.2. Contratos Administrativos	09
1.3. Contratos Administrativos à luz da Lei 8.666/93	11
2. O Sistema de Registro de Preços	16
3. Diferenças entre ata de registro de preços e contrato administrativo	20
4. Substituição do termo de contrato por um outro instrumento equivalente	22
4.1. Dispensa de celebração do termo de contrato em aquisições com valores inferiores ao limite da modalidade convite	23
4.2. Dispensa de celebração de termo de contrato em aquisições com valores acima do convite, mas que se enquadra em entrega imediata ou que não resulte em obrigações futuras	25
4.3. Substituição do termo de contrato por um outro instrumento equivalente nos casos em que é dispensável a celebração	27
5. Obrigatoriedade da celebração do termo de contrato	29
5.1. Celebração do termo de contrato em licitações realizadas nas modalidades concorrência, tomada de preços ou pregão, salvo se tratar-se de entrega imediata	29
5.2. Celebração do termo de contrato nas dispensas ou inexigibilidades de licitação em que os valores estejam compreendidos nos limites das modalidades: concorrência e tomada de preços	31
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	35

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1998, prevê em seu art. 22, inciso XXVII, a competência da União para legislar sobre licitações públicas, in verbis:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III ¹

Buscando dar efetividade ao dispositivo constitucional, foi editada pela União a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, após grande discussão no Congresso Nacional, envolvendo juristas, sociedade em geral e os conhecedores empíricos do assunto. A Lei Geral de Licitações e Contratos nasceu com o intuito de evitar o direcionamento das licitações, indutor da corrupção, bem como, de propor uma forma eficaz de se efetuar a aquisição de bens e a contratação de serviços baseada na livre concorrência e na ampla participação.

A Lei 8.666/93 trouxe em seu art. 62, caput, as hipóteses em que a Administração Pública é obrigada a celebrar o contrato administrativo:

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

¹ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 22 jan., 2019

compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.²

Já no §4º, do mesmo artigo, elenca as hipóteses em que é possível a substituição do termo de contrato por um outro instrumento hábil.

Neste Trabalho, veremos que existe uma confusão dos operadores licitatórios quanto as definições e diferenças existentes entre dispositivos previstos na Lei Geral de Licitações, tais como: entrega imediata, diferenças entre Ata de Registro de Preços e Contrato Administrativo, dentre outros especificados no decorrer do texto, gerando muitas vezes obrigações para o Estado por falta de conhecimento e, conseqüentemente, danos ao erário e responsabilização administrativa do respectivo servidor.

Analisaremos ainda, de forma mais aprofundada, os casos em que é dispensável a celebração do termo de contrato administrativo, bem como os casos em que é possível a substituição destes por um outro instrumento hábil, a fim de possibilitar uma maior economia e eficiência para a Administração Pública, uma vez que a celebração do referido termo, gera diversos custos a administração, tais como: gastos com sua elaboração, mobilização de pessoal, com sua publicação no diário oficial da união, indo assim, de encontro a princípios basilares da administração pública, como o da economia e da eficiência

2 BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm > Acesso em: 22 jan.2019

1. Noções essenciais acerca dos contratos celebrados pela Administração Pública

Algumas noções preliminares são essenciais para elucidar dúvidas que poderão surgir em relação aos contratos celebrados pela Administração Pública, assim entendida, como o conjunto de agentes, serviços e órgãos instituídos pelo Estado.

Contrato é um acordo de vontades firmado pelas partes, a fim de criar obrigações e direitos recíprocos, logo, é em regra, negócio jurídico realizado entre pessoas que buscam a prestação mútua e equivalente de encargos e vantagens. Possui alguns pressupostos, dentre os quais se destacam: a liberdade, capacidade jurídica das partes, objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei.

Em breves palavras, Meirelles, realiza a clássica divisão dos contratos:

embora típica do Direito Privado, a instituição do contrato é utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí por que a teoria geral do contrato é a mesma tanto para os contratos privados como para os contratos públicos, de que são espécies os contratos administrativos e os acordos internacionais.³

Desta forma, existem os contratos de direito privado, em que a liberdade de contratar é ampla e desprovida de formalidades, salvo em casos específicos, e os contratos de direito público sujeito a limitações de conteúdo e a formalidade rígida.

Possuem ainda outras diferenças, como a ensinada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, ao preceituar que os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito – ressalvados os aspectos supra referidos, os “contratos administrativos” sujeitam-se às regras hauridas no Direito Público.

O gênero “contrato administrativo”, passou a ser convencionado pela doutrina majoritária de contratos da Administração, caracterizado pelo fato da Administração Pública

3 MEIRELLES, Hely Lopes - FILHO, José Manuel Burle – BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 237, 2015.

4 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 630, 2014.

figurar num dos polos da relação contratual. Como espécies temos os contratos privados da administração e os contratos administrativos em sentido estrito.

1.1. Contratos Privados da Administração

São acordos celebrados entre a Administração Pública e o particular em situação de relativa igualdade, sendo aplicado o direito privado de forma preponderante. Todavia, o art. 62, § 3.º, I, da Lei 8.666/1993 admite a aplicação das cláusulas exorbitantes, no que couber, desde que pactuadas por vontade bilateral e condicionadas à expressa previsão contratual.

Esta espécie de contrato da administração é regulada pelo Direito Civil ou Empresarial. Nestes contratos, ainda que regidos pelo direito privado, devem ser observadas algumas normas de direito público, tais como: licitação prévia, cláusulas necessárias, entre outras.

São contratos de direito privado da Administração, por exemplo, a compra e venda, a doação, a permuta e outros do gênero.

1.2. Contratos Administrativos

Inicialmente, é importante trazer à tona divergências doutrinárias acerca da existência e da definição dos contratos administrativos, destacando-se três posições diversas.

