

341.382
A994
(5491)
T672

**FACULDADE METROPOLITANA DA GRANDE FORTALEZA
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS DIFUSOS E
COLETIVOS**

ASPÁZIA REGINA MOREIRA AZEVEDO

O FRACIONAMENTO DEVIDO DA DESPESA

Fortaleza / CE

2009

ASPÁZIA REGINA MOREIRA AZEVEDO

O FRACIONAMENTO DEVIDO DA DESPESA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Escola Superior do Ministério Público, como um dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direitos Difusos e Coletivos, sob a orientação da Professora Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves, Ms.

Fortaleza

2009

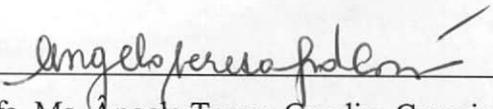
ASPÁZIA REGINA MOREIRA AZEVEDO

O FRACIONAMENTO DEVIDO DA DESPESA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Escola Superior do Ministério Público, como um dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direitos Difusos e Coletivos.

Aprovada em 28/09/2009

BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Angela Teresa Gondim Carneiro Chaves (Orientadora)

Escola Superior do Ministério Público



Prof. Ms. Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Escola Superior do Ministério Público



Prof. Ms. Lucilene Cavalcante de Paula

Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

Ao meu filho, Guilherme Moreira Azevedo,

À minha mãe, Sandra Maria Teixeira
Moreira,

Pela compreensão, ajuda e incentivo
contínuos.

“O temor do Senhor é o princípio do conhecimento; mas os insensatos desprezam a sabedoria e a instrução.”

Provérbios 1,7

RESUMO

O presente trabalho visa estudar o fracionamento devido da despesa como prática correta utilizada pela Administração Pública a fim de ampliar suas vantagens econômicas. O fracionamento pressupõe a realização de licitação e consiste na divisão da execução de um certo objeto em diversos contratos de valor reduzido que são executados conjunta e simultaneamente, de modo a atender integralmente a necessidade pública. O fracionamento diferencia-se da programação parcial, a qual corresponde à redução da dimensão do objeto a ser executado em face da Administração Pública, com a perspectiva de que a complementação ocorra no futuro. A programação parcial é vedada em virtude das incertezas acerca de sua posterior complementação, o que configura risco de desperdício de recursos.

Palavras-chave: Licitação. Fracionamento. Despesa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 LICITAÇÃO	13
1.1 Conceituação e breve histórico.....	13
1.2 Princípios orientadores.....	14
2 OBRIGATORIEDADE DE LICITAR	20
3 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO	23
3.1 Breves considerações sobre as hipóteses do art. 25	24
a) Inciso I	24
b) Inciso II	25
c) Inciso III	28
4 DISPENSA DE LICITAÇÃO	29
4.1 Os incisos I e II do art. 24 da Lei n. 8.666/93	30
a) Os valores	30
b) Proibição de parcelamento	32
c) Obras e serviços da mesma natureza	33
d) Mesmo local	33
5 FRACIONAMENTO DEVIDO DA DESPESA	35
5.1 Programação Integral	35
5.2 Programação Parcial	35
5.3 Diferenças entre o fracionamento e a programação parcial	36
5.4 Características do Fracionamento	37
a) Divisão da execução do objeto em diversos contratos.....	39
b) Respeita limites de ordem técnica.....	39
c) Respeita limites de ordem econômica.....	40
d) Pressupõe a realização de licitação, bem como, a observação da modalidade licitatória cabível	40
5.5 Fracionamento indevido de despesa	41
5.6 Consequências da dispensa indevida de licitação	43
5.6.1 Art. 89 da Lei de Licitações	44
5.6.2 Art. 10, VIII, da Lei n. 8429/92.....	47
CONCLUSÕES	50

BIBLIOGRAFIA.....53
ANEXO - I.....55
ANEXO - II.....59

INTRODUÇÃO

O fracionamento devido da despesa está intimamente ligado à licitação, que visa selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, respeitado o princípio constitucional da isonomia e outros princípios que lhe são pertinentes.

O gestor público possui o dever de observar os princípios constitucionais, principalmente, o da obrigatoriedade de licitar, constante do art. 37, XXI, da CF/88. Ocorre, que, tal princípio comporta exceções, que são os casos de dispensa e inexigibilidade de licitações, descritos nos arts. 24 e 25, respectivamente, da Lei n. 8.666/93. Os incisos I e II do art. 24 da Lei de Licitações trata das hipóteses de dispensa de licitação em razão do valor (R\$15.000,00 e R\$8.000,00). Ultrapassados estes montantes, o gestor possui o dever de licitar, a não ser que se trate de outro caso de dispensa ou de inexigibilidade. Todavia, há situações em que o gestor fraciona indevidamente a despesa, com o objetivo de esquivar-se da obrigação de licitar. Dita prática caracteriza dispensa indevida de licitação e acarreta graves conseqüências. Entretanto, vale salientar que nem sempre o fracionamento de despesa é indevido. Ao revés, pode ser muito vantajoso para a Administração Pública.

A escolha do tema deve-se ao fato de ser função institucional do Ministério Público promover a ação penal pública, o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público, conforme art. 129, I e III, da Constituição Federal vigente. O Ministério Público trata, rotineiramente, com o Estatuto das Licitações e com a Lei de Improbidade Administrativa.

As Cortes de Contas, ao final do julgamento das contas de um gestor, costumam representar ao Ministério Público pela dispensa indevida de licitação, que pode acarretar, em tese, processo por improbidade administrativa, consoante art. 10, VIII, da Lei n. 8429/92, ou processo-crime pela suposta prática do tipo penal capitulado no art. 89 da Lei n. 8666/93. Tais conseqüências – manejo de tais ações em desfavor de gestores públicos – são relativamente graves, e por isso, é bom alvitre o estudo mais aprofundado das hipóteses legais autorizadoras da contratação direta (sem licitação antecedente).

A experiência profissional levou à delimitação do tema, ou seja, dentro do assunto Licitações, a prospecção circunscreveu-se ao fracionamento devido da despesa, estudando-se suas características e vantagens. A importância deste estudo relaciona-se à proteção ao patrimônio público no que toca aos contratos administrativos.

Quando inquiridos, os gestores lançam vários argumentos em sua defesa. Por exemplo: em se tratando de despesas com publicidade, já se enfrentou casos em que o gestor relata que não procedeu à licitação, sob a alegativa de que foram realizados serviços diversos¹. Dito argumento, geralmente, não é acatado pelos Tribunais de Contas. Porém, é defendido por alguns juristas, como será visto no desenvolver do trabalho. Destarte, o gestor dispensa indevidamente o procedimento licitatório, talvez por desconhecimento, talvez como forma de burlar a transparência dos gastos e evitar a livre concorrência entre licitantes nas contratações públicas. Na realidade, esta prática corriqueira trata-se de fracionamento indevido de despesa, cabendo ao administrador público suportar as conseqüências pelo desrespeito aos princípios orientadores do certame licitatório.

Em caso de ser ajuizada ação, seja na esfera criminal, seja na cível, há quem diga, simplesmente, que não houve dolo. Argumento, sobretudo, frágil. Ora, dolo, em Direito penal, significa saber (ter consciência dos elementos objetivos do tipo) e querer (ter vontade de realizar esses elementos). Parece não haver dúvida de que todos, sejam advogados, pareceristas ou gestores, que participam da licitação, possuem plena consciência do que faziam (e queriam o que faziam). Sublinhe-se de outro lado que o tipo penal não faz expressamente nenhuma exigência de dolo específico.

Gomes (Juris Síntese nº 70 - MAR/ABR de 2008) entende que as contratações realizadas sem licitação anterior e não albergadas pelas exceções legais – art. 24 e 25 da Lei n. 8666/93 – não caracterizam o crime capitulado no art. 89 do diploma legal citado. O ilustre jurista afirma que são materialmente atípicas posto que não produzem lesão ao bem jurídico protegido, no caso, o Erário:

¹ Anexo II.

“o que autoriza no caso o não-reconhecimento da tipicidade, reside na falta de ofensa concreta ao bem jurídico protegido. O bem jurídico, primeiro e mais importante tutelado pelo art. 89 da lei das licitações, é o erário público (é preciso causar um prejuízo ao erário público). Como ratio legis apresentam-se vários valores: moralidade, tratamento igualitário nas licitações, otimização dos recursos públicos etc.

(...)

Quando a conduta realiza formalmente o tipo penal (caso do art. 89, caput), mas não produz nenhum resultado jurídico desvalioso, não há que se falar em lesão ao bem jurídico. A contratação sem licitação fora das hipóteses autorizadas por lei é formalmente típica, mas não materialmente típica quando não produz lesão ao bem jurídico protegido (erário público). Por falta de ofensa concreta ao bem jurídico não há que se falar em tipicidade penal. Dogmaticamente falando, de acordo com nossa opinião, é nisso que consiste o fundamento da falta de justa causa para a ação penal no que se relaciona com os acusado de violação do caput do art. 89. Quanto aos imputados enquadrados no parágrafo único, a própria tipicidade formal já exige dano. Logo, sem ele, não há que se falar em fato típico”.

Com a devida vênia, entende-se que tais afirmações são frágeis e não impedem o manejo das ações cíveis ou criminais pertinentes.

No primeiro capítulo, discorrer-se-á sobre o tema licitações, apontando, genericamente, seu conceito e seus princípios orientadores. No capítulo segundo, tratou-se do caráter obrigatório da licitação. Nos capítulos terceiro e quarto, explanou-se, sucintamente, sobre a inexigibilidade e dispensa de licitação, assuntos intimamente ligados ao núcleo central do presente trabalho que se desenvolveu no quinto capítulo, qual seja, o fracionamento devido da despesa. Por fim, foram expostas as conclusões objetivas deste estudo.

O processo científico manejado para solução dos problemas enfocados foi a pesquisa qualitativa descritiva. Foi realizada intensa pesquisa bibliográfica, incluindo doutrina e jurisprudência. No estudo doutrinário, faz-se uma análise descritiva entre os principais juristas consultados.

As lições de Marçal Justen foram imprescindíveis para o presente estudo a fim de se chegar a conclusões seguras, posto que em sua obra, o estudo feito quanto ao Estatuto das Licitações é minucioso e detalhado. Jacoby Fernandes, em sua obra

“Contratação direta sem licitação”, aborda de modo concentrado as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação. Da mesma forma, Joel de Menezes Niebuhr traz considerações extremamente esclarecedoras para o desenvolver do presente trabalho no que tange à Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública. Não se pode olvidar o ilustre Guilherme de Souza Nucci, quando trata dos tipos penais constantes da Lei de Licitações.

No que concerne à pesquisa de Jurisprudência, esta é importante para que se verifique se os argumentos doutrinários estão sendo acatados pelos Tribunais – TCU, STF, STJ e TJs. Os julgados dos Tribunais de Contas, principalmente, os do TCU, são os que tratam do assunto com maior especificidade.

Desta feita, a pesquisa bibliográfica propiciou uma abordagem geral sobre o tema escolhido.

1 LICITAÇÃO

1.1 Conceituação e breve histórico

Registram os etimologistas que o vocábulo licitação é originário do latim *licitatio*, a "venda por lances". É a atividade desenvolvida na formulação de lances. É o ato de licitar, na arrematação, hasta pública, visando à adjudicação.

Licitação é um procedimento administrativo formal que tem como escopo proporcionar à Administração Pública aquisição, venda, ou prestação de serviços da forma mais vantajosa, respeitando-se os princípios constitucionais da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade.

O procedimento licitatório, que se realiza através de diversos atos consecutivos e concatenados entre si, caracteriza-se como ato administrativo formal, não importando se a licitação se dá na Administração direta, indireta ou fundacional de quaisquer dos entes federativos, suas autarquias ou das demais entidades que se sujeitam à Lei de Licitações, conforme parágrafo único do art. 4º, da Lei n.º 8.666/93. Nesse sentido, por isso, os atos que a autoridade processante realiza no curso do certame licitatório são entendidos como atos administrativos que exigem o requisito da forma escrita, como característica essencial da solenidade.

A licitação visa garantir a moralidade dos atos administrativos e dos procedimentos da Administração Pública, e também a valorização da livre iniciativa pela igualdade no oferecimento da oportunidade de prestar serviços, bem como, de comprar ou vender ao Poder Público.

Segundo lição de Mendes (2007, p.794):

“Licitação é o procedimento pelo qual a Administração Pública contrata a execução de obras ou serviços, mediante disputa entre interessados, em que se vai eleger a proposta mais vantajosa para o interesse público”.

A importância do procedimento licitatório consiste em garantir acesso a todos os administrados à disputa pela contratação pública.

