

PROCESSO Nº : 125997/2009

INTERESSADO : PREFEITURA MUNICIPAL DE RONDONÓPOLIS

ASSUNTO : CONSULTA

RELATOR : CONSELHEIRO DOMINGOS NETO

RAZÕES DO VOTO

Os requisitos de admissibilidade da presente consulta constantes no art. 232 do Regimento Interno desta Corte foram devidamente preenchidos, razão pela qual a mesma deve ser conhecida, analisada e respondida.

Quanto ao mérito, a Consultoria Técnica manifestou-se em tese e de forma clara sobre o assunto questionado pelo Sr. Prefeito Municipal de Rondonópolis cumprindo com a função de orientação ao jurisdicionado que este Tribunal deve exercer.

De acordo, com o exposto no Parecer, o assunto trazido à baila, reveste-se de diversos aspectos controvertidos em seu estudo. Não raro o fracionamento de despesas é objeto de dúvidas e equívocos por parte dos operadores da legislação correlata.

A Constituição da República em seu artigo 37, inciso XXI, estabelece que as aquisições, contratações e alienações da Administração Pública, como regra geral, deverão ser precedidas de procedimento licitatório, que garanta condições de igualdade entre os interessados e a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, em atendimento aos princípios da Isonomia e Economicidade. Assim prescreve o diploma constitucional:

“Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

....

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. “

Em sede infraconstitucional, a Lei nº 8.666/93 estabeleceu normas gerais de licitação, bem como exceções à regra geral de licitar, previstas no artigo 24, inciso I e II, que estabelece as dispensas de licitação, tanto para obras de engenharia como para compras e outros serviços, *in verbis*:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.”

Da mesma forma, a Lei nº 8.666/93 definiu as modalidades de licitação, com base nos valores e na complexidade do certame licitatório, vedando, também, a utilização inadequada de modalidades, conforme disposto em seu art. 23, §5º:

“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:

...

§5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço."

Quanto aos institutos do Parcelamento e Fracionamento, oportuno tecer alguns comentários que reforçam aqueles já esposados pela equipe técnica desta Corte.

O Parcelamento de objeto licitatório é regra estabelecida pelos §§ 1º e 2º do art. 23 da Lei 8666/93, sendo seu objetivo ampliar o caráter competitivo dos certames e otimizar os recursos disponíveis no mercado.

Portanto, estando o gestor diante de objeto de natureza divisível, já tendo avaliado que a aquisição em parcelas não afeta o conjunto da contratação e que a mesma é técnica e economicamente viável, deve proceder ao parcelamento do objeto, seja licitando-o em lotes e/ou por preço unitário ou ainda, excepcionalmente, realizando licitações parceladas no decorrer do exercício financeiro, situação última que depende da demonstração de sua conveniência.

Por outro lado, o parcelamento do objeto não interfere na modalidade licitatória a ser adotada na sua contratação. Assim, ao parcelar o objeto o gestor deve cuidar para que seja adotada a modalidade cabível ao conjunto da aquisição (total da obra, serviço ou compra), mesmo que o valor da licitação, quando considerada isoladamente, se enquadre em modalidade licitatória inferior ou em dispensa licitatória. Tal cuidado visa evitar o fracionamento da despesa, prática essa, vedada pelo "caput" do art.

8º, §5º do art. 23 e incisos I e II do art. 24 da lei de licitações.

A propósito, entende-se por “fracionamento da despesa” a conduta do gestor público que, pretendendo definir a modalidade de licitação inferior a devida ou deixar de realizar a licitação (dispensa) divide o objeto para lançar valor inferior (parcial) e realizar vários certames menores, para objetos similares ou para o mesmo objeto.

Em suma, enquanto o parcelamento do objeto é regra nas licitações públicas, o Fracionamento da despesa configura crime (art. 89 e 93 da Lei nº 8.666/93), por ofender princípios constitucionais.

No tocante ao período a ser considerado para efeito de cálculo da modalidade licitatória ou da dispensa, não há parâmetros temporais objetivos fixados na lei de licitações. No entanto, o entendimento jurisprudencial e doutrinário dominantes apontam para a globalidade da aquisição considerando-se a necessidade do órgão público durante todo o exercício financeiro (princípio da anualidade).

O Doutrinador Carlos Pinto Coelho Motta, citado por Leila Tinoco Almeida, nos ensina:

Tenho entendido que tais limites para a chamada “dispensabilidade” de licitação, tanto para compras e serviços como para obras e serviços de engenharia, valem para todo o exercício financeiro, permitindo-se, entretanto, o parcelamento do fornecimento ou da execução. Significa que o limite de valor, para objetos similares, só pode ser utilizado para fins de dispensa uma vez em cada exercício.