- **A que defende a inexistência de contratos administrativos:** sob o argumento de que os contratos administrativos violariam a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*, uma vez que existe a possibilidade de modificação do ajuste por vontade unilateral de uma das partes, bem como a rescisão contratual a qualquer tempo.
- **A que defende que todo contrato celebrado pela Administração é contrato administrativo em sentido estrito:** sob o entendimento de que, em todo acordo celebrado com o Estado, estarão presentes as regras e princípios decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado e, portanto, as cláusulas exorbitantes que caracterizam o regime jurídico administrativo.

- **A que defende a existência do gênero Contrato da Administração, sendo o contrato administrativo uma de suas espécies:** sendo esta a posição majoritária, defende que os contratos administrativos são aqueles contratos celebrados pela Administração Pública sob o regime de direito público.

Sendo assim, considerando a adoção da terceira corrente, vamos passar a análise do conceito de contrato administrativo de acordo com grandes doutrinadores da área:

Segundo Maçal Justen Filho⁵: “é um acordo de vontades para constituir relação jurídica destinada ou a satisfazer de modo direto necessidades da Administração Pública ou a delegar a um particular o exercício de competências públicas”.

De acordo com Matheus Carvalho⁶: “são as manifestações de vontade entre duas ou mais pessoas visando à celebração de negócio jurídico, havendo a participação do Poder Público, atuando com todas as prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público, visando sempre à persecução de um fim coletivo. Este contrato é regido pelo direito público, sendo inerentes a ele todas as prerrogativas e limitações de Estado”.

Hely Lopes Meirelles⁷, ensina que “é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸, conceitua que “é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”.

Devido à grande diversidade de contratos administrativos e a diversidade de características de cada espécie, fica difícil a elaboração de um conceito preciso do instituto. Todavia, dentre os conceitos apresentados, podemos destacar elementos comuns, mesmo que de forma implícita, quais sejam:

5 FILHO, Maçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. – 4ª edição em e-book baseada na 12ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 525, 2016.

6 CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª edição. Salvador: Editora Juspodivim, p. 541, 2017.

7 MEIRELLES, Hely Lopes - FILHO, José Manuel Burle – BURLE, Carla Rosado. Op. Cit. Pág. 174.

8 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. Cit. Pág. 639.

- Ajuste estabelecido entre a Administração e uma outra parte: a presença da Administração em um dos polos da relação jurídica é indispensável.
- A administração deve estar em condição de superioridade: caso não esteja, ou seja, caso esteja agindo em igualdade de condições, afastará o regime jurídico de direito público, sendo classificado então como contrato privado da administração.
- Regime jurídico-administrativo: sendo este um critério fundamental para classificar determinado ajuste como contrato administrativo, pois se caracteriza pela submissão aos princípios e normas do Direito Administrativo.
- Tendo como fim o interesse público: tem como objetivo fundamental a proteção do interesse da coletividade, isto é, o interesse público primário.

1.3. Contratos Administrativos à luz da Lei 8.666/93

O art. 22, XXVII, da Constituição Federal, delega à União, a competência privativa para legislar sobre normas gerais (nacionais) de licitações e contratos, que devem ser observadas por todos os Entes Federados. Tão logo, os Estados, Distrito Federal e Municípios possuem competência para legislar sobre normas específicas.

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, regulamentou o dispositivo constitucional referenciado, dispondo sobre normas gerais (nacionais) de licitações e contratos. Todavia, devido à dificuldade de diferenciação das normas gerais (nacionais) e específicas presentes nesta lei, o STF decidiu dividir as normas em: normas gerais e normas não gerais.

- Normas gerais: aquelas que consagram princípios constitucionais e administrativos (ex: art. 3º, da Lei 8.666/93);
- Normas não gerais: regras que trazem regramentos aplicados apenas a Administração Federal.

A Súmula nº 222, do Tribunal de Contas da União⁹, estabelece que as decisões do tribunal administrativo, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe

9 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 22.** As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar,

privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei 8.666/93, em seu art. 2º, parágrafo único, dispõem:

Art. 2º—As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.¹⁰

No mesmo sentido, o TCU em seu livro de orientações e jurisprudências define contratado administrativo, da seguinte forma: “contrato administrativo é todo e qualquer ajuste celebrado entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, por meio do qual se estabelece acordo de vontades, para formação de vínculo e estipulação de obrigações recíprocas”.¹¹

Portanto, contratos administrativos são ajustes celebrados entre a Administração Pública e o particular, a fim de executarem atividades de interesse público, regidos predominantemente pelo direito público.

Nas lições de Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹² os contratos administrativos possuem as seguintes características: formalismo moderado, bilateralidade, comutatividade, personalíssimo (*intuitu personae*), desequilíbrio e instabilidade.

- **Formalismo moderado:** a Constituição e a Lei 8.666/93 exigem algumas formalidades para celebração dos contratos administrativos, tais como: exigência de prévia licitação, salvo em casos excepcionais; forma escrita do

devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <
<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?ileId=8A8182A248D6DF8201491575DED46CAF>>. Acesso em: 18 fev., 2019.

10 Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 – acessado em 15 de outubro de 2018 em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm

11 **Licitações & Contratos:** Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª Edição. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2010.

12 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações & Contratos Administrativos:** Teoria e Prática. 6ª Edição. São Paulo: Editora Forense Ltda, p. 127, 2017.

contrato, sendo vedados os contratos verbais, salvo pequenas compras de pronto pagamento (art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/93);

- **Bilateralidade:** a formalização de todo contrato administrativo depende de vontade das partes contratantes, pois o ajuste estabelece obrigações recíprocas para as partes.
- **Comutatividade:** as obrigações das partes são equivalentes e previamente estabelecidas, devendo ainda as partes preservarem o valor inicialmente acordado durante toda a vigência do contrato.
- **Personalíssimo (*intuitu personae*):** é celebrado com o licitante que apresentar a melhor proposta, por força do princípio da impessoalidade e da moralidade, logo, o contrato deve ser executado por este, salvo expressa previsão editalícia e nos limites da lei, conforme art. 72 e 78, VI, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 72 - O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

[...]