A doutrina² tem enfatizado a importância do caráter procedimental da licitação, como uma série de atos, tanto da Administração Pública, como dos licitantes, direcionados à formalização do contrato.

A título de curiosidade, é de se ressaltar que antes da Reforma Administrativa de 1967, o termo empregado para licitação era concorrência pública. Outrossim, na Lei n.º 4.401/64, promulgada três anos antes do Decreto-lei n.º 200/67, encontra-se, pela primeira vez, o vocábulo licitação como sinônimo de concorrência.

De outro lado, registre-se que o Decreto-lei n.º 200/67 apenas se referia à Administração Direta e às autarquias, enquanto que o Estatuto das Licitações em vigor (Lei n.º 8.666/93) contempla também as fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Todavia, a Emenda Constitucional n.º 19, de 04.06.98, modificou novamente o quadro das entidades abrangidas pela Lei n.º 8.666/93, quando estabeleceu que lei própria estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços e disporá sobre licitação e contratação (art. 173 da Constituição Federal).

1.2 Princípios orientadores

A licitação deve ser orientada por princípios, consoante art. 3º da Lei n. 8666/93:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. e JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008.

Vale transcrever ainda o art. 4º da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 4º. Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.

Como bem enfatiza Di Pietro (2005, p. 257):

“a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público”.

Figueiredo (1992, p. 42) diz que os princípios licitatórios fundamentais são o da igualdade e o da concorrência.

Os princípios da igualdade, impessoalidade, julgamento objetivo e moralidade, estão intimamente ligados, pois negam qualquer tipo de favoritismo ou de discriminações indevidas, de modo a ensejar aos interessados igualdade de chances no certame. A própria Lei n. 8.666/93, em seu art. 3º, § 1º, tratou de proibir que o ato convocatório agasalhe cláusulas ou condições que frustrem ou restrinjam o caráter competitivo do procedimento licitatório, vedando o estabelecimento de preferências ou distinções de qualquer natureza.

Dispõe o *caput* do art. 5º da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O princípio da igualdade entre os licitantes frente à Administração Pública deve ser observado durante todo o procedimento licitatório, por todas as suas fases. Os candidatos não podem ser colocados em situação desigual, sob pena de vilipêndio ao referido princípio.

Veja-se a lição de Bello (Revista de Informação Legislativa 131\320)

“1) Os princípios são os pilares de todas as ciências, os responsáveis pela coerência lógica das idéias supervenientes. No direito, os princípios exercem as funções de conhecimento e de formação do sistema normativo. Assim como as regras, os princípios também participam do ordenamento jurídico, mas estão hierarquicamente superiores a elas, por serem fundamento da ordem jurídica. O desatendimento aos princípios é das mais graves ilegalidades.

2) Os princípios são dotados de valor normativo e estão, em sua maior parte, inseridos no Texto Constitucional. Podem, entretanto, ser extraídos de outras normas. O conteúdo dos princípios jurídicos pode ser organizacional, programático ou de proteção e defesa de direitos e interesses.

3) A igualdade perante a lei é dirigida àqueles que a aplicam e significa que deve ser executada conforme ela é, ou seja, não cabe ao aplicador da lei estabelecer outras discriminações que não as nela mesma previstas.

4) Quando a lei finca diferenças, três questões devem coexistir para que se aceitem essas desigualdades: o elemento desigualador; a correspondência lógica e racional entre a diferença existente e o tratamento diferenciado que lhe é proporcionado; e, por derradeiro, a necessária afinidade com o sistema normativo vigente. A inobservância de qualquer dos três elementos é causa de violação do preceito”.

No MS 22.509³ do STF, cujo Relator foi o Ministro Maurício Corrêa, apontou-se que o art. 37, XXI, da Constituição Federal, de conteúdo conceitual extensível primacialmente aos procedimentos licitatórios, insculpiu o princípio da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes de um certame, em sintonia com o *caput* – obediência aos critérios da legalidade, impessoalidade e moralidade – e ao de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

O princípio da legalidade é de suma relevância, principalmente, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei, porquanto todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas pelo Estatuto das Licitações. É tanto que, consoante art. 4º da Lei de Licitações, “todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei”.

³ DJ de 4-12-1996.

No que concerne ao princípio da publicidade, impõe-se transparência aos atos e termos do procedimento licitatório, o que inclui que a todos seja dado conhecimento dos motivos determinantes de quaisquer decisões que de alguma forma possam lhes afetar.

O princípio da moralidade administrativa informa que durante todo o certame devem ser observados os padrões sociais éticos da lealdade e boa-fé.

Os princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo, a seu turno, importam que a Administração Pública observe as condições e cumpra as regras que ela mesma impôs para o certame.

O princípio da Adjudicação Compulsória, segundo Meirelles (1996, p. 244), informa que a Administração Pública não pode, concluído o procedimento, atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

Embora despiciendo, não se pode olvidar os princípios da ampla defesa e do contraditório, que se manifestam também nos procedimentos licitatórios, como procedimentos administrativos que são, posto que assegurados pela própria Carta Magna, em seu art. 5º:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O art. 87 da Lei n. 8666/93 exige a observância da ampla defesa para aplicação das sanções administrativas:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

A jurisprudência tem reconhecido a necessidade de se observar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no âmbito do procedimento licitatório, como procedimento administrativo que é⁴.

Consoante Mello (2005, p. 630):

⁴ ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – RESCISÃO UNILATERAL – NOVA LICITAÇÃO – I- Insurgiu-se a Parte Impetrante contra a rescisão do contrato administrativo por ela firmado com o INCA, bem como contra a instauração de novo procedimento licitatório - Pregão nº 234/2005 com a adjudicação em favor de outra empresa. Pugnou, então, pela nulidade do ato de rescisão contratual, procedida sem que lhe fosse oportunizada defesa, bem como pela interrupção do referido procedimento licitatório. II- O MM. Juízo a quo entendeu pela nulidade da rescisão contratual, porquanto não oportunizada à Parte Impetrante a ampla defesa. Determinou, assim, que fosse mantido o termo contratual, ou seja, que o contrato perdurasse até 31/12/2007. Asseverou, no entanto, a legalidade do procedimento licitatório, bem como a contratação da empresa vencedora do certame, para período posterior ao término do prazo contratual aventado com a Parte Impetrante, III - A Lei nº 8.666/93 admite a rescisão unilateral do contrato, pela Administração, exigindo-lhe, porém a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. In casu, inexistente nos autos qualquer indício de que teria a Impetrante sido notificada da razão da rescisão contratual, inviabilizando, desta forma, o exercício da ampla defesa. Deve-se determinar, destarte, como assim o fez o MM. Juízo a quo, que a Impetrante continue prestando os serviços para os quais foi contratada até o termo final pactuado entre as Partes. IV- A Parte Impetrante, em seu Apelo, pretendeu demonstrar a nulidade do procedimento licitatório em liça, uma vez que seria desnecessária a realização do mesmo, já que o preço ajustado entre as Partes era inferior ao preço praticado no mercado. Entende-se, todavia, que discussão acerca de preços de mercado e preços ofertados pelos licitantes não cabe na via estreita do mandado de segurança, não merecendo reforma, desta maneira, a Sentença a quo. V- Por fim, quanto à alegação de que a Empresa vencedora da licitação não possuiria capacidade técnica para assumir a prestação do serviço objeto do contrato, pode-se verificar que a Autoridade Impetrada informa que foram tomadas todas as providências necessárias à verificação da qualificação da licitante. Em sendo assim, tendo a Administração constatado a capacidade técnica da licitante, não cabe ao Judiciário imiscuir-se nesta seara para afirmar o contrário. VI- Remessa Necessária improvida. VII- Apelação da Parte Impetrante improvida. (TRF 2ª R. – AMS 2007.51.01.009715-0 – (74162) – 6ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Reis Friede – DJe 19.05.2009 – p. 120).

"MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – ADJUDICAÇÃO DO OBJETO – DIREITO DE PREFERENCIA NA CONTRATAÇÃO – REVOGAÇÃO – POSSIBILIDADE – DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – OBRIGATORIEDADE – A adjudicação do objeto da licitação assegura a empresa vencedora do certame o direito a preferência na contratação, mas a administração pode revogar o procedimento por interesse público superveniente que recomende a medida, desde que, assegurado o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, o que não foi respeitado no caso em espécie. Segurança parcialmente concedida à unanimidade". (TJPA – MS 20083004783-0 – (76897) – Belém – Rel. Dahil Paraense de Souza – DJe 14.04.2009).

LICITAÇÃO – Concurso público. Soldado da polícia militar. Exclusão de candidato submetido a investigação social, na qual foi apurado que ele se encontrava inadimplente em compromissos financeiros. Admissibilidade. Hipótese que implica na eliminação do interessado do certame, conforme previsto no edital. Princípios da ampla defesa e do contraditório atendidos. Inadequação do candidato ao exercício do cargo pretendido devidamente demonstrada. Inocorrência de qualquer ilegalidade. Ação anulatória de ato administrativo julgada improcedente. Recurso improvido. (TJSP – AC 570.381-5/9 – São Paulo – 7ª CDPúb. – Rel. Des. Guerrieri Rezende – J. 11.12.2006).

"violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra".

Caso um princípio seja desrespeitado durante o procedimento licitatório, é passível de controle judicial, o qual abrange os campos da legalidade, ou seja, exame da conformidade dos elementos vinculados do ato com as regras jurídicas, e o campo da juricidade *stricto sensu*, compatibilidade dos elementos não vinculados/discrecionários com os Princípios Gerais do Direito previstos, explícita ou implicitamente na Constituição.

2 OBRIGATORIEDADE DE LICITAR

O gestor público está adstrito ao princípio da legalidade, enquanto princípio da Administração Pública, ou seja, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Esse postulado está positivado nos arts. 5º, II e 37 da Constituição Federal vigente, abaixo transcritos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

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:

É sabido e consabido que, no Direito Administrativo Brasileiro, a regra é a obrigatoriedade de licitação, conforme art. 37, inciso XXI, *in litteris*:

Art. 37- (...)

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.

E na norma infraconstitucional, o art. 2º, da Lei n.º 8.666/93, no seguinte teor:

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.

A obrigatoriedade de licitar constitui princípio constitucional, de forma que a jurisprudência do STF já é pacífica no sentido de que não podem a lei, o decreto, os atos regimentais ou instruções normativas, e muito menos acordo firmado entre as partes, superpor-se a preceito constitucional, instituindo privilégios para uns em detrimento de outros, porque, além de odiosos e iníquos, atentam contra os demais princípios constitucionais que devem reger os atos relacionados com a Administração Pública, a saber, os princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade⁵.

Porém, a regra, que é licitar, comporta exceções, que são os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Desta feita, vale analisar as exceções, isto é, hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, a fim de que se possa verificar tecnicamente se os motivos alegados pelos gestores para não realizar a licitação enquadram-se nas hipóteses legais de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Tal aferição é de suma importância, uma vez que a dispensa indevida de licitação acarreta as seguintes consequências: a) processo por improbidade administrativa e; b) processo pelo crime capitulado no art. 89 da Lei de Licitações:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

⁵ SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO – TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS – AÇÃO DECLARATÓRIA – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO DE EMPRESA TRANSPORTADORA DE OPERAR PROLONGAMENTO DE TRECHO CONCEDIDO – AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO – Afastada a alegação do recorrido de ausência de prequestionamento dos preceitos constitucionais invocados no recurso. Os princípios constitucionais que regem a administração pública exigem que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação pública. Contraria os arts. 37 e 175 da Constituição Federal decisão judicial que, fundada em conceito genérico de interesse público, sequer fundamentada em fatos e a pretexto de suprir omissão do órgão administrativo competente, reconhece ao particular o direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e a que se dá provimento. (STF – RE 264621/CE – 2ª T. – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJU 08.04.2005 – p. 00038).

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Faz-se mister explicar que a dispensa e inexigibilidade de licitação, não obstante autorizem a contratação direta, não excluem um procedimento simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública, com observância de formalidades prévias, tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos, requisitos da habilitação e contratação, razoabilidade de preço e justificativa da escolha de um determinado contratado e de uma proposta específica, a fim de evitar a fraudulenta invocação de dispositivos legais autorizadores da contratação direta.

Para que a dispensa ou inexigibilidade de licitação sejam válidas, devem ser precedidas do cumprimento de formalidades, dentre as quais as dispostas no art. 26 da Lei de Licitações:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço;

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Os arts. 26 e 61, §1º, da Lei de Licitações exigem a publicação na imprensa oficial das contratações efetivadas com dispensa e inexigibilidade de licitação, como condição de eficácia da contratação. Justen (2008, p. 371) explica que o requisito de eficácia reconhece que o contrato é válido e perfeito, todavia, não poderá ser executado nem produzirá efeitos plenos enquanto não cumprida a formalidade de publicação.

