



CJ. P. 2.066/08- RUSP
CCS

PROCESSO Nº: 2008.1.19261.1.1

INTERESSADO: Reitoria da USP (DA)

ASSUNTO: Termo de Contrato. Inteligência do artigo 62 da Lei nº 8.666/93. Possibilidade de substituição. Hipóteses. Situação específica do "Proforma Invoice".

PARECER

Senhora Procuradora-Chefe em exercício,

Vêm os autos à esta Consultoria Jurídica para informações acerca da extensão e aplicabilidade do contido no artigo 62 da Lei nº 8.666/93, em face dos entendimentos externados nos Pareceres CJ nº 1.374/07, nº 1.435/07 e nº 278/08, acostados respectivamente às fls. 02/09.

Para tanto, o Departamento de Administração formula os seguintes questionamentos (Informação nº 190/2008, de fls. 11/13):

“1) Qual o valor a ser considerado para os fins da dispensa do Termo Contratual, referida no artigo 62 da Lei nº 8.666/93 – R\$ 8.000,00 ou R\$ 80.000,00?

2) Considerando que a prática tem mostrado a grande incidência de recusa e desprezo pelo fornecedor estrangeiro em assinar os contratos, resultando em: (1) em maior tempo demandado para a conclusão do processo, em virtude de



inúmeros questionamentos por parte das empresas quanto ao teor de referidos instrumentos contratuais (2) elevação dos custos processuais, face a obrigatoriedade da tradução dos documentos, por tradutor juramentado, (3) a inviabilidade de algumas compras, em virtude da recusa supracitada, causando, desta forma, prejuízos relevantes aos laboratórios de pesquisa; consultamos sobre a viabilidade de se aceitar como instrumento hábil, em substituição ao contrato, a 'Proforma Invoice', que pressupõe obrigatoriedade entre as partes?"

1- O artigo 62, *caput* e §4º, ambos da Lei nº 8.666/93, no tocante à formalização de instrumento contratual, expressamente determina:

"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." (g.n.)

Preliminarmente, importante esclarecer, utilizando-se dos ensinamentos de Marçal Justen Filho que a expressão "termo" de contrato *"destina-se especificamente a documentar a avença, contendo todas as cláusulas contratuais de modo minucioso e detalhado. Já as outras figuras indicadas no texto da lei são instrumentos escritos cuja finalidade específica não é formalizar a avença. Possuem outras finalidades para fins*



administrativos, tais como promover o empenho de verbas, autorizar determinada atividade etc. A distinção não apresenta maior relevância. Em qualquer caso, existe contrato administrativo e o documento escrito é um "instrumento contratual"¹.

Conclui o citado autor que, enquanto o termo de contrato é "um escrito completo, contemplando todas as cláusulas cabíveis, emitido para o fim específico de documentar a avença", as outras formas de documentação envolvem "a utilização de instrumentos destinados a outros fins para, de modo concomitante, promover a formalização da contratação"².

Desta forma, tanto o termo de contrato, quanto os demais instrumentos que o substituem, têm o condão de formalizar uma relação jurídica, de natureza contratual.

2- A regra prevista no *caput* do artigo 62 da Lei nº 8.666/93, determina que:

a) o instrumento de contrato é obrigatório:

a.1) nas licitações instauradas nas modalidades concorrência e tomada de preços, independentemente do objeto a ser executado;

a.2) nas contratações diretas, por dispensa ou inexigibilidade, cujo valor sejam: acima de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), para obras e serviços de engenharia e acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para compras e serviços que não sejam de engenharia; e

a.3) nas licitações instauradas na modalidade pregão, cujo valor seja acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 529.

² Ob. cit., p. 529.



18

b) o instrumento de contrato é facultativo, ou seja, a Administração pode optar por formalizá-lo ou substituí-lo por outros instrumentos pertinentes:

b.1) nas licitações instauradas na modalidade convite, independentemente do objeto a ser executado;

b.2) nas contratações diretas, por dispensa ou inexigibilidade, cujo valor sejam: até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), para obras e serviços de engenharia e até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para compras e serviços que não sejam de engenharia; e

b.3) nas licitações instauradas na modalidade pregão, cujo valor seja até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

3- Destarte, em consonância com as regras de interpretação normativa, é papel dos parágrafos regulamentar a disposição geral que consta no *caput* de um determinado artigo.