Art. 78 - Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;¹³

- **Desequilíbrio:** as partes encontram-se em posição de desigualdade, devida à existência das cláusulas exorbitantes de acordo com art. 58, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 58 - O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

13 BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 02 fev., 2019

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º - As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º - Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.¹⁴

- **Instabilidade:** a Administração Pública possui a prerrogativa de alterar unilateralmente ou rescindir os contratos administrativos, a fim de atender o interesse público.

Conforme visto acima, através da característica do desequilíbrio, é imprescindível a presença das cláusulas exorbitantes (art. 58, da Lei 8.666/1993), conferindo assim, superioridade à Administração, por força do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado. Mesmo quando não tenham sido previstas nos contratos, às cláusulas exorbitantes serão observadas, pois sua aplicação decorre diretamente da Lei.

São exemplos de cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos: alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de sanções e ocupação provisória. Passemos a discorrer um pouco sobre cada uma destas:

- **Alteração unilateral:** atribui a Administração Pública a prerrogativa de alterá-lo unilateralmente, dentro dos limites da lei, a fim de alcançar o interesse

14 BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 13 mar., 2019

público. Conforme nos ensina Ricardo Alexandre e João de Deus¹⁵: “nos contratos administrativos não se aplica integralmente o princípio do pacta sunt servanda (pactos devem ser cumpridos – obrigação de as partes cumprirem fielmente o que foi pactuado)”. De acordo com o art. 65, I, *a* e *b*, da Lei 8.666/93, a alteração unilateral pode ser qualitativa (quando houver alterações das especificações ou do objeto para adequá-lo melhor ao objeto) e quantitativa (decorrente de acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto).

- **Rescisão unilateral:** prevista expressamente no art. 58, II, da Lei 8.666/93, atribui a prerrogativa de a Administração Pública rescindir unilateralmente o vínculo contratual, ainda que não prevista expressamente no contrato. Nas lições de Carvalho Filho¹⁶: “Significa dizer que, mais uma vez, a vontade bilateral criadora se curva à manifestação unilateral da Administração, desta feita de caráter extintivo. A rescisão, como é sabido, extingue a própria relação contratual”. As hipóteses em que seu uso é autorizado encontram-se elencadas no art. 79, I, combinado com o art. 78, I a XII, XVII e XVIII, do mesmo diploma legal.
- **Fiscalização:** atribui o poder-dever de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, de acordo com o art. 58, III, da Lei 8.666/93. A fim de conseguir isto é designado um representante denominado Fiscal de Contrato, que determinará o que for necessário para regularizar faltas e defeitos observados, por força do art. 67, da referida lei. Já o contratado deve designar um preposto, aceito pela Administração Pública, no local da Obra ou Serviço, para representa-la na Execução do Serviço, como dispõem o art. 68, da Lei Geral de Licitações. Cabe ainda salientar, conforme prescreve o art. 70, deste conjunto normativo, que a Fiscalização da Administração Pública não exclui ou reduz a responsabilidade por danos causados a esta ou a terceiros, decorrentes de dolo ou culpa na execução.

15 ALEXANDRE, Ricardo e DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2018.

16 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

- **Aplicação de sanções:** trazendo à tona as palavras de Odete Medauar¹⁷: “está a imposição de sanções ao contratado, por atraso ou inexecução total ou parcial do contrato (art. 58, IV), sem necessidade de pronunciamento de qualquer outro poder ou órgão”. A Lei 8.666/93, disciplina a matéria nos arts. 86 a 88, listando as sanções e assegurando a defesa prévia ao interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, conforme §2º, do art. 87. As sanções aplicáveis serão as seguintes: advertência (art. 87, I); multa moratória (art. 86) e multa compensatória (art. 87, II); suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos (art. 87, III); declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (art. 87, IV).
- **Ocupação provisória:** atribui o poder-dever de, nos casos de serviços essenciais a Administração Pública, esta poderá ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, a título de cautela para apuração administrativa de falhas contratuais e na hipótese de rescisão do contrato, por força do art. 58, V, da Lei 8.666/93.

2. O Sistema de Registro de Preços

Não são raras às vezes em que a Administração Pública é criticada pela burocracia e consequente ineficiência na gestão da máquina pública. E no que tange suas contratações não seria diferente, procedimentos licitatórios morosos e complexos engessam boa parte das repartições públicas, causando prejuízo ao rápido atendimento de suas demandas, o que vem a afetar, em última instância, o próprio atendimento ao interesse dos administrados.¹⁸

Desse modo, no que tange as contratações feitas pelo Poder Público, temos que o princípio da eficiência, embora constitucionalmente garantido, pouco se expressa no dia a dia

17 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª Edição. Belo Horizonte: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

18 COSTA, Filipe Alves de Lima. *Sistema de registro de preços no direito brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55582&seo=1>>. Acessado em: 02 dez., 2018.

da prática administrativas. Em verdade, a harmonização dos princípios da eficiência e da legalidade não se mostrou das tarefas mais simples¹⁹.

Nesse sentido, o Sistema de Registro de Preços, procedimento inserido no bojo das licitações, veio a atender a diversas necessidades da Administração, no intuito de simplificar os procedimentos para a aquisição de produtos e serviços de consumo frequentes e diminuir o tempo necessário para a efetivação das aquisições, aproximando a Administração Pública a conceitos modernos de logística, como o ‘Almoxarifado Virtual’ e o ‘Just-in-Time’. Desse modo, o registro de preços facilita e acelera as contratações futuras da Administração, evitando que, a cada vez que o Poder Público for adquirir bem ou serviço, seja realizado um certame licitatório.²⁰

De início, é oportuno trazer a definição de licitação, conforme leciona Hely Lopes Meirelles²¹:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, [...] Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a: Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Após essas breves noções, abordaremos mais a fundo o Sistema de Registro de Preços (SRP), que busca simplificar e otimizar os processos de licitação pública, através do aperfeiçoamento dos mecanismos de planejamento, do aumento da eficiência administrativa, da redução do número de licitações redundantes, da rapidez na contratação e da liberdade de contratação do bem previsto em ata de registro de preços.