3 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

A inexigibilidade de licitação está disciplinada pelo art. 25 da Lei de Licitações, abaixo transcrito:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º. Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º. Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

A inexigibilidade de licitação ocorre nos casos em que não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração.

Há casos em que o interesse sob tutela estatal apresenta-se com tantas peculiaridades que seu atendimento não pode ser conduzido aos parâmetros comuns e usuais. Existe uma singularidade nesse interesse, que exclui a competição entre particulares. Destaque-se a lição de Mello (2005, p. 528):

“Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput”.

A inexigibilidade de licitação decorre da realidade. Desta feita, pode-se dizer que a inviabilidade de competição ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades e anomalias. Se a necessidade estatal pode ser satisfeita por uma prestação padrão, a competição será possível e haverá licitação. Assim, as causas de inexigibilidade contidas na lei possuem cunho exemplificativo.

3.1 Breves considerações sobre as hipóteses do art. 25

As causas de inviabilidade de competição derivam, ora de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado, ora se relacionam com a natureza do objeto a ser contratado. No primeiro caso, verifica-se a ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação, porque há apenas um único sujeito para ser contratado. No segundo, o problema não é de ordem numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à profissão desempenhada.

a) Inciso I

Observando-se o dispositivo supra transcrito, principalmente o inciso primeiro, verifica-se que a inexigibilidade de licitação ocorre em caso de ausência de pluralidade de alternativas, posto que apenas uma pessoa dispõe daquilo que a Administração Pública necessita, o que inviabiliza a competição, porquanto o contrato só pode ser celebrado com ela.

A descrição do objeto necessário para a Administração Pública deve se pautar no interesse público. Um objeto possui características substanciais – relativas à sua funcionalidade básica – e periféricas – que não são essenciais, mas que lhe maximizam as utilidades.

No ato de descrever o objeto do futuro contrato, deve-se demonstrar o nexo entre as características periféricas e o interesse público, de modo a esclarecer que aquela característica periférica exigida presta razoável utilidade à coletividade.

Para se aferir o âmbito da exclusividade do fornecedor, produtor ou representante, deve-se verificar em que universo se dará a competição. Em se tratando de modalidade convite, a exclusividade deve ser analisada apenas no âmbito local. Se a compra tiver publicidade de âmbito nacional, na forma do art. 21, I, da Lei n. 8.666-93, a exclusividade deverá ser avaliada na mesma dimensão. Se a publicidade da possível licitação tiver âmbito estadual, na forma preconizada pelos incisos II e III do art. 21, precitado, será suficiente a exclusividade estadual.

Questão interessante é a pertinente a vedação da preferência por marca, disposta no inciso I, supra transcrito.

A escolha não pode ser fundada na pura e simples preferência por determinada marca. Deve haver a justificação baseada nas características pertinentes ao próprio objeto.

Aponte-se jurisprudência do TCU:

“A indicação de marca na licitação deve ser precedida da apresentação de justificativas técnicas que demonstrem, de forma clara e inafastável, que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração.” (Acórdão n. 636-2006, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo).

b) Inciso II

A inexigibilidade de licitação não ocorre tão somente em caso de ausência de pluralidade de alternativas. Com efeito, a inviabilidade de competição ocorre também em hipóteses de impossibilidade de julgamento objetivo, que é a hipótese contida no inciso segundo supra transcrito. O julgamento não comporta uma avaliação objetiva, posto que a análise não é feita sobre uma proposta, mas é considerada a própria pessoa do profissional a ser contratado, suas atividades passadas, habilidades, sensibilidade, intuição e outros fatores diretamente relacionados à personalidade do sujeito.

Em se tratando de serviços técnicos profissionais especializados, o inciso segundo exige que o objeto da contratação seja singular, ou seja, a natureza do serviço seja singular, e a notória especialização. Tais serviços técnicos consistem na utilização da capacidade humana para transformar conhecimento teórico em solução prática.

Destaque-se Jurisprudência do STF:

“Serviços técnicos profissionais especializados são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços – procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo – é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do ‘trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’ (cf. o §1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.” (AP n. 348, Plenário, Rel.: Min. Eros Grau. DJ de 03.08.2007).

Mello (2005, p. 349) ensina o que seja serviço de natureza singular:

“A singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.

Embora outros, talvez até muitos, pudessem desempenhar a mesma atividade científica, técnica ou artística, cada qual o faria à sua moda, de acordo com os próprios critérios, sensibilidade, juízos, interpretações e conclusões, parciais ou finais, e tais fatores individualizadores repercutirão necessariamente quanto à maior ou menor satisfação do interesse público. Bem por isso não é indiferente que sejam prestados pelo sujeito ‘A’ ou pelos sujeitos ‘B’ e ‘C’, ainda que todos fossem pessoas de excelente reputação”.

A notória especialização está conceituada no parágrafo primeiro do art. 25 e é um modo de identificar as condições subjetivas do profissional a ser contratado. A notoriedade significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade científica a que pertence. A especialização consiste na titularidade objetiva de requisitos que distinguem o sujeito, atribuindo-lhe maior habilitação do que a normalmente existente no âmbito dos profissionais que exercem a atividade.

A relação custo-benefício sempre deverá ser ponderada pela Administração Pública, posto que a hipótese legal não admite contratações excessivamente onerosas.

Veja-se a Súmula n. 39 do TCU:

“A dispensa de licitação para a contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização, de acordo com alínea ‘d’ do art. 126, § 2º, do Decreto-lei 200, de 25-02-67, só tem lugar quando se trate de serviço inédito ou incomum, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, um grau de subjetividade, insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação.”

Destaque-se Jurisprudência do TJSP:

“Notória especialização – Para aquilatá-la são necessários dois supostos. O serviço incomum realizável por empresa de nível técnico superior aos dos agentes públicos e a experiência (dado subjetivo) no ramo da atividade exigente do serviço incomum. Assim, constata-se a legalidade dos contratos de prestação de serviço e, em especial, a necessidade da contratação de uma empresa especializada para revisão perfeita das DIPAMS (Declaração de índice de Participação dos Municípios), especialmente quando os resultados alcançados pela contratada foram bem superiores aos encontrados pela Prefeitura, através de seus agentes fiscais fazendários.

A discricionariedade (margem de liberdade entre a contratação singular e a licitação) está atendida. Da prova dos autos não se deduz desvio de poder quer no plano da finalidade pessoal, quer no plano da procedimentalidade do instituto – Quem delibera, concluindo que determinado profissional ou determinada empresa singularizará o serviço em última instância pela confiança que inspira na Administração, é a própria Administração.

Inexistência de lesão ao patrimônio da Municipalidade – Reforma da r. sentença para julgar improcedente a ação – Recursos providos” (Ap. Civ. N. 204.685-5/0-00, Santa Cruz do Rio Pardo – 7ª Cam. De Dir. Pub. – Presidente e Relator: Dês. Walter Swensson – 2-6-2003 – v.u., LEX 269\09).

Não se pode olvidar a questão da natureza singular de serviços advocatícios.

A Jurisprudência do STF, além de exigir a notória especialização para a contratação direta de serviços advocatícios, considerou ainda o requisito confiança, quando apontou que “*o que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança*” (AP n. 348-5\SC, Plenário, Rel.: Min. Eros Grau, DJ de 03.08.2007).

O TCU, de outro lado, não levou em conta o requisito da confiança:

“1. A contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação sob o argumento de confiança entre o contratante e o contratado carece de amparo legal ou regulamentar. 2. Para caracterização da situação de inexigibilidade de licitação, na contratação de serviços advocatícios, é necessária a comprovação de singularidade do serviço a ser prestado, além da notória especialização, devendo-se demonstrar cabalmente a inviabilidade de competição. 3. Quando os serviços advocatícios contratados se referem a atividades rotineiras de assessoria jurídica, tem-se por afastado o requisito de singularidade necessário para caracterizar a inviabilidade de competição. 4. É condição para a realização de uma licitação que o seu objeto esteja adequadamente especificado, o que, no caso de uma obra, somente pode ser feito por meio de um projeto básico bem elaborado, contendo todos os quantitativos de serviço e fornecimentos necessários à sua execução, disponíveis aos licitantes em planilha orçamentária de custos que permita comparação das propostas apresentadas pelos licitantes, em igualdade de condições, ainda que se refira a empreitada por preço global.” (Acórdão n. 2012-2007, Plenário, Rel.: Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

c) Inciso III

Na hipótese do inciso terceiro, verifica-se a inviabilidade de competição posto que não haverá critério objetivo de julgamento porquanto a atividade artística consiste em uma emanção direta da personalidade e da criatividade humanas e seria impossível diferenciar performances artísticas.

A lei exige que o artista contratado seja consagrado em face da opinião pública ou da crítica especializada.

4 DISPENSA DE LICITAÇÃO

Nas hipóteses de dispensa de licitação, ao contrário do que ocorre com os casos de inexigibilidade, há possibilidade de competição. Entretanto, a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Admite-se a dispensa de licitação, pois nos casos arrolados em lei, a licitação seria objetivamente inconveniente, uma vez que a relação custo-benefício restaria desequilibrada e a contratação direta seria mais vantajosa.

Para D'ávila (1995, p. 76) "*a dispensa é figura que isenta a Administração do regular procedimento licitatório, apesar de no campo fático ser viável a competição, pela existência de vários particulares que poderiam ofertar o bem ou serviço.*"

A diferença básica entre dispensa e inexigibilidade consiste em que a primeira pressupõe uma licitação exigível e é produto da vontade legislativa, enquanto na segunda, a disputa é inviável, pois deriva da natureza das coisas.

Desta feita, se a licitação é exigível, pois há possibilidade de competição, mas a lei admite a sua dispensa, utiliza-se a dispensa de licitação, enquadrando-se em uma das hipóteses do art. 24 da Lei de Licitações⁶. De outro lado, se não há possibilidade de competição pela própria ausência de pluralidade de alternativas ou pela impossibilidade de julgamento objetivo, é caso de inexigibilidade de licitação, conforme art. 25 da Lei de Licitações.

Os casos de dispensa de licitação não podem ser ampliados, porque constituem uma exceção à regra geral de licitar.

A doutrina aponta que as hipóteses dos incisos X, XV, XIX, XXII, XXV e XXVI não caracterizam dispensa de licitação, mas inexigibilidade, posto que não há viabilidade de competição.

⁶ Anexo I.

4.1 Os incisos I e II do art. 24

No presente trabalho, não se pretende estudar todas as hipóteses de dispensa de licitação, posto que somente as hipóteses contidas nos incisos I e II do art. 24 da Lei n. 8.666/93 são pertinentes ao núcleo central deste estudo. Assim, concentrar-se-á nos dois primeiros incisos do art. 24 da Lei n. 8.666/93:

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;

Os incisos I e II tratam dos casos de dispensa de licitação em razão do valor econômico. Nestas hipóteses, a relação custo – benefício mostra-se desequilibrada, porquanto o custo econômico da licitação é superior ao benefício dela extraível. Assim, as formalidades devem ser mais simples e mais rápido o procedimento licitatório.

a) Os valores

A primeira parte dos incisos I e II dispõe que a licitação pode ser dispensada para obras e serviços de engenharia de valor até R\$15.000,00 (Quinze mil reais) e para outros serviços e compras de valor até R\$8.000,00, (Oito mil reais), e para alienações, nos casos previstos em lei.

Segundo Jacoby (2008, p. 305):

“o valor jurídico do contrato é obtido segundo algumas regras de há muito assentadas no Direito, que em síntese poderiam ser assim resumidas:

- o valor do contrato corresponde ao total do dispêndio previsto para a execução da obra ou prestação do serviço;
- os serviços ou obras que ultrapassem o exercício financeiro devem ter dotação suficiente para a realização da execução da parte prevista do

cronograma físico-financeiro realizável no exercício; mas, de qualquer modo, o valor estimado do contrato corresponderá ao somatório do total do desembolso previsto, inclusive nos exercícios seguintes”.

O parágrafo único do art. 24 da Lei n. 8.666/93, dobra os valores previstos nos incisos I e II do mesmo artigo, para os consórcios públicos, empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias qualificadas como agências executivas⁷.

No inciso I devem ser enquadrados somente os casos que requeiram, comprovadamente, o trabalho intelectual dos profissionais de engenharia, arquitetura e agronomia para a consecução de seus fins, vinculados a um bem imóvel, e que necessitem da Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, na forma da Lei n. 6496-77.

Depois de realizada a contratação direta com dispensa de licitação, com base nos incisos I ou II, as modificações supervenientes de valor somente podem ocorrer para tutelar a equação econômico-financeira, mantendo-se o equilíbrio entre os encargos e vantagens constantes da relação original, conforme art. 65 da Lei de Licitações:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§ 1º. O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

⁷ Anexo I.