Em face disso, o papel do §4º do mesmo artigo 62 da Lei nº 8.666/93, foi excepcionar à regra prevista no *caput*, porquanto a finalidade buscada pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos foi acolher o informalismo do Direito Comercial, sempre que não existir riscos de maior dimensão para os interesses fundamentais.

Até porque, a dispensa do instrumento contratual relaciona-se com a inutilidade do manejo de um instrumento completo e minucioso, na medida em que a satisfação da prestação exaure as obrigações impostas ao vencedor.

Desta forma, o citado parágrafo pode ser aplicado se preenchidos os seguintes requisitos:

Assinatura manuscrita no canto inferior direito da página.



1º) independentemente das situações onde o instrumento de contrato é obrigatório ou facultativo, pode o mesmo ser dispensado e substituído por instrumentos pertinentes.

2º) o valor não é condição relevante na análise.

3º) aplica-se somente às hipóteses de compra, nos termos definidos expressamente no artigo 6º, inciso III da Lei nº 8.666/93³.

4º) a compra deve ser com entrega imediata e integral dos bens adquiridos.

5º) não pode resultar em obrigações futuras, inclusive assistência técnica⁴.

4- No tocante a possibilidade de se aceitar como instrumento hábil, em substituição ao contrato, a "Proforma Invoice", é necessário, inicialmente, tecermos algumas considerações acerca das vendas internacionais⁵.

A Lei nº 8.010/90 dispõe sobre importação de bens realizados por entidades sem fins lucrativos ativas no fomento, na coordenação ou na execução de programas de pesquisa científica e tecnológica, devidamente credenciadas pelo CNPq. Essas operações são dispensadas da licitação (artigo 24, inciso XXI da Lei nº 8.666/93), dispensadas dos impostos de importação (II) e sobre produtos industrializados (IPI), do adicional ao frete para renovação da marinha mercante (AFRMM) e ficam dispensadas do exame de similaridade e de controles prévios ao despacho aduaneiro. As importações assim realizadas, diretamente com o fornecedor,

³ Compra é toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.

⁴ O entendimento já externado pela Consultoria Jurídica (Parecer CJ nº 1.374/2007) é que "se as exigências da Administração limitam-se ao que já está previsto no Código de Defesa do Consumidor (CDC), como em relação à garantia (assistência técnica), não há razões para repeti-las em contrato administrativo. Diferente seria se o prazo de garantia no caso concreto, ultrapassasse o que vem estipulado no Código de Defesa do Consumidor".

⁵ Informações extraídas do Acórdão nº 460/2004, Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União.



podem mostrar-se efetivamente econômicas, quando, obviamente, não contrariarem as regras de despesa pública, dispostas na lei.

As vendas internacionais constituem, na sua substância, meros contratos de compra e venda, sujeitos às regras essenciais que regem esses tipos de contratos. Apresentam, contudo, características próprias, peculiares e específicas, que as especializam perante o contrato de compra e venda comum. Os riscos do comprador, nesses tipos de contratos, convergem para a efetiva entrega da mercadoria, no tempo, lugar e modo estabelecidos e pelo preço fixado. Daí a necessidade de nas operações internacionais adotarem-se fórmulas mais adequadas para a salvaguarda do exportador e do importador, que as mais simples não conseguiriam.

Inicialmente, o importador paga em 'Reais' ao banco local que, por sua vez, remete moeda estrangeira para o pagamento do exportador, mediante contrato de câmbio. O momento exato dessa remessa dependerá da modalidade de pagamento tratada entre as partes e do prazo de pagamento pactuado. A respeito da transação tem-se, como regra geral, três opções disponíveis para as operações que envolvam remessa de recursos ao exterior, como forma de pagamento à apropriação de um bem: a cobrança, a carta de crédito e o pagamento antecipado.

Na modalidade 'cobrança' o exportador encaminha a mercadoria e, após o recebimento, o importador envia o pagamento por meio do banco negociador.