Conceito mais amplo se encontra nos ensinamentos de Celso Bandeira de Mello²²:

O “registro de preços” é um procedimento que a Administração pode adotar perante compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviços. Neste

19 COSTA, Filipe Alves de Lima. *Sistema de registro de preços no direito brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55582&seo=1>>. Acessado em: 02 dez., 2018.

20 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, p. 344 - 345, 2016.

21 MEIRELLES, Hely Lopes - FILHO, José Manuel Burle – BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 237, 2015.

22 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. Cit. Pág. 587.

caso, como presume que irá adquirir os bens ou recorrer a estes serviços não uma, mas múltiplas vezes, abre um certame licitatório em que o vencedor, isto é, o que ofereceu a cotação mais baixa, terá seus preços “registrados”. Quando a promotora do certame necessitar destes bens ou serviços irá obtê-los, sucessivas vezes se for o caso, pelo preço cotado e registrado.

Autores de peso como Maria Sylvia Zanela Di Pietro²³, Hely Lopes Meirelles²⁴, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira²⁵ e Celso Bandeira de Mello²⁶ apontam que a diferença em relação às contratações convencionais e o Sistema de Registro de Preços reside no objeto da licitação. Uma vez que, no sistema convencional a licitação destina-se a selecionar fornecedor e proposta para contratação específica, efetivada pela Administração ao final do procedimento, o que denotará um longo tempo entre a chegada da dotação orçamentária e as aquisições de fato. Já no SRP, a licitação direciona-se a selecionar fornecedor e proposta para contratações não específicas, que poderão ser realizadas, por repetidas vezes, durante certo período. Sendo assim, tanto a legislação, jurisprudência e doutrina, são pacíficos em afirmar que para os certames licitatórios no SRP não é necessário a prévia dotação orçamentária.

Até porque que, a existência de preços registrados não obriga a Administração a contratar com o particular, ficando, entretanto, a este o direito de preferência em igualdade de condições durante o prazo de vigência do registro.²⁷

Diante de tantas vantagens o legislador por meio da Lei 8.666/1993, no art. 15, II, determina que as compras, sempre que possível, serão realizadas pelo Sistema de Registro de Preços. Sendo assim, a não escolha pelo SRP deve ser motivada.²⁸

Apesar dessa determinação a norma trata superficialmente a questão e no § 3º do art. 15, define que o Sistema de Registro de Preço será regulamentado por Decreto. Neste sentido, o Decreto 7.892/2013, alterado pelo Decreto 8.250/2014, regulamenta o registro de preços no âmbito do governo federal e amplia o SRP para as contratações de serviços, uma vez que a Lei 8.666/1993 restringia a aquisição de bens.

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Op. Cit. Pág. 528.

24 MEIRELLES, Hely Lopes - FILHO, Op. Cit. Pág. 379.

25 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. Cit. Pág. 443.

26 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. Cit. Pág. 588.

27 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. Cit. Pág. 444.

28 MEIRELLES, Hely Lopes - FILHO, José Manuel Burle – BURLE, Carla Rosado. Op. Cit. Pág. 445.

Além disso, o § 3º do art. 15, do referido Estatuto define que a validade do registro não excederá de um ano, bem como, prevê que os preços registrados serão selecionados através da modalidade concorrência. Contudo, com o advento da Lei 10.520/2002, foi ampliado o Sistema de Registro de Preços para a modalidade licitatória Pregão, conforme prevê o art. 11, in verbis:

Art. 11. As compras e contratações de **bens e serviços comuns**, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

O Decreto 7.892/2013 em seu artigo 3º, define que o SRP poderá ser adotado nas seguintes hipóteses: I – quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações futuras; II – quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; III – quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou IV – quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Em resumo, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹, pode-se dizer que todo esse processo ocorre da seguinte forma:

Resumidamente, pode-se dizer que no SRP o procedimento é o seguinte: o órgão gerenciador divulga sua intenção de efetuar o registro de preços; os órgãos participantes manifestam sua concordância, indicando sua estimativa de demanda e cronograma de contratações; o órgão gerenciador consolida tais informações; o mesmo órgão gerenciador faz pesquisa de mercado para verificação do valor estimado da licitação; a seguir, realiza o procedimento licitatório, na modalidade de concorrência ou pregão; terminada a licitação, o órgão gerenciador elabora a ata de registro de preços e convoca os fornecedores classificados para assiná-la, ficando os mesmos obrigados a firmar o instrumento de contratação.

Vale por fim destacar, que o SRP não se trata de nova modalidade de licitação, mas sim de um instituto, que, como supramencionado, visa racionalizar a aquisição de bens e a contratação de serviços por parte da Administração.³⁰ Portanto, homologado o resultado da

29 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. Pág. 531.

30 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. Cit. Pág. 445.

licitação, e respeitada a ordem de classificação e a quantidade de fornecedores a serem registrados, o Órgão Gerenciador convocará os interessados para a assinatura da Ata de Registro de Preços que, após cumpridos os requisitos de publicidade, terá efeito de compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas.

3. Diferenças entre ata de registro de preços e contrato administrativo

A Ata de Registro de Preços (ARP), segundo o Decreto nº 7.892/2013 é: documento vinculativo, obrigacional, com características de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas. Na lição de Meirelles³¹: “Isso tudo é reforçado pelo art. 14, prevendo que, uma vez assinada, a Ata terá efeito de compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas.”.

A Lei 8.666/1993 estabelece no art. 62, que a contratação com os fornecedores registrados será formalizada pelo órgão interessado por intermédio de instrumento contratual, emissão de nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outro instrumento similar.

32

Segundo Victor Aguiar Jardim de Amorim³³: “Tal dispositivo objetiva evitar a confusão entre a ARP e o instrumento contratual decorrente de seu efetivo acionamento. O termo de contrato (ou suas formas alternativas previstas no art. 62 da LGL) tem por escopo formalizar as relações jurídicas obrigacionais estabelecidas entre Administração e o fornecedor que teve seus preços registrados na ARP. Ou seja, o instrumento contratual formaliza os contratos celebrados a partir da ARP.”