Os contratos administrativos são regidos pelo princípio da mutabilidade, segundo o qual os mesmos podem ser alterados a fim de melhor contemplar o interesse público. Tais contratos, por vezes, precisam ser adaptados a uma nova realidade, que não havia como ser concebida previamente.

b) Proibição de parcelamento

Veja-se que quando a lei enuncia no inciso I “*desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço*” e no inciso II “*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*” (destaque nosso), realça a proibição do parcelamento de contrato para alcançar em cada parcela os valores autorizadores da dispensa.

Para que as obras e serviços de engenharia possam ser realizados em conjunto ou concomitantemente, é necessário que haja previsão orçamentária suficiente, no mesmo exercício financeiro, para levá-las a cabo, salvo motivos impeditivos. Assim, o Administrador deve somar os valores das obras ou serviços que possam ser executados conjunta ou concomitantemente e promover a licitação na modalidade pertinente.

O inciso II do art. 24 da Lei de Licitações contempla apenas as hipóteses de serviços e compras. No que toca às compras promovidas pela Administração Pública, devem ser precedidas de planejamento e ocorrer em períodos preestabelecidos. Em geral, a compra ou serviço deve ser feito de uma só vez, pela modalidade compatível com a estimativa da totalidade do valor a ser adquirido, mas sempre será permitida a cotação por item.

Niebuhr (2008, p. 423) traz exemplo pertinente:

“A título ilustrativo, imagine-se serviço que a Administração Pública necessite contratar por todo o exercício financeiro, cujo valor total seja de R\$16.000,00, Tal valor não justifica a dispensa prevista no inciso II do artigo 24, cujo limite, repita-se, é de R\$8.000,00. No entanto, o agente administrativo, para se ver livre dos rigores da licitação pública, em vez de proceder a ela, divide o contrato em duas parcelas, a primeira de 01 de janeiro até 31 de junho e, a segunda, de 01 de julho até 31 de dezembro, cada qual no valor de R\$8.000,00, realizadas com suposto

fundamento na dispensa encartada no inciso II o artigo 24. Esse procedimento incompatível com a legislação, mesmo porque, se admitido fosse, os contratos poderiam ser sucessivamente repartidos, repartindo-se, por consequência, os seus respectivos valores, tudo para subsumi-los aos limites que autorizam a dispensa, que seria multiplicada em proporções geométricas, pondo-se uma pá de cal na norma programática constitucional inserta na parte inicial do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal”.

O fracionamento devido será estudado detalhadamente no próximo capítulo..

c) Obras e serviços da mesma natureza

Para efeito de apurar a dispensa, o gestor vê-se compelido a somar os valores de obras ou serviços distintos, desde que da mesma natureza.

A expressão legal “Obras e serviços da mesma natureza”, para Sundfeld (1995, p. 69), indica “os que são idênticos, por óbvio, e os passíveis de execução por empresa do mesmo ramo de atividades, a exemplo de obras de ampliação e de reforma de um prédio”.

d) Mesmo local

Para que se deva somar os seus valores, é, ainda, obrigatório que as obras e serviços sejam realizados no mesmo local.

Para Fernandes (2008, p. 299), a expressão “mesmo local” deve ser compreendida como mesmo Município.

Niebuhr (2008, p. 426-427) discorda do entendimento de Fernandes, pois aponta que tal interpretação seria sobretudo restritiva, porque acabaria por criar norma que exige a soma de todas as obras da mesma natureza, mesmo que em espaços físicos diferentes, realizadas no mesmo Município, em descompasso com o elemento teleológico prescrito no inciso I do art. 24. Arremata, dizendo que “localidade” traduz significado mais restrito do que o Município e deriva de local, local de obra ou serviço, isto é, espaço físico em que a obra ou o serviço de engenharia é efetivamente realizado.

Em suma, o gestor é compelido a somar os valores das obras e serviços:

- a) da mesma natureza;
- b) executados no mesmo local;
- c) que possam ser realizados conjunta e concomitantemente, ao longo do exercício financeiro.

Ausente um destes requisitos, o gestor não terá a obrigação de somar e será possível o fracionamento.

5 FRACIONAMENTO DEVIDO DA DESPESA

O fracionamento devido da despesa pressupõe a realização de licitação e consiste na repartição da execução de um certo objeto em diversos contratos de valor reduzido que são executados conjunta e simultaneamente, de modo a atender, de forma integral, a necessidade pública.

Para que bem se entenda o fracionamento, faz-se necessário tratar da Programação integral.

5.1 Programação integral

Em regra, o agente administrativo tem o dever de programar a execução integral das obras e serviços, estimando custos, encargos e prazos, conforme art. 8º da Lei de Licitações:

Art. 8º. A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

Ocorre, que a programação integral comporta exceções, admitindo-se, em alguns casos, a programação parcial.

5.2 Programação Parcial

O parágrafo único do dispositivo supra citado admite, excepcionalmente, a programação parcial em casos de inviabilidade técnica ou insuficiência de recursos. Lembre-se que a conveniência administrativa deve se somar à viabilidade da conclusão da obra ou serviço.

Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o artigo 26 desta Lei.

A inviabilidade técnica ocorre em casos em que uma certa parcela do objeto deve ser executada com autonomia, em virtude de razões de ordem técnico-científica. É o caso, por exemplo, em que as definições das características do futuro contrato dependem do exaurimento de atividades preliminares, objeto de contratação autônoma.

A insuficiência de recursos trata de limitações econômicas, quando a estimativa de recursos inserta na lei orçamentária é insuficiente para execução completa do objeto.

Saliente-se que se distinguem o fracionamento com a programação parcial.

5.3 Diferenças entre o fracionamento e a programação parcial

Não se confundem os conceitos de fracionamento e programação parcial. Justen (2008, p. 149) bem descreve a diferença:

“Nos casos de fracionamento, a Administração opta por uma pluralidade de contratos de valor mais reduzido. Ao invés de realizar uma única contratação, de valor e extensão maiores, produzem-se diversos contratos, cujo somatório corresponde ao objeto necessário à satisfação das necessidades estatais. Já a programação parcial corresponde à redução da dimensão do objeto a ser executado em face da Administração Pública, com a perspectiva de que a complementação ocorra no futuro”.

No fracionamento, a Administração propicia a satisfação integral da necessidade, posto que todos os contratos serão executados conjuntamente. Já na programação parcial, a atuação governamental envolve apenas parte da necessidade a ser satisfeita, ocorrendo uma fragmentação. A execução dos contratos se dissocia no tempo, de molde que a etapa posterior somente será contratada depois de exaurida a anterior.

Em geral, a programação parcial é vedada em virtude da incerteza acerca de sua posterior complementação, o que configura risco de desperdício de recursos. A programação parcial apenas se traduz em benefício para o interesse estatal se, supervenientemente, houver outra contratação, de molde a se obter a execução integral de um objeto que satisfaz às necessidades coletivas.

Em caso de se verificar a programação de execução parcial, o parágrafo único do art. 8º da Lei de Licitações exige justificativa satisfatória e o art. 26 do mesmo diploma legal prevê que a decisão deve ser comunicada em três dias à autoridade superior, para ratificação, como condição de eficácia⁸.

5.4 Características do Fracionamento

O fracionamento não apresenta as características negativas inerentes à programação parcial. Pelo contrário, é, de regra, obrigatório, como consta do art. 23, §§ 1º e 2º da Lei de Licitações:

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).

§ 1º. As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

§ 2º. Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação (destaque nosso).

⁸ Parágrafo único do art. 8º da Lei n. 8.666/93. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, **justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o artigo 26 desta Lei.**

Art. 26 da Lei n. 8.666/93. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

§ 3º. A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no artigo 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

§ 4º. Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

§ 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.

§ 6º. As organizações industriais da Administração Federal direta, em face de suas peculiaridades, obedecerão aos limites estabelecidos no inciso I deste artigo também para suas compras e serviços em geral, desde que para a aquisição de materiais aplicados exclusivamente na manutenção, reparo ou fabricação de meios operacionais bélicos pertencentes à União.

§ 7º. Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.

§ 8º No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.

O fundamento do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração.

Aponte-se jurisprudência do TCU que explica os §§ 1º e 2º do art. 23, supra citado:

“O § 1º do art. 23 da Lei n. 8.666/93 estabelece a possibilidade de a Administração fracionar o objeto em lotes ou parcelas desde que haja viabilidade técnica e econômica. Nos termos do § 2º, o fracionamento da contratação produz a necessidade de realização de diversas licitações. O fundamento do parcelamento é, em última instância, a ampliação da competitividade que só será concretizada pela abertura de diferentes licitações. Destarte, justifica-se a exigência legal de que a licitação distinta para cada lote de serviço total almejado.” (Acórdão n. 2393-2006, Plenário, rel. Min. Benjamim Zymler).

REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA – LEI 8666/1993, ART. 23, § 1º CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA VIABILIDADE ECONÔMICA DE FRACIONAMENTO DO OBJETO A SER LICITADO – IMPROCEDÊNCIA DAS JUSTIFICATIVAS – PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, MÁ-FÉ OU IRREGULARIDADE QUE ENSEJE APLICAÇÃO DE MULTA – DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO.

1- Nos termos do § 1º do art. 23 da lei 8666/1993, sempre que técnica e economicamente viável, os serviços médico-hospitalares e odontológicos devem ser contratados separadamente, a fim de garantir competitividade das licitações e obtenção de propostas mais vantajosas para a administração.

2- Na aferição da viabilidade econômica de fracionamento do objeto a ser licitado, os custos de administração dos futuros contratos devem ser cotejados com os custos econômicos das contratações, a fim de que se apure, de forma global, as vantagens ou desvantagens para o poder público nas hipóteses de cisão ou não. (TCU – Proc. 000.117/2008-9 – (AC-0677-12/08) – Rel. Aroldo Cedraz – DOU 18.04.2008).

a) Divisão da execução do objeto em diversos contratos

No fracionamento, a Administração divide a contratação em inúmeros lotes, cujo conjunto corresponde à satisfação integral da necessidade pública. Em princípio, todas as contratações fracionadas são executadas simultaneamente. É uma forma de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados.

Nem sempre será possível o fracionamento. Quando o objeto do contrato for um conjunto integrado de bens, configurando-se um sistema, o fracionamento será impossível. O fracionamento será possível quando o objeto do contrato tiver uma menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica.

b) Respeita limites de ordem técnica

O fracionamento respeita limites de ordem técnica, de modo a respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado, a fim de que o mesmo não seja destruído pelo fracionamento.

c) Respeita limites de ordem econômica

O impedimento de ordem econômica relaciona-se à impossibilidade de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Ademais, o Estatuto das Licitações sempre considera a relação custo – benefício e não albergará contratações desvantajosas ou excessivamente onerosas.

d) Pressupõe a realização de licitação, bem como, a observação da modalidade licitatória cabível

Segundo entendimento do Plenário do TCU, Acórdão n. 1089-2003, não se pode olvidar é que, não obstante promovido o fracionamento, deverá se observar a modalidade cabível para o valor total da contratação.

Vale apontar a lição de Justen Filho (2008, p. 262):

“Os §§ 2º, in fine, e 5º do art. 23 devem ser interpretados conjuntamente. Determinam que a pluralidade de licitações, embora acarretando a redução da dimensão do objeto licitado, não podem conduzir à modificação da modalidade de licitação. Seguindo o mesmo princípio, a Lei veda que o fracionamento produza dispensa de licitação fundada no preço inferior ao limite mínimo (art. 24, I e II)”.

(...)

“A determinação da obrigatoriedade de licitação e a escolha da modalidade cabível devem fazer-se em face do montante conjunto de todas as contratações, independentemente de fracionamento”.

No mesmo sentido, a lição de Niebuhr (2008, p. 424):

“Antes de outras considerações, cumpre esclarecer que a fragmentação de contrato não é proibida. Aliás, por tributo ao § 1º do artigo 23 da Lei n. 8.666-93, “as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”. Sem embargo, o § 2º do mesmo artigo 23 ressalva que “na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação”. Em outras palavras, é lícito fragmentar o contrato, mas cada

fragmento deve ser licitado de acordo com a modalidade relativa ao todo.”

Este entendimento foi consagrado pelo TCU (2003, p. 31):

“É vedado o fracionamento de despesas para a adoção de dispensa de licitação ou modalidade de licitação menos rigorosa que determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado. Fracionamento refere-se a despesa⁹”.