A modalidade 'carta de crédito' inclui muitos detalhes, envolve pelo menos quatro bancos, onera a operação, mas é a mais segura para operar no comércio internacional, já que o banco emitente da carta de crédito garante, em nome do importador, o pagamento das divisas ao exportador, desde que sejam respeitados os termos e condições descritos no documento. Outrossim, o exportador só receberá o pagamento após o cumprimento das exigências contidas na carta, onde lhe é assegurado o recebimento da mercadoria.



No 'pagamento antecipado' o importador remete o valor da importação ao exterior antes do embarque da mercadoria. É uma operação de risco. O pagamento pode ser feito até 180 dias antes da data prevista para o embarque ou da nacionalização da mercadoria. Para a liquidação do câmbio o importador apresenta ao banco a fatura "Proforma" ou contrato comercial onde constem os valores da transação.

Das modalidades acima elencadas, podemos observar que a única que envolve risco de não-recebimento das mercadorias é a modalidade 'pagamento antecipado'.

5- Ao ingressar no comércio internacional, a entidade/empresa que deseja efetuar uma exportação deverá conhecer e emitir documentos específicos para este mercado. A cotação internacional é chamada de "Proforma Invoice".

Da mesma maneira que uma cotação para venda no mercado nacional, a "Proforma Invoice" deve conter algumas indicações para ser considerada válida e reconhecida como fatura comercial. Nos termos do artigo 497 do Regulamento Aduaneiro (Decreto federal nº 4.543/02), são elas:

"Art. 497. A fatura comercial deverá conter as seguintes indicações:

- I - nome e endereço, completos, do exportador;
- II - nome e endereço, completos, do importador;
- III - especificação das mercadorias em português ou em idioma oficial do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, ou, se em outro idioma, acompanhada de tradução em língua portuguesa, a critério da autoridade aduaneira, contendo as denominações próprias e comerciais, com a indicação dos elementos indispensáveis a sua perfeita identificação;
- IV - marca, numeração e, se houver, número de referência dos volumes;
- V - quantidade e espécie dos volumes;





22

VI - peso bruto dos volumes, entendendo-se, como tal, o da mercadoria com todos os seus recipientes, embalagens e demais envoltórios;

VII - peso líquido, assim considerado o da mercadoria livre de todo e qualquer envoltório;

VIII - país de origem, como tal entendido aquele onde houver sido produzida a mercadoria ou onde tiver ocorrido a última transformação substancial;

IX - país de aquisição, assim considerado aquele do qual a mercadoria foi adquirida para ser exportada para o Brasil, independentemente do país de origem da mercadoria ou de seus insumos;

X - país de procedência, assim considerado aquele onde se encontrava a mercadoria no momento de sua aquisição;

XI - preço unitário e total de cada espécie de mercadoria e, se houver, o montante e a natureza das reduções e dos descontos concedidos ao importador;

XII - frete e demais despesas relativas às mercadorias especificadas na fatura;

XIII - condições e moeda de pagamento; e

XIV - termo da condição de venda (**incoterm**).

Parágrafo único. As emendas, ressalvas ou entrelinhas feitas na fatura deverão ser autenticadas pelo exportador."

Uma vez emitida e assinada pelo vendedor, a "Proforma Invoice" deverá ser analisada pelo importador, verificando-se o atendimento das indicações contidas no artigo 497 do Regulamento Aduaneiro. Sendo aceitas as condições presentes no documento, o comprador assina e retorna ao vendedor uma cópia.

Com o fechamento do negócio, o documento que concretiza a aceitação do pedido se torna um **contrato de compra e venda**, inclusive com características jurídicas, porquanto contém todos os compromissos assumidos durante a fase de negociação.

①



23

Aliás, notamos que o risco pertence ao vendedor, já que não gera obrigação de pagamento por parte do comprador.

6- Em conclusão, nas situações específicas de importação de bens realizados pela Universidade de São Paulo, destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico, nos termos do inciso XXI do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 c/c a Lei nº 8.010/90, a "Proforma Invoice" pode substituir o Termo de Contrato.

Ora, a "Proforma Invoice" é um instrumento contratual, nos moldes do contido no artigo 62, *caput*, da Lei nº 8.666/93, mesmo que lá não esteja indicada expressamente.