Meirelles³⁴ por sua vez define ser licitação o antecedente necessário do contrato administrativo; sendo o contrato seu conseqüente lógico. Sendo aquela um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste. Sabendo que ele define ser a licitação um conjunto de atos administrativos, a ARP é apenas um desses atos que compõe o todo do certame.

31 MEIRELLES, Hely Lopes - FILHO, José Manuel Burle – BURLE, Carla Rosado. Op. Cit. Pág. 412.

32 MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, p. 681, 2018.

33 AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

34 MEIRELLES, Hely Lopes - FILHO, José Manuel Burle – BURLE, Carla Rosado. Op. Cit. Pág. 307.

Portanto, conforme abordado, pode-se observar que tanto a legislação, quanto a doutrina deixam claro que a ata de registro de preços e o contrato são institutos distintos. Além dessas fontes acima elencadas, há jurisprudência que enfatiza essa diferença:

Trata-se de representação formulada pelo Exmº Senador da República, [...] Ocorre que o Decreto 3.931/2001, que regulamenta o registro de preços previsto na Lei 8.666/93, em diversos dispositivos, **deixa claro que a ata de registro de preços é um documento que deve ser firmado previamente ao contrato.** Tanto é assim que, logo em seu primeiro artigo, assim dispõe o Decreto: ‘Art. 1º As contratações de serviços e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços, no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto.(Redação dada pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002) Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições: I - Sistema de Registro de Preços - SRP - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras;(Redação dada pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002) II - Ata de Registro de Preços - documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;’ **Ao estabelecer que a ata de registro de preços é, essencialmente, um compromisso para futura contratação, o Decreto claramente distingue os instrumentos concernentes à ata e ao contrato, além de dispor que a assinatura da ata deve anteceder à celebração dos contratos dela decorrentes. Saliento que a ata de registro de preços tem natureza diversa da do contrato, sendo inapropriada, também por isso, sua celebração em um mesmo termo ou instrumento. Como vimos, a ata firma compromissos para futura contratação, ou seja, caso venha a ser concretizado o contrato, há que se obedecer às condições previstas na ata. Além do que, a ata de registro de preços impõe compromissos, basicamente, ao fornecedor (e não à Administração Pública), sobretudo em relação aos preços e às condições de entrega. Já o contrato estabelece deveres e direitos tanto ao contratado quanto ao contratante, numa relação de bilateralidade e comutatividade típicas do instituto.** (Acórdão nº 3273/2010 - Segunda Câmara - TCU) [grifos nossos]

4. Substituição do termo de contrato por um outro instrumento equivalente

Ao abordar a temática em tela, cumpro inicialmente, trazer a baila o ensinamento de Segundo o ensinamento de Maçal Justen Filho³⁵:

O registro de preços não dispensa a pactuação de um contrato específico para cada fornecimento ou prestação de serviço. Cada contratação específica será regida pelas normas gerais sobre contratação administrativa: deverá haver instrumento escrito, sendo o particular convocado para firmá-lo, e assim por diante.

Conforme visto acima o contrato é a consequência lógica da licitação, seja ela comum ou em SRP. Inclusive, que como visto anteriormente o registro de preço não é aquisição de bens, para isto é necessário se firmar instrumento contratual entre a Administração e o particular vencedor do certame licitatório.³⁶

Entretanto, a Lei 8.666, em seu artigo 62, prevê casos de dispensa da celebração deste contrato. Nesta ocasião, discute-se a legalidade da dispensa do termo de contrato e da utilização de outros documentos hábeis substitutivos.

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 NOSSO]

Por compra com entrega imediata a Lei Geral define em seu 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**”.

35 FILHO, Maçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. Op. Cit. Pág. 595.

36 MEIRELLES, Hely Lopes - FILHO, José Manuel Burle – BURLE, Carla Rosado. Op. Cit. Pág. 307.

A fim de dirimir interpretações divergentes, é necessária uma reflexão mais aprofundada acerca dos seguintes tópicos: do disposto no art. 62 da Lei de Geral de Licitações e da interpretação adequada do conceito de ‘entrega imediata’ (art. 40, § 4º) à luz do art. 62.³⁷

Em relação ao disposto no art. 62, **caput**, e em seu §4º, podemos trazer à baila duas interpretações. A primeira nos mostra as hipóteses distintas de dispensa do termo de contrato, quais sejam: 1) quando o valor não é superior ao limite da modalidade convite e; 2) casos em que, mesmo sendo acima deste limite, o objeto da contratação se enquadra em compra com entrega imediata, da qual não resultam obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

4.1. Dispensa de celebração do termo de contrato em aquisições com valores inferiores ao limite da modalidade convite

A dispensa de celebração contratual em valores inferiores ao convite encontra amparo na interpretação conjunta do art. 62 e do §4º do art. 40 – da Lei 8.666/93.

O art. 23, da Lei de Licitações, estabelece os valores utilizados como limites nas diversas modalidades de licitações, dentre estas o convite, in verbis:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

37 DOTTI, Marinês Restelano; LOPES, Ronny Charles; VILAC, Teresa. **Manual de Licitações e contratações administrativos**. Brasília: AGU, 2014.

Entretanto, se utilizando do art. 120, da Lei 8.666/93: “Os valores fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo Federal, que os fará publicar no Diário Oficial da União, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no período”, foi emitido pela União o Decreto 9.412, de 12 de junho de 2018, atualizando assim, o valores das modalidades de licitações de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Desta forma, o art. 1º do Decreto 9.412, de 12 de junho de 2018, atualizou os limites que passaram a ser³⁸:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) na modalidade convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);

[...]