5.5 Fracionamento indevido de despesa

É vedado o fracionamento de despesa para a adoção de dispensa de licitação ou modalidade de licitação menos rigorosa que a determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado. É o caso em que a Administração realiza diversas contratações de objetos similares, ao longo do exercício financeiro, sem proceder à devida soma. O caso típico é o do material de consumo, cuja necessidade de contratação se renova ao longo do tempo.

O art. 23 da Lei de Licitações obriga a considerar todas as contratações de objetos semelhantes que serão realizadas ao longo do exercício orçamentário, dimensionando o cabimento e a modalidade licitatória aplicável em face do somatório global.

A Administração deve prever as contratações de objetos semelhantes, necessárias ao longo do exercício, para fins de determinação do cabimento e da modalidade adequada de licitação.

Justen (2008, p. 264) discorda de tal interpretação adotada pelos Tribunais de Contas, por entender que não é possível extrair tal interpretação do §5º do art. 23 da Lei de Licitações, pois esta não trata de prazos.

⁹ Licitações & Contratos – Orientações Básicas, Brasília: TCU, Secretaria de Controle interno, 2003, p. 31.

A expressão “*parcelas de uma mesma obra ou serviço*”, contida no §5º do art. 23 da Lei de Licitações indica que não se admite parcelar um único objeto para modificar a modalidade pertinente ao valor global. Já a expressão “*obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente*” aponta que devem ser considerados em conjunto objetos que, embora materialmente distintos e que não possam ser considerados como partes integrantes de um único objeto, apresentam natureza semelhante e devam ser executados no mesmo local, desde que tal execução possa se fazer conjunta e concomitantemente.

Como já supra estudado, o art. 24, I, do Estatuto das Licitações adotou a mesma solução descrita no §5º do art. 23 do mesmo diploma legal quando determina que “*obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente*” devem ter o valor somado. Ausente um dos requisitos legais, quais sejam: a) obras, serviços e compras da mesma natureza, mas que não sejam parcelas de um todo único; b) execução no mesmo local; c) que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, não haverá o dever de considerar globalmente as contratações de objetos semelhantes, mas não idênticos.

A parte final do parágrafo quinto admite exceção “*para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço*”. Assim, se houver parcela de natureza específica, ainda que integrante do todo, cuja execução envolver alguma especialização, não se aplica o dever de somatório.

O art. 24, I e II da Lei de Licitações determina que a dispensa somente será cabível quando as contratações não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço.

Cite-se a lição de Niebuhr (2008, p. 423):

“O ponto jurídico mais relevante no que tange a essas hipóteses de dispensa reside na proibição de parcelamento de contrato para alcançar em cada parcela os valores autorizadores da dispensa, conforme deflui da redação dos incisos I e II do artigo 24 da Lei n. 8.666-93. Ou seja, não é permitido fragmentar o objeto do contrato, para, em vez de firmar um só, firmar vários, visando a esquivar-se da

obrigatoriedade de licitação pública, já que, por hipótese, cada parte isoladamente atingiria o montante previsto para a dispensa”.

Aponte-se julgado pertinente:

PEDIDOS DE REEXAME CONTRA O ACÓRDÃO Nº 1.780/2007-TCU-PLENÁRIO PROFERIDO EM SEDE DE DENÚNCIA DE IRREGULARIDADES EM LICITAÇÕES NA COMPANHIA ENERGÉTICA DO PIAUÍ (CEPISA) – INOBSERVÂNCIA DO ART. 23, § 5º, DA LEI Nº 8.666/93 – MULTA – CONHECIMENTO – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A ALTERAR A DELIBERAÇÃO RECORRIDA – NEGATIVA DE PROVIMENTO – É indevida a realização de licitações distintas para a contratação de serviços de mesma natureza, mesmo em locais diversos, quando os potenciais interessados são os mesmos, por contrariar o art. 23, § 5º, da lei nº 8.666/93. (TCU – Proc. 005.517/2005-9 – (AC-0832-17/08) – Rel. Valmir Campelo – DOU 14.05.2008).

Alguns gestores costumam não somar a realização de serviços referentes a objetos semelhantes, sob a alegativa de que se tratam de “serviços diversos”. Nestes casos, diz-se que o gestor procedeu a um fracionamento indevido de despesa, para deixar de realizar a licitação.

Ora, em se tratando de objetos semelhantes, mas não idênticos, é necessária a programação integral da execução dos serviços ao longo do exercício financeiro. Ainda que se realizasse o fracionamento da despesa, não poderia ser utilizado para caracterizar a dispensa de licitação, consoante orientação do TCU supra exposta.

Desta feita, o fracionamento indevido de licitação caracteriza dispensa indevida de licitação, podendo o gestor público responsável ser acionado pelo crime capitulado no art. 89 da Lei de Licitações e por improbidade administrativa.

5. 6 Consequências da dispensa indevida de licitação

Destaque-se que a dispensa indevida de licitação constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, conforme art. 10, VIII, da Lei n. 8429 de 1992 e caracteriza crime capitulado no art. 89 da Lei de Licitações.

Não obstante os vinte e nove incisos do art. 24 da Lei n. 8.666/93, que admitem a dispensa de licitação, verifica-se que os gestores, na maioria das vezes, realizam a dispensa de licitação com suposto fundamento nos incisos I e II do citado art. 24, sob a alegativa de um fracionamento indevido de licitação.

5.6.1 Art. 89 da Lei de Licitações

Faz-se mister transcrever o art. 89 da Lei de Licitações:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Como bem esclarece Nucci (2007, p. 440), o tipo penal em análise - art. 89 da Lei de Licitações - pode ser considerado norma penal em branco, pois somente se compreende o alcance da figura incriminadora consultando-se a parte extrapenal desta Lei, que consta dos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações, que tratam, respectivamente, da dispensa e inexigibilidade de licitação.

O prazo para a aferição do limite do valor é anual. Neste diapasão, merece citar, outrossim, decisão do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, no seguinte teor:

"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.º 8.666/93, com a alteração dada pela Lei 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".

Vale destacar também o posicionamento do ilustre Motta (2002):

"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.º 8.666/93. A Lei n.º 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.º 8.666/93, seja na Lei n.º 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".

O sujeito ativo do crime capitulado no art. 89 da Lei n. 8.666/93 é o servidor público, nos termos do art. 84 do mesmo diploma legal:

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1º. Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

§ 2º. A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

O sujeito passivo é o Estado (União, Estado-membro, Distrito Federal e Município), bem como as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e outras entidades sob controle estatal direto ou indireto.

Trata-se de crime próprio¹⁰, mas não de mão-própria, e admite co-autoria e participação. Portanto, é possível haver conluio entre vários servidores públicos para cometimento do crime. É também possível a participação de particulares.

¹⁰ São aqueles que exigem ser o agente portador de uma capacidade especial, o qual pode se valer de outras pessoas para executá-lo. Os crimes de mão própria podem ser cometidos por qualquer pessoa. Todavia, ninguém os pratica por intermédio de outrem. Ex: Crimes de falsidade ideológica de atestado médico e o de falso testemunho ou falsa perícia.

É delito formal, pois não exige resultado naturalístico para sua consumação, consistente em efetivo prejuízo para a Administração. Gomes (2008) discorda, pois entende que é necessário dano efetivo ao Erário. Explica o ilustre jurista que, segundo a teoria constitucionalista do delito, todos os crimes requerem uma ofensa concreta ao bem jurídico protegido. Assim, a realização dos dados típicos esgota o plano formal do delito, mas, por força do princípio da ofensividade, não há crime sem que também se verifique o desvalor do resultado (*nullum crimen sine iniuria*).

O crime em exame pode ser cometido de forma livre, ou seja, por qualquer meio eleito pelo agente. É delito instantâneo, pois a consumação se dá em momento determinado. É crime de perigo abstrato, pois independe de qualquer lesão ao bem jurídico tutelado. É unissubjetivo, pois pode ser cometido por um só agente. Pode ser plurissubsistente ou unisubsistente, pois pode ser cometido através de um único ato ou através de vários atos, conforme o meio eleito pelo agente.

Nucci (2007, p. 444) explica que quando o crime é iniciado de modo plurissubsistente, admite tentativa.

Costa Jr. (2004, p. 02) entende que a conduta inexigir é omissiva, enquanto dispensar seria comissiva. Nucci (2007, p. 444), ao revés, entende que o crime é comissivo, pois há ação tanto quando se dispensa como quando não se exige a licitação. Somente na forma “deixar de observar” configura-se o lado omissivo da infração penal, pois envolve abrir mão de seguir um procedimento qualquer ligado à dispensa e à inexigibilidade.

O crime é punível a título de dolo e não de culpa. O objeto material é a licitação ou a formalidade legal indevidamente desrespeitada. O objeto jurídico é a proteção dos interesses da Administração Pública, nos seus aspectos patrimonial e moral.

Não são aplicáveis os benefícios da Lei n. 9099-95, tais como a transação penal ou a suspensão condicional do processo, posto que a pena mínima e máxima ultrapassa os limites dispostos no citado diploma legal¹¹.

O Parágrafo único do art. 89 da Lei de Licitações trata da participação do particular:

Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Para que o contratado seja responsabilizado criminalmente, deve-se buscar, além do dolo, a específica vontade de se beneficiar da dispensa ou inexigibilidade da licitação, tendo tomado parte na concretização da ilegalidade. Assim, caso o servidor dispense a licitação, mas o particular não tome parte em qualquer ato ilegal, que lhe diga respeito, ainda que se beneficie da contratação indevida, é incabível a punição.

Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, conforme art. 100 da Lei n. 8.666/93:

Art. 100. Os crimes definidos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la.

5.6.2 Art. 10, VIII, da Lei n. 8429/92

O art. 10, VIII, da Lei n. 8429/92 assim dispõe:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta Lei, e notadamente:

¹¹ Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine **pena máxima não superior a 2 (dois) anos**, cumulada ou não com multa.

Art. 89. Nos crimes em que **a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano**, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

(...)
VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

Consoante o dispositivo supra exposto, a dispensa indevida de licitação constitui ato de improbidade administrativa. Trata-se de ato que causa prejuízo ao Erário. Mascarenhas chama as hipóteses do art. 10 da Lei n. 8.429/92 de “ato de improbidade administrativa impróprio”, porque:

“o agente causa lesão ao Erário por ação ou omissão, dolosa ou culposa, causando perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades integrantes dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Territórios, além daquelas empresas incorporadas ao patrimônio público ou que para a criação ou custeio o Erário concorra ou tenha concorrido, sem que o agente receba, direta ou indiretamente, qualquer vantagem econômica indevida” (2001, p. 33).

Tanto o agente público, quanto o particular, podem ser acionados pela prática do ato de improbidade administrativa em comento. Ocorre, que o particular participa do ato de improbidade quando induz ou concorre para sua prática ou dele se beneficia sob qualquer forma direta ou indireta¹².

Considerando que o ato de improbidade administrativa em estudo causa lesão ao Erário, a Ação Civil Pública ajuizada visa o ressarcimento do dano causado em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

Saliente-se que, caso o suposto responsável pelo ato de improbidade administrativa faleça, seu sucessor poderá ser processado a fim de o valor da herança responda pelo dano causado pelo *de cuius*, conforme art. 8º da Lei n. 8.429/92.

Julgada procedente a Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, qual seja, dispensa indevida de licitação, o responsável está sujeito às seguintes cominações, conforme art. 12, II, da Lei n. 8.429/92, observando-se a extensão do dano causado, bem como, o proveito patrimonial obtido:

¹² Arts. 2º e 3º da Lei n. 8.429/92.

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

(...)

II - na hipótese do artigo 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos;

A ação civil pública por ato de improbidade administrativa será processada pelo rito ordinário e será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada.