As razões desse entendimento são as seguintes: em primeiro lugar, os prazos do art. 39, parágrafo único, para licitação simultânea ou sucessiva, não mais se aplicam ao art. 24, I, como era definido pela redação originária da Lei n. 8.666/93. A Lei n. 8.883/94, alterando o referido parágrafo único do art. 39, excluiu expressamente a aplicabilidade do limite da dispensa em

intervalos temporais definidos para licitação simultânea ou sucessiva (30 e 120 dias).

Em segundo lugar, não há nenhum outro dispositivo, seja na Lei n. 8.666/93, seja na Lei n. 4.320/64, que autorize a aplicação do limite de dispensa para objeto similar por vezes sucessivas no mesmo exercício financeiro. Se não há autorização expressa, conclua-se pela vedação legal.

(ALMEIDA, Leila Tinoco da Cunha Lima. Dispensa e inexigibilidade de licitação: casos mais utilizados. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000.)

Acerca do assunto, elucidativos são os ensinamentos do Informativo de Licitações e Contratos, *in verbis*:

LICITAÇÃO – FRACIONAMENTO – LEGALIDADE CONDICIONADA À IMPREVISIBILIDADE DA DESPESA. ORIENTAÇÃO JURÍDICA.

(...)

A aferição da modalidade de licitação cabível e da possibilidade de realizar dispensa em razão do valor é tema extremamente controvertido. Vários critérios foram desenvolvidos pela doutrina especializada, no intuito de orientar a atuação administrativa: a identidade e a similaridade de objetos; a anualidade orçamentária; o elemento da despesa; a capacidade do particular que fornecerá o bem ou prestará o serviço.

Esta consultoria, embora esteja repensando com cautela seu posicionamento, postula, atualmente, pela mescla entre a identidade e a similaridade de objetos e a anualidade orçamentária, até em vista dos entendimentos das Cortes de Contas, em regra mais rigorosos.

Ao nosso ver, a Administração deverá identificar, dentro do que for previsível, os objetos de mesma natureza ou natureza similar a serem contratados ao longo do exercício financeiro, utilizando a modalidade pertinente ao somatório dos valores estimados; quando se estiver diante de contrato com possibilidade de prorrogação (art. 57, I, II e IV, da Lei nº 8.666/93), deve-se considerar todo o período de possível duração do contrato. Será possível dividir as contratações em tantas parcelas quantas forem econômica e tecnicamente viáveis, desde que respeitada a modalidade correspondente ao todo, nos termos do art. 23 da Lei e parágrafos.

Nesse sentido é a Pergunta e Resposta veiculada no ILC nº 65, jul./99, p. 548.

Com efeito, parece-nos ser esse o melhor entendimento, considerando o dever da Administração de prever e planejar seus gastos, aplicando os

recursos públicos da melhor forma possível.

Anote-se que, por "natureza" dos bens e serviços, para fins de verificar a similaridade, deve-se entender espécie de um gênero. Exemplificando: sabão, detergente e desinfetante não são idênticos entre si, mas guardam fortes traços de similaridade, pois são todos do gênero "materiais de limpeza". (http://www.saeb.ba.gov.br/biblioteca_virtual/)

Outra questão de grande relevância e que permeia o tema em estudo, diz respeito ao planejamento dos gastos públicos.

O Tribunal de Contas da União, na mesma linha desta Corte de Contas, a muito tem chamado à atenção para a importância de um planejamento adequado das rotinas de compras e serviços pelo poder público, tendo por parâmetro as necessidades do ente durante todo o exercício financeiro. Vejamos:

Quando da realização de suas despesas, proceda a um adequado planejamento de seus procedimentos licitatórios, em conformidade com a disponibilidade de créditos orçamentários e recursos financeiros, objetivando contratações mais abrangentes e abstendo-se de proceder a sucessivas contratações de serviço e aquisições de pequeno valor, de igual natureza, semelhança ou afinidade, realizadas por dispensa de licitação fundamentada no inciso II do art. 24 da Lei n. 8.666/93.

(TCU Decisão n. 253/1998)

Evite a fragmentação de despesas, caracterizada por aquisições frequentes dos mesmos produtos ou realização sistemática de serviços da mesma natureza em processos distintos, cujos valores globais excedam o limite previsto para dispensa de licitação a que se referem os inciso I e II do art. 24 da Lei 8.666/1993.

(Acórdão 1386/2005 TCU)

Planeje adequadamente as aquisições e/ou contratações a fim de evitar o fracionamento da despesa, em observância ao art. 23, §5º, da Lei nº 8.666/1993.