II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:

a) na modalidade convite - até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);

[GRIFOS NOSSOS]

Esta mudança influenciou diretamente no *modus operandi* do setor de licitações em diversas áreas, tais como: limites de dispensa de licitação (art. 24, incisos I e II, da Lei 8.666/1993); limites para emissão de suprimento de fundos (art. 74, §3º, do Decreto-Lei nº 200/1967), e; dispensa de celebração de contratos administrativos (art. 62, da Lei 8.666/1993).

Assim, após uma interpretação mais aprofundada dos limites para dispensa da celebração de contratos baseado no valor da licitação, fica evidenciado que para obras e serviços de engenharia, a Administração está dispensada de contratar caso o valor seja inferior à R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), e; caso se trate de compras e serviços não incluídos neste tipo, fica dispensa se o valor for inferior à R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais).

38 BRASIL. **Decreto 9.412, de 12 de junho de 2018.** Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9412.htm > Acesso em: 18 mar., 2019

4.2. **Dispensa de celebração do termo de contrato em aquisição com valor acima do convite, mas que se enquadra em entrega imediata ou que não resulte em obrigações futuras**

A norma contida no §4º do art. 40, da Lei 8.666/93, busca simplificar o contrato e proteger o equilíbrio econômico-financeiro da proposta ao longo do processo licitatório, uma vez que, a norma busca proteger o licitante em relação à demora em se adquirir/contratar determinado bem ou serviço, evitando assim, que a proposta sofra variações inflacionárias ou fatores econômico-financeiros externos.

Existe ainda uma discussão doutrinária acerca do marco inicial de contagem do prazo de 30 (dias) previsto no §4º, do art. 40, da Lei de Licitações, in verbis: “Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da **data prevista para apresentação da proposta**”[grifo nosso].

A lei é clara ao prever de forma expressa que o marco inicial é da apresentação da proposta, todavia, este prazo se torna inoperável em algumas modalidades de licitação, tomemos como exemplo a modalidade pregão eletrônico, em que a proposta é enviada após a fase de lances, tendo sem seguida diversas outras fases que necessitam de um prazo razoável para acontecerem, tais como: após a fase de lance tem o envio da documentação de habilitação, existe a abertura de prazo para recursos, caso existam recursos, deve ser dado um prazo de 03 (dias) para a apresentação deste, mais 03 (três) dias de contrarrazões, ainda um prazo de mais 01 (um) dia para o julgamento por parte do pregoeiro, passando em seguida para a fase de adjudicação e posteriormente a homologação.

Enfim, fica visível que o prazo de 30 (trinta) dias caso seja interpretado em sua literalidade torna-se uma norma simbólica (sem efetividade).

A fim de se buscar a efetividade da norma, em um primeiro momento cogitou-se considerar 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, uma vez que mesmo após a homologação, em algumas modalidades ainda persistiriam a inaplicabilidade do §4º, do art. 40, da Lei 8.666/93, como exemplo poderíamos citar o Pregão Eletrônico com Sistema de Registro de Preços, em que após a homologação, existe um prazo para que a empresa assine a Ata de Registro de Preços, em seguida existe o cadastramento da Ata no Sistema de Registro de Preços, depois o

chamamento para a Assinatura do Contrato, logo após a Emissão do Empenho e posterior cadastramento do contrato no Sistema de Contratos – SICON, e posterior publicação da contratação no Diário Oficial da União.

Entfim, apesar de o número de ações posteriores a contratação diminuir, ainda era ineficaz.

Então, buscando a efetividade da norma contida no §4º, do art. 40, da Lei de Licitações a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (SELOG), apresentou uma representação ao Presidente do Tribunal de Contas da União, que, com base no art. 28, inciso XIV, do Regimento Interno daquele Tribunal, decidiu submetê-la ao Plenário, por ter considerado relevante a questão.

A SELOG solicitou então que o prazo de entrega, na dispensa de termo de contrato em compra para entrega imediata, nos termos do § 4º do art. 40 da Lei n. 8.666/93, fosse contado a partir do recebimento da nota de empenho pela contratada, e não da apresentação da proposta, a fim de se buscar a efetividade desta norma.

O Tribunal de Contas da União, por meio do ACÓRDÃO 1.234/2016-TCU, decidiu que a “entrega imediata” expressa no art. 40, § 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.

Outra discussão acontece em torno da garantia. Se a Administração exigir garantia, ainda assim, não se torna obrigatório a celebração do contrato, pois a garantia é cláusula acessória e, em regra, busca amparo no art. 24 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, independentemente de previsão contratual ou de o contrato estar vigente.

Na mesma linha hermenêutica, Lucas Rocha Furtado³⁹, diz que a dispensa do termo de contrato na hipótese de compra imediata e integral com amparo na Lei de Licitações e Contratos não isenta o fornecedor de prezar pela garantia (2009, p. 497). Desta forma, não se deve confundir a garantia com a assistência técnica, uma vez que esta última configura se

39 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

traduz em um serviço, a ser devidamente definido, com prazos de visita técnica, serviços contemplados, dentre outros.

Desta forma, após uma análise sistêmica mais aprofundada do art. 62 à luz do §4º do art. 40 – da Lei 8.666/93, fica evidenciado que mesmo nos casos de aquisições/contratações de bens e serviços com valores superiores ao da modalidade convite, mas que não gerem obrigações futuras e que possuam entrega/execução imediata, assim entendida, a realizada no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da emissão da nota de empenho, é dispensada a celebração de contrato administrativo.

4.3. Substituição do termo de contrato por um outro instrumento equivalente nos casos em que é dispensável a celebração

O Tribunal de Contas da União afirma que existem diversas hipóteses 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. 8.666/1993⁴⁰:

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.

Estas hipóteses de substituição contratual são aplicadas de forma residual, ou seja, sempre que não for obrigatória a celebração de contrato administrativo, ocorre a substituição do termo de contrato.

Nesta mesma linha de raciocínio as Consultorias Jurídicas da União (CJU), órgão consultivo vinculado a AGU, nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, valeram-se desses fundamentos para editar a Orientação Normativa Conjunta CJU/RJ-ES Nº 2/2013⁴¹:

“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

40 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ÁCORDÃO 1234/2016**. Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=624791> >. Acesso em: 18 mar., 2019.

