



NOTA DE ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 23/2011

AUTOR DA CONSULTA: Julio César da Silva Mamede, Diretor-Geral do Departamento de Trânsito do Tocantins, nos termos do Ofício/DETRAN-TO/GABDG/ nº 2633/2011.

TEOR DA CONSULTA: Esclarecimentos acerca da figura do fracionamento de despesas, sua proibição e censura por parte dos Tribunais de Contas e repercussões no âmbito da administração pública.

RESPOSTA:

A matéria é regida pelas disposições contidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Lei Federal nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, Lei Federal nº 10.520/02, que institui a modalidade de licitação denominada pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns, bem como na jurisprudência consolidada das Cortes de Contas dos Estados e da União.

2. Como é de amplo conhecimento, a licitação pode ser conceituada como procedimento administrativo de que se utiliza a administração pública para abrir a todos os interessados, que se sujeitem a condições previamente fixadas em edital, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais será selecionada a mais vantajosa e que melhor atenda o interesse público, para celebração de contrato.

3. Tal instituto está sob a égide da Constituição Federal Brasileira, especificamente quando dispõe acerca da organização do estado e da administração pública, em seu art. 37, inciso XXI, transcrito a seguir:

"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."

4. Como se vê, a licitação é procedimento ao qual os órgãos e entidades da administração pública se vinculam, vez que o fundamento de validade do instituto é a própria Carta Magna Brasileira. Nas preciosas lições de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009, p.362):

"Estão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios." (Art. 1º, §1º, Lei 8.666/93)

5. A fim de regulamentar tal dispositivo constitucional, e com o condão de traçar normas que atendam a peculiaridade do procedimento licitatório, dentre outras finalidades, foi promulgada a já mencionada Lei Federal nº 8.666/93. Especificamente acerca do tema tratado na presente peça, traz regra de grande valia em seu art. 23, § 5º, a seguir exposto:

"Art. 23. (...)

§ 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."

6. Como se vê, neste dispositivo há a expressa vedação à prática de fracionamento de despesas, sendo este caracterizado pela divisão de despesa para utilização de modalidade de licitação menos rigorosa à recomendada pela legislação, com exceção somente às parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

7. Como exemplo, consideremos a hipótese de uma aquisição de mobiliários para escritório na modalidade dispensa, no valor de R\$ 7.900,00 (sete mil e novecentos reais), e posteriormente surgindo a necessidade, seja feita aquisição do mesmo tipo de bem, no valor de R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais), na modalidade pregão. A partir desse ponto, havendo nova demanda para aquisição do mesmo tipo de bem, ainda que o valor venha a ser definido em até R\$ 7.999,00 (sete mil, novecentos e noventa e nove reais), a modalidade a ser aplicada deverá ser a mais rigorosa dentre as definidas pela lei em razão do valor. Em se tratando de obras e serviços de engenharia, utilizar-se-



ia a modalidade de licitação denominada concorrência, já para os casos de aquisição de bens e serviços comuns, também poderia ser utilizada a modalidade concorrência, porém, recomenda-se, preferencialmente, a modalidade pregão eletrônico ou presencial, levando-se em conta sua celeridade, amplitude da competitividade e transparência.

8. Ressalte-se, também, que o mesmo raciocínio é aplicável aos casos em que se realiza contratação direta, quando necessária licitação. Não poderia ser diferente, visto que se o legislador ocupou-se em estipular que, para cada caso concreto há a obrigatoriedade da utilização da modalidade de licitação que a ele se adeque, não deixaria de aplicar a mesma regra às exceções ao dever de licitar, tal como a dispensa.

9. Destarte, além de evitar condutas dolosas que objetivem a burla ao regular processo licitatório, os gestores devem se atentar ao correto planejamento das despesas, buscando estimar o quanto será efetivamente gasto no exercício para a execução de obra, contratação de serviço ou ainda a compra de bens permanentes e materiais de consumo, em observância ao princípio da **anualidade do planejamento**.

10. Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é pacífica no tocante à censura e aplicação de penalidades quando verificadas condutas caracterizadoras de fracionamento, senão vejamos:

"(...) evite a fragmentação de despesas, caracterizada por aquisições freqüentes 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 incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/1993. (Acórdão **1386/2005** - Segunda Câmara - TCU)"

"(...) planejar adequadamente as aquisições e/ou contratações a fim de evitar o fracionamento da despesa, em observância ao art. 23, § 5º da Lei nº 8.666/93. (Acórdão **720/2004** - Plenário - TCU)"

"(...) o TCU aplicou multa pessoal de R\$ 4.000,00, ao prefeito que fracionou obra de engenharia em cinco convites, sem justificar vantagens técnicas/econômicas, dos quais sagrou-se vencedora a mesma empresa, por fuga à modalidade licitatória. (Acórdão nº **597/2004** - 2ª Câmara - TCU)"

11. O que ocorre, a rigor, é que a inobservância de tais regras fere aos princípios inerentes à licitação, como a impessoalidade e a isonomia, na medida em que restringem a competição que poderia ser proporcionada caso fosse utilizada modalidade licitatória mais abrangente.


12. Assim, recomendamos aos gestores que estejam atentos não somente à obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório, mas também



à necessidade de utilização da modalidade adequada a cada caso concreto, evitando-se a figura do fracionamento de despesas, sendo imprescindível para a consecução de tal objetivo o correto planejamento da despesa anual.

DIRETORIA DE ACOMPANHAMENTO DE NORMAS E PROCEDIMENTOS, aos 25 dias do mês de outubro de 2011.


ROGERIO RODRIGO FERREIRA MOTA
Coordenador de Acompanhamento de Normas


ELIANA RODRIGUES DA SILVA
Diretora de Acompanhamento de Normas e Procedimentos

De acordo. Considerando os fundamentos acima explicitados, bem como a abrangência da matéria em exame, sugere-se o encaminhamento do expediente a todos os órgãos da Administração pública Estadual.


JUVENAL GOMES DOS SANTOS
Subsecretário

De acordo. Encaminhe-se a todos os órgãos da Administração Pública Estadual, na forma sugerida, cumprindo-se os preceitos legais e éticos.


ÉLDON MANOEL BARBOSA CARVALHO
Secretário-Chefe