



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo Nº: 72109319

PARECER PGE/PCA Nº 01343/2015

Interessadas: Junta Comercial do Estado – JUCEES e Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos - SEGER.

Assunto: Consulta. Dispensa de Licitação, art. 24, inciso II da Lei nº 8.666/93. Fracionamento de despesa. Critérios para observância do limite de valor.

Trata-se de consulta apresentada pela JUCEES à SEGER, e, posteriormente, encaminhada a esta PGE, visando uma análise da dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso II da Lei nº 8.666/93, de modo a orientar à Administração Pública Estadual, visando uniformidade do entendimento entres as Secretarias e Órgãos do Estado, conforme fls. 10/11 dos autos.

Distribuído a PCA/PGE, coube-nos o exame e parecer.

O Art. 2º da Lei nº 8.666/93, em harmonia com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, criou, como regra geral, a obrigatoriedade de prévia licitação para os casos em que obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da administração pública, sejam realizados por terceiros. Criou-se, assim, a presunção de que a prévia licitação produz para a Administração Pública sempre a melhor contratação, ou seja, aquela que lhe assegura a maior vantagem possível¹.

¹ FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 9.ed. Dialética: 2002, p. 39 e 230.





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Ocorre que a própria Lei nº 8.666/93 tratou de limitar a presunção segundo a qual a prévia licitação sempre proporciona a melhor contratação, reconhecendo que existem situações em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução dos interesses públicos³. O legislador enumerou, assim, as circunstâncias que ensejariam exceção à obrigação geral de licitar, através dos mecanismos denominados licitação dispensada (art. 17), licitação dispensável (art. 24) e licitação inexigível (art. 25).

O Órgão Consultante consulta-nos sobre a contratação direta com fulcro no art. 24, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, apresentando a indagação de fls. 11 dos autos, assim expressada:

“1. Qual referência deve-se utilizar para verificarmos se a despesa está dentro do valor limite estabelecido no inciso II, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, se:

- a) Classificação orçamentária (elemento ou subelemento de despesa);
- b) Objeto exato a ser contratado/adquirido;
- c) Natureza (idêntica ou similar) do objeto a ser contrato/adquirido;
- d) Algum outro.”

³ Ob. cit. p. 230

³ Ob. cit. p. 230

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2015.02.001568



PGE/ES
PCA

Fls. N°

Nº. Processo

R:

15
72109319

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

O art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/93, preconiza que:

“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 realizada de uma só vez;” (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998). Grifamos.

Na forma do dispositivo retro, pois, a licitação poderá ser dispensada para contratação de serviços e compra cujo valor global não ultrapasse o limite de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, o limite de valor para dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/93, deve ter como parâmetro o valor total da contratação, não podendo ter como referência valores de eventuais parcelamentos de seu objeto.

Não se permite, portanto, dividir despesa para efetuar contratação direta, sob pena de burla à legislação.

Nesse sentido, veja-se o entendimento do TCU:

*“Observe o art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e não fracione despesas, em especial, utilizando dispensa de licitação para despesas acima de R\$ 8.000,00, ou seja, realize o devido processo licitatório”.
(Acórdão 262/2006 Segunda Câmara)*

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2015.02.001568





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Verifica-se que o legislador infraconstitucional trouxe a possibilidade de contratação direta quando a Administração for contratar num valor cuja relação custo-benefício apresenta desfavorável a realização da licitação.

Um cuidado que se deve ter ao utilizar o dispositivo citado é de verificar que o **objeto a ser contratado não possui outros de natureza similar**, cujo montante, no exercício financeiro respectivo, não ultrapasse o valor de R\$ 8.000,00 sob pena de se configurar aquilo que se intitula de "parcelamento de despesa".

Assim, uma vez verificado que o montante da despesa envolvendo **objeto da mesma natureza** não ultrapassa o valor aqui mencionado, nada obsta que a contratação se opere sem licitação nos termos do art. 24, II da Lei de Licitações.

Ensina Marçal Justen Filho⁴ que:

"8.1) Somatório de parcelas

A Lei nº 8.883 alterou a redação do inc. I. No texto anterior, aludia-se a contratações que pudessem ser realizadas "simultânea ou sucessivamente". A reforma de 1994 eliminou dos incs. I e II do art. 24 a ressalva quanto à "sucessividade". O tema tem estrita relação com o problema do fracionamento das contratações, objeto de disciplina no art. 23, § 5º. Bem por isso, os comentários deduzidos a propósito daquele dispositivo aplicam-se ao art. 24, incs. I e II.