41 BRASIL. **Orientação Normativa Conjunta CJU/RJ-ES Nº 2/2013**. Disponível em < <https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/17627024> > Acesso em: 22 jan.2019

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.”.

O Tribunal de Contas da União, por meio de seu Manual de Orientações e Jurisprudências do TCU⁴², elenca as situações em que é obrigatório ou facultativo o termo de contrato:

Nas hipóteses a seguir, deve a contratação ser formalizada obrigatoriamente por meio de termo de contrato:

[...]

Nos demais casos, o termo de contrato é facultativo, podendo ser substituído pelos instrumentos hábeis a seguir:

- carta-contrato;
- nota de empenho de despesa;
- autorização de compra;
- ordem de execução de serviço.

Superada a discussão que concluiu pela caracterização da ‘entrega imediata’ para fins de substituição do contrato por instrumento mais simples, como a nota de empenho, passemos a analisar a substituição do termo contratual por outro instrumento jurídico mais simples, com base nos arts. 40, §4º, e 62, §4º, da Lei 8.666/1993.

O art. 62, §4º, da Lei 8.666/1993, busca à eficiência administrativa ao simplificar a formalização das relações contratuais, prezando também pela segurança jurídica necessária à correta execução das obrigações.

No mesmo sentido, o TCU já se pronunciou quanto à exceção contida no §4º do art. 62, da Lei de Licitações, mostrando que a intenção do legislador 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”.⁴³

42 **Licitações & Contratos:** Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª Edição. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2010.

43 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACORDÃO 367/2017**. Disponível em: <
<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao->

Além disso, parcela da doutrina indica que a substituição do termo contratual somente possui relevância nas contratações diretas. Marçal Justen Filho⁴⁴, por exemplo, 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”.

Assim, a substituição do termo de contrato pela nota de empenho, por exemplo, nas aquisições/contratações de bens ou serviços que não gerem obrigações futuras, não gera potenciais riscos, desde que atendido, no que for o caso, o art. 55, da Lei 8.666/83, ou seja, que na nota de empenho conste as cláusulas necessárias para a adequada execução da avença.

5. Obrigatoriedade da celebração do termo de contrato

O Tribunal de Contas da União, por meio de seu Manual de Orientações e Jurisprudências do TCU⁴⁵, elenca as situações em que é obrigatório ou facultativo o termo de contrato:

Nas hipóteses a seguir, deve a contratação ser formalizada obrigatoriamente por meio de termo de contrato:

- licitações realizadas nas modalidades concorrência, tomada de preços e pregão;
- dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo valor esteja compreendido nos limites das modalidades concorrência e tomada de preços;

5.1. Celebração do termo de contrato em licitações realizadas nas modalidades concorrência, tomada de preços ou pregão, salvo se tratar-se de entrega imediata

completo/*/NUMACORDAO%253A367%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%20desc,%
%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=52566ef0-72a4-11e9-bb67-019d0d143d41 >. Acesso em:
13 mar., 2019.

44 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. Op. Cit.

45 Licitações & Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª Edição. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2010.

Ana Cláudia Campos⁴⁶, esclarece que a tomada de preços pode ser utilizada quando se tratar de:

- **Obras e serviços de engenharia** - Contratação com valor até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais);
- **Compras e serviços não relacionados à engenharia** - Contratação com valor até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais);
- **Licitação internacional** - A tomada de preços poderá ser utilizada nas licitações internacionais quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores e desde que se respeitem os limites vistos acima.

A modalidade concorrência por sua vez, quando se tratar de:

- **Obras e serviços de engenharia** - Contratação com valor superior a R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais);
- **Compras e serviços não relacionados à engenharia** - Contratação com valor superior a R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais);
- **Aquisição e alienação de imóveis** – podendo ainda ser utilizada a modalidade leilão;
- **Alienação de bens móveis com valor superior a R\$ 1.430.000,00** – quando o valor for menor que este, utiliza-se a modalidade leilão;
- **Concessão de serviço público** – de acordo com o art. 2º, da Lei 8.987/1995;
- **Concessão de direito real de uso** – transferência do direito real de uso de um bem público a um particular;
- **Empreitada integral** – aqui é contratada todas as etapas das obras, serviços e instalações, ou seja, o contratante entrega em condições de entrada em operação.
- **Licitação internacional** – caso ultrapasse o valor permitido para a tomada de preços.

46 CAMPOS, Ana Claudia. Direito Administrativo Facilitado. 1ª Edição. São Paulo: Editora Forense, págs. 849 – 850, 2019.

A modalidade pregão pode ser adotada para a aquisição de bens e serviços comuns, logo não possui uma limitação de valor envolvido na sua utilização, mas apenas a exigência que se trate de um serviço comum, que é aquele cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, qualquer que seja o valor da contratação (art. 1º e parágrafo único, da Lei 10.520/2002).

Com isto, sempre que a contratação se enquadrar em uma das modalidades citadas acima, é obrigatória a celebração do termo contratual, salvo, se tratar-se de obrigação com entrega imediata, conforme leciona Joel de Menezes Niebuhr⁴⁷, ao discorrer sobre a redação do art. 62 – caput e § 4º:

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’.

5.2. Celebração do termo de contrato nas dispensas ou inexigibilidades de licitação em que os valores estejam compreendidos nos limites das modalidades: concorrência e tomada de preços

De acordo com ensinamentos de Fernanda Marinella⁴⁸: “A forma instrumento de contrato é obrigatória quando o valor do contrato corresponder aos valores fixados pela lei para as modalidades concorrência e tomada de preços, ainda que se trate de hipóteses de dispensa e inexigibilidade.”

47 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª edição. Belo Horizonte: Fórum, Págs. 834 – 835, 2015.