Isto porque, uma relação contratual não depende da forma adotada para sua formalização, desde que não decorrente de imposição legal; já que se aperfeiçoa quando completados os atos jurídicos necessários à formalização que exterioriza o acordo de vontades. Assim, todas as regras previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos aplicam-se, independentemente da escolha de uma das formas previstas no artigo 62 da norma em comento.

Neste sentido, a "Proforma Invoice" atende aos requisitos de formação dos Contratos indicados no Código Civil. São eles: identificação das partes, determinação do objeto (gênero, quantidade e qualidade), preço e as demais condições do negócio; perfazendo-se como válida após a aceitação do importador.

Ademais, notamos que a Universidade de São Paulo adota, nestes casos, a modalidade de pagamento denominada 'carta de crédito', considerada segura para esse tipo de entidade.



7- Nas demais hipóteses de formalização da "Proforma Invoice", principalmente se utilizada a forma de pagamento antecipada, algumas ressalvas se fazem necessárias.

Nessa modalidade de pagamento (antecipado), segundo lições de Marcos Juruena Villela Souto, *"o percentual do valor do contrato será pago após a assinatura do contrato, contra-apresentação de fatura e de garantia bancária em valor equivalente, válida até que os bens sejam entregues; a antecipação é uma praxe no comércio internacional e por isso tem sido aceita, com reservas, pelos órgãos de controle, já que caracteriza a seriedade da contratação e fornece capital de giro para produção e aquisição de bens para a Administração. Ainda que assim não fosse, é suficiente para justificar o adiantamento o fato de que as compras da Administração Pública devem se pautar pelas práticas da iniciativa privada, valendo também lembrar que as contratações internacionais nos países em desenvolvimento são normalmente reservadas a hipóteses relevantes, demonstrando o cabimento da utilização excepcional do adiantamento"*⁶.

Destarte, por envolver risco de não-recebimento das mercadorias, deve a Administração se revestir de meios suficientes para salvaguardar a verba pública, com a finalidade de garantir o cumprimento das obrigações pelo exportador ou de reaver os recursos empregados.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo julgou regulares a inexigibilidade de licitação e o correspondente contrato de câmbio, bem como legal o ato determinativo das despesas, nas hipóteses de assinaturas de periódicos internacionais, *"não obstante a inexistência de contrato assinado entre as partes, mas dada a existência de nota de empenho, fatura ('Invoice') e contrato de câmbio estabelecendo obrigação entre as partes"*⁷.

Isto posto, é possível a não formalização de Termo de Contrato, desde que os autos estejam instruídos com nota de empenho, fatura "Proforma Invoice", contrato de câmbio e, nos casos específicos de pagamento

⁶ Direito Administrativo Contratual, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, ps. 399/400.

⁷ TC-023860/026/06, TC-007411/026/04 e TC-007413/026/04.



adiantado, meios de garantir o cumprimento das obrigações pelo exportador ou de reaver os recursos empregados.

8- Ante o exposto, respondendo objetivamente as questões postas, entendemos que:

1) A dispensa do termo contratual não decorre necessariamente do valor, podendo ocorrer nas seguintes hipóteses:

a) com fundamento no *caput* do artigo 62 da Lei nº 8.666/93:

a.1) nas licitações instauradas na modalidade convite, independentemente do objeto a ser executado;

a.2) nas contratações diretas, por dispensa ou inexigibilidade, cujo valor sejam: até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), para obras e serviços de engenharia e até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para compras e serviços que não sejam de engenharia; e

a.3) nas licitações instauradas na modalidade pregão, cujo valor seja até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).


b) com fundamento no §4º do artigo 62 da Lei nº 8.666/93, somente nas hipóteses de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, não podendo resultar em obrigações futuras, inclusive assistência técnica.



2) A "Proforma Invoice" poderá substituir o Termo de Contrato, desde que observadas as condições arroladas nos item 6 e 7 deste parecer.

É o que cabia observar, *sub censura*.

Consultoria Jurídica, 22 de julho de 2008.


CHRISTIANNE DE CARVALHO STROPPA
Procuradora

De acordo. Encaminhem-se os autos ao Departamento de Administração.

Consultoria Jurídica, 23 de julho de 2008.


ANA MARIA DA CRUZ
Procuradora-Chefe em exercício