Ou seja, é perfeitamente válido (eventualmente, obrigatório) promover fracionamento de contratações. Não se admite, porém, que o fracionamento conduza à dispensa de licitação. É inadmissível que se promova dispensa de licitação fundando-se no valor de contratação que não é isolada. Existindo pluralidade de contratos homogêneos, de objeto similar, considera-se seu valor global tanto para fins de aplicação do art. 24, incs. I e II, como relativamente à determinação da modalidade cabível de licitação.

Não se admite o parcelamento de contratações que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. Seria permitido o parcelamento para contratações sucessivas? Não há resposta absoluta. Depende das

⁴ In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, edit. Dialética, São Paulo 2005, p. 235.





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

circunstâncias, tal como exposto a propósito do art. 23, § 5º, especialmente quanto ao princípio da moralidade. Significa que, sendo previsíveis diversas aquisições de objetos idênticos, deve considerar-se o valor global. A regra subordina a Administração ao dever de prever todas as contratações que realizará no curso do exercício. Não se vedam contratações isoladas ou fracionadas proíbe-se que cada contratação seja considerada isoladamente, para fim de determinação do cabimento de licitação ou modalidade cabível. Se a contratação superveniente derivar de evento não previsível, porém, nenhum vício existirá em tratar-se os dois contratos como autônomos e dissociados.”

O TCU⁵ Sobre Fracionamento de Despesa indica que:

Fracionamento de Despesa. A Lei nº 8.666, de 1993, em seu art. 23, § 5º, veda o fracionamento de despesa. O fracionamento se caracteriza quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa, ou para efetuar contratação direta. Por exemplo, a lei impede a utilização da modalidade convite para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços de idêntica 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. Da mesma forma, a utilização de várias tomadas de preços para se abster de realizar concorrência. Em outras palavras, é vedada a utilização de modalidade inferior de licitação quando o somatório do valor a ser licitado caracterizar modalidade superior. Por exemplo: • convite, quando o valor determinar tomada de preços ou concorrência; ou • tomada de preços, quando o valor for de concorrência. Em resumo, se a Administração optar por realizar várias licitações ao longo do exercício financeiro, para um mesmo objeto ou finalidade, deverá preservar sempre a modalidade de licitação pertinente ao todo que deveria ser contratado. Vale dizer, ilustrativamente: se a Administração tem conhecimento de que, no exercício, precisará substituir 1.000 cadeiras de um auditório, cujo preço total demandaria a realização de tomada de preços, não é lícita a realização de vários convites para compra das cadeiras, fracionando a despesa total prevista em várias despesas menores que conduzem a modalidade de licitação inferior à exigida pela lei. A legislação não considera fracionamento a contratação de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diferente daquela do executor da

5

http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/10%20Fracionamento%20de%20Despesa.pdf

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2015.02.001568





Governo do Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Estado

obra ou serviço. Muitas vezes o fracionamento ocorre pela ausência de planejamento do quanto vai ser efetivamente gasto no exercício para a execução de determinada obra, ou a contratação de determinado serviço ou ainda a compra de determinado produto. O planejamento do exercício deve observar o princípio da anualidade do orçamento. Logo, não pode o agente público justificar o fracionamento da despesa com várias aquisições ou contratações no mesmo exercício, sob modalidade de licitação inferior àquela exigida para o total da despesa no ano, quando decorrente da falta de planejamento."

Vejamos outras DELIBERAÇÕES DO TCU:

"Evite a fragmentação de despesas, caracterizada por aquisições freqüentes dos mesmos produtos ou realização sistemática de serviços da mesma natureza em processos distintos, cujos valores globais excedam o limite previsto para dispensa de licitação a que se referem os incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/1993". Acórdão 1386/2005 Segunda Câmara

"Planeje adequadamente as aquisições e/ou contratações a fim de evitar o fracionamento da despesa, em observância ao art. 23, §5º, da Lei nº 8.666/1993". Acórdão 740/2004 Plenário

"Atente para o fato de que, atingido o limite legalmente fixado para dispensa de licitação, as demais contratações para serviços da mesma natureza deverão observar a obrigatoriedade da realização de certame licitatório, evitando a ocorrência de fracionamento de despesa". Acórdão 73/2003 Segunda Câmara

"Planeje as compras de modo a evitar a realização de despesas que possam caracterizar fracionamento, tendo em vista o disposto no inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993". Acórdão 165/2001 Plenário

"Com o intuito de evitar o fracionamento de despesa, vedado pelo art. 23, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, utilizar-se, na aquisição de bens, do sistema de registro de preços de que tratam o inciso II. e §§ 1º e 4º, do art. 15, da citada Lei, regulamentado pelo Decreto nº 2.743 de 21.8.1998". Decisão 472/1999 Plenário