Necessário realçar que as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, consoante art. 23, podem ser propostas:

I - até 5 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão à bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

CONCLUSÕES

Considerando a abordagem realizada, conclui-se que:

- a) A regra é a obrigatoriedade de licitação, conforme art. 37, XXI, da CF/88;
- b) A regra exposta na letra “a” comporta exceções, que são os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, dispostos nos arts. 24 e 25 da Lei n. 8.666/93, respectivamente;
- c) A inexigibilidade de licitação ocorre nos casos em que não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração. Considerando que a inexigibilidade de licitação decorre da realidade, as hipóteses do art. 25 da Lei n. 8.666/93 são exemplificativas;
- d) Nas hipóteses de dispensa de licitação há possibilidade de competição. Admite-se a dispensa de licitação, pois nos casos arrolados no art. 24 da Lei n. 8.666/93, a licitação seria objetivamente inconveniente e a contratação direta seria mais vantajosa. A dispensa de licitação é fruto da vontade legislativa e as hipóteses do art. 24 do diploma legal citado são taxativas;
- e) Os incisos I e II do art. 24 da Lei n. 8.666/93 tratam dos casos de dispensa de licitação em razão do valor econômico (R\$15.000,00 e R\$8.000,00, respectivamente), em que a relação custo – benefício mostra-se desequilibrada, porquanto o custo econômico da licitação é superior ao benefício dela extraível;
- f) Os incisos I e II do art. 24 da Lei n. 8.666/93 proíbem o parcelamento de uma mesma obra, serviço ou compra a fim de burlar a obrigatoriedade de licitar;
- g) Os valores citados na letra “e” não devem se referir a parcelas de uma mesma obra ou serviço (Inciso I);

h) Os valores citados na letra “e” não devem se referir a obras ou serviços da mesma natureza – objetos semelhantes, mas não idênticos (Inciso I);

i) As obras ou serviços devem ser realizados no mesmo local (Inciso I);

j) As obras ou serviços devem ser realizados conjunta e concomitantemente (Inciso I), ao longo do exercício financeiro;

l) O gestor é compelido a somar os valores das obras e serviços: a) da mesma natureza; b) executados no mesmo local; c) que possam realizadas conjunta e concomitantemente, ao longo do exercício financeiro, a fim de verificar se atinge o valor em que é obrigatória a realização de licitação e, em caso positivo, respeitar a modalidade licitatória cabível;

m) Ausente um destes requisitos expostos na letra “l”, o gestor não terá a obrigação de somar e será possível o fracionamento.

Conclusões acerca do fracionamento devido de despesa:

a) Indica a repartição da execução de um certo objeto em diversos contratos de valor reduzido que são executados conjunta e simultaneamente, de modo a atender à satisfação integral da necessidade pública;

b) Está fundamentado no art. 23, § 1º da Lei de Licitações, quando se torna obrigatório, posto que visa ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados;

c) Respeita limites de ordem técnica, observando a integridade qualitativa do objeto a ser executado, de modo a não destruí-lo pelo fracionamento;

d) Respeita impedimento de ordem econômica, a fim de que não aumente o preço unitário a ser pago pela Administração;

e) Amplia as vantagens econômicas para a Administração;

f) Pressupõe a realização de licitação, bem como, observa a modalidade licitatória cabível para o valor total da contratação;

g) Não parcela um único objeto para modificar a modalidade pertinente ao valor global.

Atendidos estes requisitos supra expostos, a ação do gestor estará respaldada pela lei e, será até digna de elogios, pois proporciona contratos economicamente vantajosos para a Administração Pública. Caso contrário, verificado o fracionamento indevido de licitação, há dispensa indevida de licitação, constituindo, em tese, ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, conforme art. 10, VIII, da Lei n. 8429 de 1992 e configura crime capitulado no art. 89 da Lei de Licitações.

BIBLIOGRAFIA

- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. *Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BELLO, Raquel Discacciati. *O princípio da igualdade no concurso público*. In: Revista de Informação Legislativa 131/320.
- CRETELLA JR., José. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal das Licitações. Comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8666, de 21-6-1993*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- D' ANGELO, Suzi e D' ANGELO, Élcio. *O princípio da probidade administrativa e a atuação do Ministério Público*. Campinas: LZN, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Temas polêmicos sobre Licitações e Contratos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direitos dos Licitantes*. 4 ed. São Paulo: Malheiros. 1992.
- GOMES, Luis Flávio. *Dispensa de licitação: ausência de tipicidade material. fato atípico. trancamento da ação pena*. In: Juris Síntese nº 70 - MAR/ABR de 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato Administrativo – Estudos sobre a Interpretação da Lei*. São Paulo: Malheiros. 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- MACHADO D'AVILA, Vera Lúcia. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 2 ed. Rev. e Ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MASCARENHAS, Paulo. *Improbidade Administrativa e Crime de responsabilidade de Prefeito*. 2 ed. São Paulo: LED, 2001.
- MEDAUAR, Odete (org). *Licitações e Contratos Administrativos: coletânea de estudos*. São Paulo: NDJ, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. atual. São Paulo: RT, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 9 ed. Belo Horizonte: Del rey, 2002.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2 ed. São Paulo: RT, 2007.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual Prático das Licitações*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- Licitações & Contratos – Orientações Básicas, Brasília: TCU, Secretaria de Controle interno, 2003.

ANEXO I – Art. 24 da Lei n. 8666-1993

Art. 24 da Lei n. 8666-1993

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; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do artigo 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; (Redação dada ao inciso pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade;

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; (Inciso acrescentado pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; (Inciso acrescentado pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exigüidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea a do inciso II do artigo 23 desta Lei; (Inciso acrescentado pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

XIX - para as compras de materiais, de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; (Inciso acrescentado pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja

compatível com o praticado no mercado. (Inciso acrescentado pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)

XI - para a aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisas credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão; (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida;

XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação; (Inciso acrescentado pela Lei nº 11.107, de 06.04.2005, DOU 07.04.2005)

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. (NR) (Redação dada ao inciso pela Lei nº 11.445, de 05.01.2007, DOU 08.01.2007)

XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (Redação dada ao inciso pela Lei nº 11.484, de 31.05.2007, DOU 31.05.2007 - Ed. Extra, com efeitos a partir de 19.02.2007, conversão da Medida Provisória nº 352, de 22.01.2007, DOU 22.01.2007 - Ed. Extra)

XXIX - na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força. (Inciso acrescentado pela Lei nº 11.783, de 17.09.2008, DOU 18.09.2008)

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

ANEXO II – Pareces ministeriais

MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE ARATUBA

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE ARATUBA/CE

ALEGAÇÕES FINAIS
PROCESSO-CRIME Nº
ACUSADO:
INFRAÇÃO: ART. 89 da Lei n. 8.666/93

O Ministério Público, por sua Promotora de Justiça abaixo assinada, vem ofertar suas ALEGAÇÕES FINAIS, nos seguintes termos:

Trata-se de procedimento estabelecido no art. 100 e seguintes da Lei n. 8666-1993.

O acusado foi denunciado pela suposta prática do crime capitulado no art. 89 da Lei de licitações, ou seja, por *dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.*

Na peça acusatória consta que o imputado, quando exercia o cargo de Gestor do Gabinete do Prefeito de Aratuba, no período de janeiro a maio de 2000, efetuou as seguintes despesas sem a realização do devido certame licitatório:

- 1) despesas com aquisição de combustível, no valor de R\$9.000,00 com o Posto Aliança, Aratuba Comércio de Derivados de Petróleo Ltda. e Clóvis Amora & Cia;

- 2) despesas com a contratação de publicidade, no valor de R\$27.724,10, com a Entidade beneficente Antonio Lima, Rádios e Jornais do Ceará, Rádio Jornal de Canindé Ltda., AC & M – Assessoria de Comunicação e Marketing, José Lavora Costa – ME, FM Maior de Baturité, Fco. Alberto Dias Lima, Chacon – Fotografias P. e representação e outros (fls. 11, 21-24).

A constatação foi feita pelo TCM, que culminou com o Acórdão n. 4274-2006 (fls. 28-33).

Denúncia recebida às fls. 45.

Interrogatório às fls. 51-52, no qual o denunciado confessa que no período de janeiro a maio de 2000, efetivamente, gastou a quantia de R\$9.000,00 com combustível. Quanto às despesas com publicidade, relata que não realizou licitações, pois foram feitos serviços diversos. No que tange aos combustíveis, explica que as despesas com o Posto Aratuba enquadravam-se em inexigibilidade de licitação, pois é único da cidade. E os outros dois Postos não atingiram o limite legal para a realização da licitação.

Defesa às fls. 53-58, no qual o denunciado acosta os documentos de fls. 59-326 e relata que realizou serviços diversos, contratando jornalistas, repórteres, emissoras de rádio, jornais impressos, assinatura de jornal e tais despesas não atingiram o limite legalmente exigido para a realização da licitação.

Audiência de instrução para oitiva das testemunhas de defesa às fls. 338-343.

Os autos vieram-me com vistas.

É o relatório. Segue manifestação.

O TCM enumera as seguintes Notas de Empenho (fls. 11):

A) Combustíveis

Nota de Empenho	Fornecedores	Valor R\$
3010080	Posto Aliança – Org. Hélio Meireles Ltda.	2.000,00
3010102	Aratuba Comércio Derivados de Petróleo Ltda.	2.000,00
3010103	Posto Aliança – Org. Hélio Meireles Ltda.	3.000,00
3010104	Clóvis Amora & Cia	1.000,00
1020092	Clóvis Amora & Cia	1.000,00
Total:		9.000,00

B) Divulgação e Publicidade

Nota de Empenho	Fornecedores	Valor R\$
3010059	Rádios e Jornais do Ceará	4.200,00
3010060	Entidade Beneficente Antonio Lima	1.800,00
3010072	Rádio Jornal de Canindé Ltda.	4.200,00
3010092	AC & M – Ass. De Com. e Mark.	4.200,00
10010014	José Lavora Costa – ME	400,00
1020020	FM Maior de Baturité	1.000,00
1020029	Fco. Alberto Dias Lima	104,16
1020076	Fco. Alberto Dias Lima	2.200,00
1030019	Chacon – Fotografias P. e Representação	1.500,00
1030020	FM Maior de Baturité	4.000,00
15030001	Editora Verdes Mares	2.640,00
3040030	Antonio Marcos A. de Sousa	1.000,00
		27.724,10

DA INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO

No que toca aos Combustíveis, o acionado alega que:

1) as despesas realizadas com o Posto Aratuba não atingiram o limite legal, pois totalizaram o valor de R\$2.000,00, devido ao Processo de Inexigibilidade de Licitação n. 01-99 (fls. 54, 60-71).

O TCM não aceitou a alegativa de inexigibilidade, conforme fls. 21-23, pois não houve publicação na imprensa oficial, exigência prevista no art. 26 da Lei de Licitações.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

A inexigibilidade de licitação aponta que a competição é impossível, pois existe apenas um único sujeito para ser contratado.

No caso em exame, há apenas um sujeito apto a prestar o serviço dentro do Município. Verifica-se, assim, a ausência de pluralidade dentro de uma base territorial. Considerando que o valor total gasto com combustível (R\$9.000,00) exigiria a realização de licitação na modalidade convite, somente poderiam participar os convidados ou aqueles que solicitassem extensão do convite. Como em Aratuba, há apenas um Posto de Gasolina, a Administração encaminharia convite somente a este e realizar licitação, nesta hipótese, seria desarrazoado, sendo admissível a inexigibilidade de licitação, desde que atendidos os demais pressupostos legais.

O fato de existir apenas um Posto de Combustíveis nesta urbe é público e notório.

Para a contratação direta, há necessidade de preenchimento dos requisitos de habilitação e contratação, bem como, razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração.

Seria necessária também a divulgação pela imprensa oficial da contratação efetivada mediante inexigibilidade de licitação.

No procedimento de inexigibilidade, acostado às fls. 60-71, não constam os documentos referentes à habilitação, conforme arts. 27 e seguintes da Lei de Licitações.

No contrato acostado às fls. 69-70, não consta o valor do preço do litro de cada espécie de combustível, não sendo possível verificar se o preço contratado foi razoável e compatível com valor de mercado. Há apenas o valor global anual.

Aponte-se que o contrato de fls. 69-70, foi celebrado em janeiro de 2000, cujo prazo é de um ano. Torna-se incompatível com a alegação de inexigibilidade o fato de haver sido realizado mais duas licitações para aquisição de combustíveis e enquanto o contrato citado ainda estava em vigor.

Não há também comprovante de publicação na imprensa.

Justen aponta que a publicação constitui condição de eficácia da contratação, nos termos do art. 61, §1º, da Lei de Licitações. Quanto à falta de eficácia, o citado jurista explica que o contrato não produzirá efeitos plenos, enquanto não cumprida a formalidade de publicação¹³.

DO FRACIONAMENTO INDEVIDO

Aponte-se o art. 8º da Lei de Licitações:

Art. 8º. A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o artigo 26 desta Lei.

O dever de programação integral e total pode ser afastado somente em situações excepcionais, tais como inviabilidade técnica e insuficiência de recursos.

A programação parcial corresponde à redução da dimensão do objeto a ser executado em face da Administração Pública, com a perspectiva de que a complementação ocorra no futuro. Ocorre uma fragmentação, mas a execução dos contratos se dissocia no tempo, de molde que a etapa posterior somente será contratada após exaurida a anterior. Em regra, a programação parcial é vedada e somente é admitida em situações excepcionais.

A programação parcial não se confunde com o fracionamento, que indica a repartição da execução de um certo objeto em diversos contratos de valor reduzido que são executados conjuntamente e simultaneamente. O fracionamento atende à satisfação integral da necessidade pública.

O art. 23 enuncia quando o fracionamento é devido:

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 371.

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).