(Acórdão 740/2004 Plenário TCU)

A dúvida do consulente acerca da utilização da classificação orçamentária (elementos e subelementos de despesa) como parâmetro para definição da modalidade licitatória, foi devidamente esclarecida pela consultoria técnica, na medida em que é o valor do objeto que deve servir de referência para a escolha do correto procedimento licitatório e não sua classificação orçamentária, tendo em vista a grande variedade de objetos dentro de um mesmo elemento ou subelemento de despesa.

Outrossim, registra-se que uma efetiva verificação de ocorrência de fracionamento licitatório dependerá de aferição em caso concreto, como bem esclarece o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, nos seguintes termos:

É casuística a análise para caracterização de fracionamento de despesa, inexistindo previsão legal quanto ao número de dispensas que deverá acontecer no mês ou no exercício financeiro. É mister que se observe o disposto nos incisos I e II do art. 24 da Lei Federal n. 8.666/93, com a alteração dada pela Lei n. 8.883/94, de modo que se fique claramente demonstrada a impossibilidade de se realizar a aquisição do bem ou serviço de uma única vez. Mas uma dispensa de licitação em pequenos intervalos de tempo e para os mesmos fins é indício de fracionamento, cabendo ao Tribunal de Contas no uso de suas prerrogativas legais decidir a respeito na apreciação do caso concreto.

(ALMEIDA, Leila Tinoco da Cunha Lima. Dispensa e inexigibilidade de licitação: casos mais utilizados. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000.)

Assim, acolho o Parecer do Ministério Público de Contas perante este Tribunal e ratifico o verbete sugerido pela Consultoria Técnica desta Corte.

VOTO

Pelo exposto, considerando as informações e a fundamentação jurídica constantes no presente processo e, tendo em vista a legislação que rege a matéria, **ACOLHO** o Parecer nº 7756/2009, do Ministério Público de Contas, e **VOTO** pelo conhecimento da presente consulta e, no mérito, seja a mesma respondida nos termos deste voto com a inserção, na Consolidação de Entendimentos Técnicos desta Corte de Contas, do seguinte verbete de resolução:

Resolução de Consulta nº _____/2010. Licitação. Obrigatoriedade e definição da modalidade. Parcelamento do objeto. Fracionamento de despesas. Critérios.

O fracionamento de despesas é a prática ilegal do parcelamento do objeto com intento de desfigurar a modalidade licitatória ou até mesmo dispensá-la. Para que essa prática não fique configurada e o parcelamento do objeto seja perfeitamente operacionalizado, é primordial a observância dos seguintes preceitos:

1. O parcelamento do objeto da contratação é uma determinação e não uma mera faculdade. Para não realizá-lo é preciso que se demonstre que a opção não é vantajosa ou viável naquela situação específica, por meio de estudos de viabilidade técnica e econômica, nos termos do §1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93;
2. As parcelas integrantes de um mesmo objeto devem ser conjugadas para determinação da modalidade licitatória ou dispensa. Todavia, em caráter excepcional, na forma do art. 23, §5º, para obras e serviços de engenharia, há possibilidade de abandonar a modalidade de licitação para o total da contratação, quando se tratar de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoa ou empresa de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço;
3. As contratações (obras e serviços de engenharia) que tenham a mesma natureza (assemelhados) sendo parcelas de um único objeto, devem ser somadas para determinação da obrigatoriedade da licitação ou definição da modalidade licitatória, a menos que não possam ser executados no mesmo local, conjunta e concomitantemente;

4. Sempre que as aquisições envolverem objetos idênticos ou de mesma natureza, há que se utilizar de licitação pública e na modalidade apropriada em função do valor global das contratações iguais ou semelhantes (mesma natureza) planejadas para o exercício;
5. Objetos de mesma natureza são espécies de um mesmo gênero; ou possuem similaridade na função; cujos potenciais fornecedores sejam os
6. mesmos;
7. A classificação orçamentária (elemento ou subelemento de despesas) e a identidade ou qualidade do fornecedor são insuficientes, isoladamente, para determinação da obrigatoriedade de licitar ou definição da modalidade licitatória;
8. O lapso temporal entre as licitações é irrelevante para determinação da obrigatoriedade de licitar ou definição da modalidade licitatória;
9. O gestor deve zelar por uma precisa definição do objeto, programando suas contratações em observância ao princípio da anualidade da despesa;
10. O ramo de atividade da empresa licitante deve ser compatível com o objeto da licitação e sua definição não está vinculada, necessariamente, ao subelemento de despesas.
11. A contratação que for autônoma, assim entendida aquela impossível de ter sido prevista (comprovadamente), mesmo que se refira a objeto idêntico ou de mesma natureza de contratação anterior, poderá ser realizada por dispensa em razão de pequeno valor ou adotada a modalidade licitatória, isoladamente.

Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, em Cuiabá,
fevereiro de 2011.

CONSELHEIRO DOMINGOS NETO
RELATOR