"Vê-se, pois, que o Estatuto das Licitações, ao vedar o fracionamento de despesas, pretendeu preservar a competitividade dos certames licitatórios, obrigando a que as obras e os serviços realizados no mesmo local fossem englobados em uma única licitação, de maior valor. Interpretando-se a norma de forma sistêmica, orientados pelo princípio da isonomia que norteou sua promulgação, só se pode conceber que a menção a um "mesmo local" tenha

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2015.02.001568





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

por objetivo único permitir o maior aproveitamento das potencialidades regionais, observando-se a área geográfica de atuação das empresas que executam os serviços ou obras a serem contratados."TCU – Acórdão 167/2001 – Plenário.

Parcelamento do objeto e princípio da economicidade

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades em licitação conduzida pela Base de Fuzileiros Navais do Rio Meriti, cujo objeto era a compra de gêneros alimentícios. Entre as supostas irregularidades estaria a *"inclusão de itens heterogêneos no grupo 9, como carne, aves e peixes, com indícios de restrição à competitividade"*, por se tratar de itens geralmente comercializados de forma autônoma. Segundo os responsáveis, *"todos os itens envolvem fornecedores da área frigorífica, pequeno espaço para armazenagem dos produtos na Base de Fuzileiros, necessidade de entregas semanais em pequenas quantidades, e experiências anteriores com a adjudicação de tais produtos por item, situação na qual as contratadas sistematicamente se recusavam a entregar os produtos sob o alegado aumento do custo com os fretes"*. Dessa recusa decorreriam alguns problemas, tais como a necessidade de instauração de procedimento para aplicação de penalidades e o risco de colapso no abastecimento de gêneros de primeira necessidade. A unidade técnica que atuou no feito, ao constatar que, se fosse efetivada a adjudicação por itens, haveria redução de 21,5% no valor final do Grupo 9, questionou a economicidade da decisão. Ponderou ainda, a título de exemplo, que a compra de câmaras frigoríficas para o órgão possibilitaria a aquisição de cada item separadamente, não sendo mais impositiva a entrega em pequenas quantidades, fator de aumento do custo. Levando em conta que a administração da Base de Fuzileiros Navais, tão logo tomou conhecimento dos questionamentos do TCU, resolveu revogar o aludido certame, considerou o relator pertinente a expedição de recomendação ao órgão no sentido de que *"efetue estudos avaliando, dentre outros aspectos julgados pertinentes, o resultado das licitações realizadas (por lotes e por item) em relação aos preços finais propostos, a execução contratual, a situação do mercado local e regional e a necessidade ou oportunidade de compra de câmaras frigoríficas, objetivando identificar, a partir dos elementos objetivos colhidos, a melhor opção para a aquisição de gêneros alimentícios com foco em fatores técnicos e econômicos"*. O Plenário, por unanimidade, acolheu a proposta do relator. *Acórdão n.º 501/2010-Plenário, TC-025.557/2009-4, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 17.03.2010.*

Portanto, a motivação do ato de dispensa de licitação é fundamental na legalidade ou não da contratação, e é exigida pelo art. 32 e art. 45 § 2º da Constituição Estadual c/c parágrafo único do art. 4º da Lei nº 8.666/93.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2015.02.001568



PGE/ES
PCA

Fls. N°

Nº. Processo

R:

20
72109319

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

A justificativa suficiente e a razoabilidade, nos termos do art. 45 § 2º da Constituição Estadual⁶, devem ser exaradas nos respectivos processos administrativos.

Aliás, o art. 32 da Constituição Estadual, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 73/2011, disciplina que:

“Art. 32. As administrações públicas direta e indireta de quaisquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e motivação, e também aos seguintes:”

A regra do art. 24, inciso II da Lei nº 8.666/93 subordina a Administração ao dever de prever todas as contratações que realizará no curso do exercício⁷. Não se vedam contratações isoladas ou fracionadas proíbe-se que cada contratação seja considerada isoladamente para fins de dispensa. Caminha nesse sentido a atual, iterativa e notória jurisprudência do TCU:

“Abstenha-se de contratar serviços por dispensa de licitação quando o total das despesas anuais não se enquadrar no limite estabelecido pelo art. 24, inciso II, da Lei no 8.666/1993”. **Acórdão 1705/2003 Plenário.**

“Realize planejamento de compras a fim de que possam ser feitas aquisições **de produtos de mesma natureza de uma só vez**, pela modalidade de licitação compatível com a estimativa da totalidade do valor a ser adquirido, abstendo-se de utilizar, nesses casos, o art. 24, inciso II, da Lei no 8.666/1993 para justificar a dispensa de licitação, por se caracterizar fracionamento de despesa. **Acórdão 367/2010 Segunda Câmara.**

⁶ Art. 45.