§ 1º. As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

§ 2º. Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

§ 3º. A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no artigo 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

§ 4º. Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

§ 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.

§ 6º. As organizações industriais da Administração Federal direta, em face de suas peculiaridades, obedecerão aos limites estabelecidos no inciso I deste artigo também para suas compras e serviços em geral, desde que para a aquisição de materiais aplicados exclusivamente na manutenção, reparo ou fabricação de meios operacionais bélicos pertencentes à União.

§ 7º. Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de

quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.

§ 8º No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.

Aponte-se jurisprudência do TCU que explica os §§ 1º e 2º do art. 23, supra citado:

“ O § 1º do art. 23 da Lei n. 8.666/93 estabelece a possibilidade de a Administração fracionar o objeto em lotes ou parcelas desde que haja viabilidade técnica e econômica. Nos termos do § 2º, o fracionamento da contratação produz a necessidade de realização de diversas licitações. O fundamento do parcelamento é, em última instância, a ampliação da competitividade que só será concretizada pela abertura de diferentes licitações. Destarte, justifica-se a exigência legal de que a licitação distinta para cada lote de serviço total almejado.” (Acórdão n. 2393-2006, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler).

O fracionamento respeita limites de ordem técnica – respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado – e econômica – não aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração.

Segundo entendimento do Plenário do TCU, Acórdão n. 1089-2003, não se pode olvidar é que, não obstante promovido o fracionamento, deverá observar-se a modalidade cabível para o valor total da contratação.

Vale apontar a lição de Justen Filho:

“Os §§ 2º, in fine, e 5º do art. 23 devem ser interpretados conjuntamente. Determinam que a pluralidade de licitações, embora acarretando a redução da dimensão do objeto licitado, não podem conduzir à modificação da modalidade de licitação. Seguindo o mesmo princípio, a Lei veda que o fracionamento produza dispensa de licitação fundada no preço inferior ao limite mínimo (art. 24, I e II)”.

(...)

“A determinação da obrigatoriedade de licitação e a escolha da modalidade cabível devem fazer-se em face do montante conjunto de todas as contratações, independentemente de fracionamento!”¹⁴.

¹⁴ Ob. Cit. p. 262.

Este entendimento foi consagrado pelo TCU:

“É vedado o fracionamento de despesas para a adoção de dispensa de licitação ou modalidade de licitação menos rigorosa que determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado. Fracionamento refere-se a despesa¹⁵”.

O fracionamento é indevido quando a Administração realiza diversas contratações de objetos similares, ao longo do tempo. O art. 23 obriga a considerar todas as contratações que serão realizadas ao longo do exercício orçamentário, dimensionando o cabimento e a modalidade licitatória aplicável em face do somatório global.

A Administração deve prever as contratações de objetos semelhantes, necessárias ao longo do exercício.

O art. 24, I e II da Lei de Licitações determina que a dispensa somente será cabível quando as contratações não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço.

REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA – LEI 8666/1993, ART. 23, § 1º CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA VIABILIDADE ECONÔMICA DE FRACIONAMENTO DO OBJETO A SER LICITADO – IMPROCEDÊNCIA DAS JUSTIFICATIVAS – PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, MÁ-FÉ OU IRREGULARIDADE QUE ENSEJE APLICAÇÃO DE MULTA – DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO – 1- Nos termos do § 1º do art. 23 da lei 8666/1993, sempre que técnica e economicamente viável, os serviços médico-hospitalares e odontológicos devem ser contratados separadamente, a fim de garantir competitividade das licitações e obtenção de propostas mais vantajosas para a administração. 2- Na aferição da viabilidade econômica de fracionamento do objeto a ser licitado, os custos de administração dos futuros contratos devem ser cotejados com os custos econômicos das contratações, a fim de que se apure, de forma global, as vantagens ou desvantagens para o poder público nas hipóteses de cisão ou não. (TCU – Proc. 000.117/2008-9 – (AC-0677-12/08) – Rel. Aroldo Cedraz – DOU 18.04.2008).

PEDIDOS DE REEXAME CONTRA O ACÓRDÃO Nº 1.780/2007-TCU-PLENÁRIO PROFERIDO EM SEDE DE DENÚNCIA DE IRREGULARIDADES EM LICITAÇÕES NA COMPANHIA ENERGÉTICA DO PIAUÍ (CEPISA) – INOBSERVÂNCIA DO ART. 23, § 5º, DA LEI Nº 8.666/93 – MULTA – CONHECIMENTO – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A ALTERAR A

¹⁵ Licitações & Contratos – Orientações Básicas, Brasília: TCU, Secretaria de Controle interno, 2003, p. 31.

DELIBERAÇÃO RECORRIDA – NEGATIVA DE PROVIMENTO – É indevida a realização de licitações distintas para a contratação de serviços de mesma natureza, mesmo em locais diversos, quando os potenciais interessados são os mesmos, por contrariar o art. 23, § 5º, da lei nº 8.666/93. (TCU – Proc. 005.517/2005-9 – (AC-0832-17/08) – Rel. Valmir Campelo – DOU 14.05.2008).

2) O denunciado alega que as despesas com os demais Postos, no valor de R\$7.000,00, não atingiram o montante exigido para a realização do processo licitatório, todavia, foram realizados os processos licitatórios n. 29-2000 (fls. 72-99) e 30-2000 (fls. 100-182);

O TCM apontou que os referidos procedimentos licitatórios não foram realizados regularmente, pois não consta a documentação referente à habilitação (fls. 23).

Analisando o procedimento licitatório n. 29-2000 (fls. 72-99), verifica-se que foi contratado um Posto situado em Fortaleza-CE e na licitação n. 30-2000 (fls. 100-127), foi contratado um Posto localizado em Baturité-CE.

Realmente, verifica-se que não constam os documentos referentes à habilitação dos licitantes.

No caso em estudo, percebe-se que o acionado fracionou a despesa com objetos idênticos, no que toca aos combustíveis.

Assim, deve ser considerado o valor global da despesa com combustíveis, que atingiu o valor de R\$9.000,00, que exigia a realização de licitação, conforme art. 23 da Lei de Licitações.

Tratemos agora das despesas com publicidade.

Às fls. 185, consta o procedimento de empenho n. 03010059, no valor de R\$4.200,00, em benefício da Rádios e Jornais do Ceará S/A, datado de 03 de janeiro de 2000, sendo que:

- a) no dia 11 de janeiro de 2000, foi pago o valor de R\$350,00 pelo acionado (fls. 186);
- b) no dia 08 de março de 2000, foi pago o valor de R\$350,00 pelo acionado (fls. 192);
- c) no dia 04 de abril de 2000, foi pago o valor de R\$350,00 pelo acionado (fls. 198);
- d) no dia 03 de maio de 2000, foi pago o valor de R\$350,00 pelo acionado (fls. 203).

3) O denunciado afirma que a despesa com publicidade com o repórter Antonio Viana, no valor de R\$4.200,00, referente à Nota de Empenho n. 03010059, somente R\$1.750,00 foi autorizado pelo acusado.

Ora, somando-se os valores efetivamente pagos chega-se a um total de R\$1.400,00. Verificando-se o controle do empenho de fls. 183, verifica-se que está faltando a Nota de Subempenho n. 11020001, cujo valor é de R\$350,00. Assim, totalizaria o valor de R\$1750,00.

Exa., o acionado limita-se a afirmar que autorizou apenas o valor parcial de R\$1.750,00 em seu período de gestão e que não chegou a autorizar o total do valor empenhado de R\$4.200,00, mas nada comprovou. Ora, o TCM afirmou que o acionado foi o responsável pelo valor global da nota de empenho. O acionado poderia ter acostado as demais notas de subempenho e comprovar que não foram autorizadas pelo mesmo, mas não o fez. Desta feita, entende-se que o acionado é o responsável pelo valor global da Nota de empenho n. 03010059, que foi assinada pelo mesmo.

4) a despesa com publicidade com a Rádio FM Solidariedade da cidade de Capistrano, única rádio que possui fácil penetração nas localidades de Pai João, Serrinha, Pesqueiro, Salgado, Santo Antonio, etc, a baixos custos, no valor de R\$1.800,00, referente à Nota de Empenho n. 03010060, somente R\$600,00 foi autorizado pelo acusado (fls. 206-230);

Nota de Empenho às fls. 208, no valor de R\$1.800,00, assinada pelo acionado e datada de 03 de janeiro de 2000, em benefício da Entidade Beneficente Antonio Lima, , sendo que:

a) no dia 17 de fevereiro de 2000, foi pago o valor de R\$150,00 pelo acionado (fls. 209);

b) no dia 20 de março de 2000, foi pago o valor de R\$150,00 pelo acionado (fls. 216);

c) no dia 19 de abril de 2000, foi pago o valor de R\$150,00 pelo acionado (fls. 222);

d) no dia 12 de maio de 2000, foi pago o valor de R\$150,00 pelo acionado (fls. 227).

Do mesmo modo, o acionado não acostou aos autos as notas de subempenho posteriores para comprovar que não foi o responsável pelas demais autorizações.

E assim o denunciado agiu com relação aos itens abaixo apontados.

5) a despesa com publicidade com a Rádio Jornal de Canindé, que possui fácil penetração nas localidades de Marés, Barriguda, Vídeio, Balança, Fernandes, etc., no valor de R\$4.200,00, referente à Nota de Empenho n. 03010072, sendo que somente R\$700,00 foi autorizado pelo acusado (fls. 231-245);

6) a despesa com publicidade com a Rádio Assunção de Fortaleza, no valor de R\$4.200,00, referente à Nota de Empenho n. 03010092, não foi realizada, pois a Nota de empenho n. 3010092 foi anulada (fls. 246);

7) a despesa com publicidade com a JTC Publicidades, no valor de R\$400,00, referente à Nota de Empenho n. 10010014, datada de 10 de janeiro de 2000 (fls. 247-252);

8) a despesa com publicidade com a Rádio FM Maior de Baturité, no valor de R\$1.000,00, referente à Nota de Empenho n. 1020020, e R\$4.000,00, referente à Nota de

Empenho n. 1030020, sendo que somente R\$3.000,00 foi autorizado pelo acusado (fls. 253-273);

9) a despesa com publicidade com o repórter Fco. Alberto Dias Lima, no valor de R\$3.304,16, referente às Notas de Empenho n. 1020029, no valor de R\$104,16 e n. 1020076, no valor de R\$2.200,00, sendo que somente R\$704,16 foi autorizado pelo acusado (fls. 274-296);

10) a despesa com Chacon Fotografias, no valor de R\$1.500,00, referente à Nota de Empenho n. 1030019, não foi realizada, pois a Nota de empenho foi anulada (fls. 297);

11) despesas com a Editora Verdes Mares, referentes às Notas de Empenho n. 15030001, no valor de R\$2.640,00, pela qual autorizou apenas R\$720,00 (fls. 299-312) e 3040080, no valor de R\$4.500,00, sendo que somente o valor de R\$500,00 foi pago no período do acionado (fls. 314-321), sendo R\$220,00 referente à assinatura do Jornal Diário do Nordeste e R\$1.000,00 referem-se a despesas de divulgação e publicidade junto ao citado Jornal (fls. 298-321);

12) a despesa com Antonio Marcos A. de Sousa, no valor de R\$1.000,00, referente à Nota de Empenho n. 3040030, relativa à publicação em revista municipal especializada, não foi realizada, pois a Nota de empenho foi anulada pela Nota de anulação de empenho n. 01120486 (fls. 322);

Vale salientar que a citada Nota de anulação de empenho já foi anulada em 01 de dezembro de 2000.

13) despesa com repórter Valdeci Rosa, serviços de cobertura jornalística, no valor de R\$120,00, referente à Nota de Empenho n. 02050159 (fls. 323-326).

Verifica-se que para as despesas com divulgação e publicidade, foram contratadas várias pessoas.

O acionado também fracionou a despesa com objetos semelhantes, no que toca aos serviços de divulgação e publicidade, pois contratou diversas emissoras de rádio, repórteres, jornais, etc., quando deveria ter realizado a programação integral da execução dos serviços de publicidade ao longo do exercício financeira. Ainda que se realizasse o fracionamento da despesa, não poderia ser utilizado para caracterizar a dispensa de licitação.

Assim sendo, entende-se que:

a) os fracionamentos realizados em relação aos combustíveis e divulgação e publicidade foram indevidos, pois foram utilizados para acarretar a dispensa indevida de licitação;

b) houve irregularidades no processo de inexigibilidade de licitação n. 01-99, quais sejam:

b.1) no procedimento de inexigibilidade, acostado às fls. 60-71, não constam os documentos referentes à habilitação, conforme arts. 27 e seguintes da Lei de Licitações;

b.2) no contrato acostado às fls. 69-70, não consta o valor do preço do litro de cada espécie de combustível, não sendo possível verificar se o preço contratado foi razoável e compatível com valor de mercado. Há apenas o valor global anual;

b.3) Não há comprovante de publicação na imprensa, que constitui condição de eficácia da contratação, nos termos do art. 61, §1º, da Lei de Licitações.