48 MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, pág. 554, 2018.

Desta forma, o art. 1º do Decreto 9.412, de 12 de junho de 2018, traz os valores a serem seguidos⁴⁹:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) na modalidade convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);

b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:

a) na modalidade convite - até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);

b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais); e

c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais). [GRIFOS NOSSOS]

Desta forma, conforme visto anteriormente, sempre que a dispensa de licitação ou inexigibilidade possuir valor superior ao da modalidade convite (que é de cento e setenta e seis mil reais), ou seja, se enquadre nos valores das modalidades tomada de preços ou concorrência, é necessário a celebração do instrumento contratual, não sendo admitido assim a sua substituição por qualquer outro instrumento legal.

49 BRASIL. **Decreto 9.412, de 12 de junho de 2018.** Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9412.htm > Acesso em: 18 mar., 2019

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou estudar os casos em que é dispensável à celebração do termo de contrato administrativo decorrente de licitação pública e as possibilidades de substituição deste por um outro instrumento equivalente.

Buscou-se analisar as noções essenciais acerca dos contratos em nosso ordenamento, desde sua divisão entre contratos administrativos e contratos privados, até a pormenorização do contrato administrativo à luz da Lei Geral de Licitações – Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Bem como, tecer algumas considerações sobre o Sistema de Registro de Preços (SRP), diferenciando de forma não exaustiva a Ata de Registro de Preços e o Contrato Administrativo decorrente de licitação por SRP.

Chegando ao tema central, qual seja, os casos em que é obrigatório a celebração do termo contratual e os casos em que é possível a substituição deste por um outro instrumento equivalente, foi necessária uma rápida conceituação do que é “entrega imediata”, prevista no art. 40, § 4º, da Lei 8.666/1993, a fim de delimitar a possibilidade de dispensa contratual prevista no art. 62º, § 4º, da Lei 8.666/1993. Desta forma, ficou evidenciada como entrega imediata 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. Com isto, fica evidente a possibilidade de dispensa da celebração do termo de contrato nas aquisições que, independentemente do valor contratado, a entrega se der de forma imediata.

Outro caso de dispensa de celebração do contrato visto, foi a decorrente de aquisições com valores inferiores ao limite da modalidade convite, que é de R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais), com limite atualizado pelo o art. 1º do Decreto 9.412, de 12 de junho de 2018.

Foi necessário ainda, discorrer sobre a possibilidade de substituição do contrato administrativo por um outro instrumento equivalente, como a nota de empenho, instrumento hábil para isto, de acordo com o caput do art. 62, da Lei de Licitações, analisado por meio do Tribunal de Contas da União, através do Acórdão 1234/2018.

Ao adentrar nos casos de obrigatoriedade da celebração do termo de contrato administrativo, foi constatado que em licitações realizadas nas modalidades concorrência e tomada de preços, salvo as que possuírem entrega imediata, a celebração do contrato se faz

necessária, conforme mandamento previsto no §4º, do art. 62, da Lei 8.666/93. Bem como, se faz necessária, nas dispensas ou inexigibilidades de licitação em que os valores estejam compreendidos nos limites das modalidades: concorrência e tomada de preços. Ou seja, quando se tratar de dispensa ou inexigibilidade de licitação com valor superior a R\$ 176.000,00 (cento e sessenta e seis mil reais).

Em suma, os casos de obrigatoriedade e de dispensa da celebração do contrato administrativo decorrente de licitação pública foram analisados de maneira pormenorizada, ficando evidente os casos que o administrador público deve celebrar o termo contratual, bem como, as possibilidades em que este instrumento pode ser substituído por um outro equivalente, a fim de se buscar uma maior celeridade administrativa, por se tratar de instrumentos de confecção menos rigorosa e demorada; economicidade, uma vez que a publicação obrigatória destes instrumentos no Diário Oficial da União gera custos; e eficiência, como ocorre, por exemplo, nos casos em que o edital já possui as previsões legais que seriam duplicadas no termo contratual.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

ALEXANDRE, Ricardo e DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2018.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm> Acesso em: 22 jan.2019

BRASIL. DECRETO Nº 7.892, DE 23 DE JANEIRO DE 2013. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Brasília, DF, jan 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm>. Acessado em:

BRASIL. **Decreto 9.412, de 12 de junho de 2018**. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9412.htm> Acesso em: 18 mar., 2019

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 22 jan., 2019

BRASIL. **Orientação Normativa Conjunta CJU/RJ-ES Nº 2/2013**. Disponível em <<https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/17627024>> Acesso em: 22 jan.2019

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ACORDÃO 367/2017**. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A367%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=52566ef0-72a4-11e9-bb67-019d0d143d41>. Acesso em: 13 mar., 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **ÁCORDÃO 1234/2016**. Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=624791> >. Acesso em: 18 mar., 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 22**. As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: < <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?ileId=8A8182A248D6DF8201491575DED46CAF> >. Acesso em: 18 fev., 2019.

CAMPOS, Ana Claudia. *Direito Administrativo Facilitado*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Forense, págs. 849 – 850, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª edição. Salvador: Editora Juspodivim, p. 541, 2017.

COSTA, Filipe Alves de Lima. *Sistema de registro de preços no direito brasileiro*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 07 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55582&seo=1>>. Acessado em: 02 dez., 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, p. 344 - 345, 2016.

DOTTI, Marinês Restelano; LOPES, Ronny Charles; VILAC, Teresa. **Manual de Licitações e contratações administrativas**. Brasília: AGU, 2014.

FILHO, Maçã Justen. **Curso de Direito Administrativo**. – 4ª edição em e-book baseada na 12ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 525, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes. Contratação direta sem licitação. 10. Ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LICITAÇÕES & CONTRATOS: Orientações e Jurisprudência do TCU. 4ª Edição. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2010.

MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, pág. 554, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, p. 681, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21ª Edição. Belo Horizonte: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes - FILHO, José Manuel Burle – BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 237, 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, p. 630, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4ª edição. Belo Horizonte: Fórum, Págs 834 – 835, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações & Contratos Administrativos: Teoria e Prática**. 6ª Edição. São Paulo: Editora Forense Ltda, p. 127, 2017.