Por tais fatos, entende-se que o acionado dispensou e deixou de exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, e deixou de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, incidindo nas tenazes do art. 89 da Lei de Licitações.

As provas dos autos são suficientes para embasar o decreto condenatório.

Mercê do exposto, esta Representante do Ministério Público pugna pela procedência da denúncia e consequente CONDENAÇÃO do acusado nas penas do art. 89 da Lei n. 8.666/93.

Aratuba, 11 de maio de 2009.

Dra. Aspázia Regina Moreira Azevedo
Promotora de Justiça

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE ARATUBA

ALEGAÇÕES FINAIS

PROCESSO-CRIME Nº

ACUSADA:

INFRAÇÃO: ART. 89 da Lei n. 8666-93

O Ministério Público, por sua Promotora de Justiça abaixo assinada, vem ofertar suas ALEGAÇÕES FINAIS, nos seguintes termos:

Trata-se de procedimento estabelecido no art. 100 e seguintes da Lei n. 8666-1993.

A acusada foi denunciada pela suposta prática do crime capitulado no art. 89 da Lei de licitações, ou seja, por *dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade*.

Na peça acusatória consta que a imputada, quando exercia o cargo de Gestora do Fundo Municipal de Assistência Social de Aratuba, no período de abril a dezembro de 1998, efetuou as seguintes despesas sem a realização do devido certame licitatório:

- 1) despesas com aquisição de material de construção, no valor de R\$25.855,32 com vários credores (fls. 38);
- 2) despesas com serviço de frete, no valor de R\$14.087,99, com vários credores (fls. 36-38);
- 3) despesas com aquisição de gêneros alimentícios, no valor de R\$11.692,54 (fls. 39).

A constatação foi feita pelo TCM, que culminou com o Acórdão n. 1573-2004 (fls. 54-58), confirmado pelo Acórdão n. 4119-2006 (fls. 59-66). Ressalte-se que o TCM imputou nota de improbidade pela ausência de licitação (fls. 57).

Ressalte-se que o próprio Ministério Público Especial atuante junto ao TCM representou em desfavor da acusada (fls. 28-31).

A denúncia trouxe toda a prova documental pertinente (fls. 04-73).

Denúncia recebida às fls. 75.

Interrogatório às fls. 85-86, no qual a denunciada diz que não se recorda de ter realizado tais despesas. Fala que nunca autorizou a aquisição de material de construção, nem serviço de frete, muito menos, gêneros alimentícios. Informou que em sua gestão houve entrega de material de construção e gêneros alimentícios, mas tudo era licitado em outras secretarias, tais como, Secretaria de Obras. Os gêneros alimentícios eram fornecidos diretamente pelo Prefeito e os carros também vieram diretamente do Prefeito e acha que houve uma licitação.

Defesa prévia às fls. 102-103, na qual não foram arroladas testemunhas.

Os autos vieram-me com vistas.

É o relatório. Segue manifestação.

É sabido e consabido que, no Direito Administrativo Brasileiro, a regra é a obrigatoriedade de licitação tanto para aquisição de bens como para que haja prestação de serviços para a Administração, tendo como fundamento a norma constitucional constante no art. 37, inciso XXI, *in litteris*:

Art. 37- (...)

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.

Saliente-se ainda a norma infraconstitucional, o art. 2º, da Lei n.º 8.666/93, no seguinte teor:

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.

O Estatuto de Licitações permite como ressalva à obrigação de licitar, a contratação direta através de processos de inexigibilidade e dispensa de licitação, desde que preenchidos os requisitos previstos na lei.

Na dispensa de licitação, há possibilidade de competição. Todavia, admite-se a dispensa de licitação, pois, nos casos arrolados em lei (art. 24 da Lei 8.666/93), a licitação seria objetivamente inconveniente, uma vez que a relação custo-benefício restaria desequilibrada e a contratação direta seria mais vantajosa. Assim, a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração.

Observa-se que a lei enumerou expressamente as hipóteses de dispensa de licitação, sendo este rol taxativo, segundo posicionamento uníssono da doutrina pátria. Neste sentido, as lições do renomado Jessé Torres Pereira Júnior:

"As hipóteses de dispensabilidade do art. 24 constituem rol taxativo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrer uma das situações previstas na lei federal. Lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno da entidade vinculada não poderá criar hipótese de dispensabilidade".

Em se tratando de serviços, o prazo para a aferição do limite do valor é anual. Neste diapasão, merece citar, outrossim, decisão do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, no seguinte teor:

"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.º 8.666/93, com a alteração dada pela Lei 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".

Vale destacar também o posicionamento do ilustre Carlos Pinto Coelho Motta:

"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.º 8.666/93. A Lei n.º 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.º 8.666/93, seja na Lei n.º 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".

O caso em tela trata da dispensa indevida de licitação. Verifica-se que a gestora deixou de proceder ao certame licitatório quando deveria fazê-lo. A dispensa de licitação dos autos não encontra base legal, pois as despesas realizadas ultrapassam o limite legal para a dispensa devida, que é de R\$8.000,00. Veja-se o art. 24, II, da Lei de Licitações:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

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 realizado de uma só vez (R\$ 8.000,00)".

O inciso II do art. 24 da Lei de Licitações contempla apenas as hipóteses de serviços e compras. No que toca às compras promovidas pela Administração Pública, devem ser precedidas de planejamento e ocorrer em períodos preestabelecidos. Em geral, a compra ou serviço deve ser feito de uma só vez, pela modalidade compatível com a estimativa da totalidade do valor a ser adquirido, mas sempre será permitida a cotação por item.

Niebuhr¹⁶ traz exemplo pertinente:

“A título ilustrativo, imagine-se serviço que a Administração Pública necessite contratar por todo o exercício financeiro, cujo valor total seja de R\$16.000,00, Tal valor não justifica a dispensa prevista no inciso II do artigo 24, cujo limite, repita-se, é de R\$8.000,00. No entanto, o agente administrativo, para se ver livre dos rigores da licitação pública, em vez de proceder a ela, divide o contrato em duas parcelas, a primeira de 01 de janeiro até 31 de junho e, a segunda, de 01 de julho até 31 de dezembro, cada qual no valor de R\$8.000,00, realizadas com suposto fundamento na dispensa encartada no inciso II o artigo 24. Esse procedimento incompatível com a legislação, mesmo porque, se admitido fosse, os contratos poderiam ser sucessivamente repartidos, repartindo-se, por conseqüência, os seus respectivos valores, tudo para subsumi-los aos limites que autorizam a dispensa, que seria multiplicada em proporções geométricas, pondo-se uma pá de cal na norma programática constitucional inserta na parte inicial do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal”.

No caso dos autos, as despesas com frete, material de construção e gêneros alimentícios, realizadas durante o exercício financeiro, deveriam ter sido somadas a fim de que fosse realizada a licitação na modalidade cabível.

O fracionamento de despesa é permitido pelo art. 23 da Lei n. 8.666/93 e indica a repartição da execução de um certo objeto em diversos contratos de valor reduzido que são executados conjuntamente e simultaneamente, de modo a atender à satisfação integral da necessidade pública.

¹⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Art. 23.

(...)

§ 1º. As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

§ 2º. Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

Aponte-se jurisprudência do TCU que explica os §§ 1º e 2º do art. 23, supra citado:

“ O § 1º do art. 23 da Lei n. 8666-93 estabelece a possibilidade de a Administração fracionar o objeto em lotes ou parcelas desde que haja viabilidade técnica e econômica. Nos termos do § 2º, o fracionamento da contratação produz a necessidade de realização de diversas licitações. O fundamento do parcelamento é, em última instância, a ampliação da competitividade que só será concretizada pela abertura de diferentes licitações. Destarte, justifica-se a exigência legal de que a licitação distinta para cada lote de serviço total almejado.” (Acórdão n. 2393-2006, Plenário, rel. Min. Benjamim Zymler).

O fracionamento respeita limites de ordem técnica – respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado – e econômica – não aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração.

Segundo entendimento do Plenário do TCU, Acórdão n. 1089-2003, não se pode olvidar é que, não obstante promovido o fracionamento, deverá observar-se a modalidade cabível para o valor total da contratação.

Vale apontar a lição de Marçal Justen Filho:

“Os §§ 2º, in fine, e 5º do art. 23 devem ser interpretados conjuntamente. Determinam que a pluralidade de licitações, embora acarretando a redução da dimensão do objeto licitado, não podem conduzir à modificação da modalidade de licitação. Seguindo o mesmo princípio, a Lei veda que o fracionamento produza dispensa de licitação fundada no preço inferior ao limite mínimo (art. 24, I e II)”.

(...)

“A determinação da obrigatoriedade de licitação e a escolha da modalidade cabível devem fazer-se em face do montante conjunto de todas as contratações, independentemente de fracionamento!¹⁷”

Este entendimento foi consagrado pelo TCU:

“É vedado o fracionamento de despesas para a adoção de dispensa de licitação ou modalidade de licitação menos rigorosa que determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado. Fracionamento refere-se a despesa¹⁸”.

O fracionamento é indevido quando a Administração realiza diversas contratações de objetos similares, ao longo do tempo. O art. 23 obriga a considerar todas as contratações que serão realizadas ao longo do exercício orçamentário, dimensionando o cabimento e a modalidade licitatória aplicável em face do somatório global.

A Administração deve prever as contratações de objetos semelhantes, necessárias ao longo do exercício.

O art. 24, I e II da Lei de Licitações determina que a dispensa somente será cabível quando as contratações não se refiram a parcelas de uma mesma obra, serviço ou compra.

REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA E ODONTOLÓGICA – LEI 8666/1993, ART. 23, § 1º CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA VIABILIDADE ECONÔMICA DE FRACIONAMENTO DO OBJETO A SER LICITADO – IMPROCEDÊNCIA DAS JUSTIFICATIVAS – PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, MÁ-FÉ OU IRREGULARIDADE QUE ENSEJE APLICAÇÃO DE MULTA – DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO – 1- Nos termos do § 1º do art. 23 da lei 8666/1993, sempre que técnica e economicamente viável, os serviços médico-hospitalares e odontológicos devem ser contratados separadamente, a fim de garantir competitividade

¹⁷ Ob. Cit. p. 262.

¹⁸ Licitações & Contratos – Orientações Básicas, Brasília: TCU, Secretaria de Controle interno, 2003, p. 31.

das licitações e obtenção de propostas mais vantajosas para a administração. 2- Na aferição da viabilidade econômica de fracionamento do objeto a ser licitado, os custos de administração dos futuros contratos devem ser cotejados com os custos econômicos das contratações, a fim de que se apure, de forma global, as vantagens ou desvantagens para o poder público nas hipóteses de cissão ou não. (TCU – Proc. 000.117/2008-9 – (AC-0677-12/08) – Rel. Aroldo Cedraz – DOU 18.04.2008).

PEDIDOS DE REEXAME CONTRA O ACÓRDÃO Nº 1.780/2007-TCU-PLENÁRIO PROFERIDO EM SEDE DE DENÚNCIA DE IRREGULARIDADES EM LICITAÇÕES NA COMPANHIA ENERGÉTICA DO PIAUÍ (CEPISA) – INOBSERVÂNCIA DO ART. 23, § 5º, DA LEI Nº 8.666/93 – MULTA – CONHECIMENTO – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A ALTERAR A DELIBERAÇÃO RECORRIDA – NEGATIVA DE PROVIMENTO – É indevida a realização de licitações distintas para a contratação de serviços de mesma natureza, mesmo em locais diversos, quando os potenciais interessados são os mesmos, por contrariar o art. 23, § 5º, da lei nº 8.666/93. (TCU – Proc. 005.517/2005-9 – (AC-0832-17/08) – Rel. Valmir Campelo – DOU 14.05.2008).

Assim sendo, entende-se que os fracionamentos realizados foram indevidos, pois foram utilizados para acarretar a dispensa indevida de licitação.

Por tais fatos, entende-se que a acionada dispensou e deixou de exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, incidindo nas tenazes do art. 89 da Lei de Licitações.

As provas dos autos são suficientes para embasar o decreto condenatório.

Mercê do exposto, esta Representante do Ministério Público pugna pela procedência da denúncia e consequente CONDENAÇÃO da acusada nas penas do art. 89 da Lei n. 8666-93.

Aratuba, 03 de novembro de 2009.

Dra. Aspázia Regina Moreira Azevedo
Promotora de Justiça