§ 2º São requisitos essenciais à validade do ato administrativo, além dos princípios estabelecidos no art. 32, caput, a motivação suficiente e a razoabilidade.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética. 2012. p. 335/336.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2015.02.001568



PGE/ES
PCA

Fls. N°

Nº Processo

R:

21
72109319
02

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Roberta Lima Vieira⁸, Procuradora Federal, escreve sobre o assunto em questão, trazendo a visão da doutrina e decisões do TCU:

"(...)

III A NATUREZA DA DESPESA COMO ELEMENTO DETERMINANTE NA AVALIAÇÃO DO FRACIONAMENTO ILEGAL

A questão controversa remanesce, portanto, em torno da natureza da despesa para fins de constatação do limite de valor para dispensa ou enquadramento na modalidade legal. E pode-se dizer que há verdadeira polêmica em torno do assunto, que pode ser traduzida pelo trecho abaixo, extraído da obra de Marçal Justen Filho, senão veja-se:

"Apesar disso, a maior parte dos aplicadores do Direito (especialmente os Tribunais de Contas) continuaram a interpretar a questão tal como se a regra não tivesse sido revogada. Mais ainda, ampliaram prazos e estabeleceram imposições no sentido de que o somatório deveria abranger, por exemplo, todas as aquisições de objeto semelhante realizadas ao longo do exercício orçamentário. Dito de outro modo, **a determinação da modalidade cabível de licitação deixaria de vincular-se ao valor da contratação e passaria a depender do montante da rubrica orçamentária.** Como se não bastasse, difundiu-se inclusive a concepção de que deveriam tomar-se em vista as rubricas mais amplas e não as específicas. Assim, por exemplo, toda e qualquer aquisição de material de escritório teria de tomar em vista o montante global a ser desembolsado pela unidade ao longo do exercício. Se fosse o caso de adquirir cem canetas, seria necessário adotar a modalidade cabível para o montante global a ser desembolsado durante o exercício para todo e qualquer material de escritório." (grifou-se)

De tal modo, constatar-se-ia o fracionamento ilegal quando se ultrapassasse os limites legais para cada modalidade licitatória ou para a dispensa em razão do valor, considerando a despesa a partir de sua classificação orçamentária por grupo, e não por item.

Assim, dentro de um mesmo exercício financeiro, não se admitiria a contratação por dispensa de despesa cuja rubrica orçamentária fosse

⁸

A aplicação do art. 24, II, in fine, da Lei nº 8.666/1993, na contratação de cursos de capacitação para servidores públicos e a vedação ao fracionamento de despesa (http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11388)

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2015.02.001568





Governo do Estado do Espírito Santo

Procuradoria Geral do Estado

a mesma da dispensa anterior e que, somadas, ultrapassassem o limite de R\$ 8.000,00 (oito mil reais). Ou também que se contratasse por diversos convites uma mesma despesa orçamentária, cujos objetos, somados, desconfigurariam a modalidade utilizada em decorrência do valor.

A controvérsia é tamanha a respeito da questão que o próprio Tribunal de Contas da União ("TCU") vem julgando as contas, não com base em premissas claras, mas sim calcado em análises casuísticas. Confira-se o trecho abaixo extraído do Acórdão 1426/2009 Plenário:

"Análise

20. É certo que o § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93 determina à Administração o parcelamento de obras, serviços e compras em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis. Entretanto, o que a legislação e a doutrina desta Corte reprimem é a invocação desse mecanismo como fundamento para evitar a licitação ou para aplicar a modalidade inadequada, conforme se pode depreender do seguinte trecho da doutrina de Marçal Justen Filho:

"4.2.1) A interpretação conjugada dos diversos dispositivos

Os §§ 2º, in fine, e 5º do art. 23 devem ser interpretados conjugadamente. 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, incs. I e II).

Não há vedação ao fracionamento (excluídas as hipóteses em que isso acarretar prejuízos econômicos à Administração ou em que haja impedimento de ordem técnica). O que se proíbe é o fracionamento ser invocado como pretexto para modificação do regime jurídico aplicável à licitação. 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.

Essa orientação foi consagrada, de modo indireto, pelo próprio TCU, em publicação oficial. Asseverou-se que **"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. Lembre-se:**

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2015.02.001568





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

fracionamento refere-se à despesa." A explícita ressalva final destina-se a destacar que o problema fundamental não se relaciona propriamente com o fracionamento da contratação, mas com a invocação desse fracionamento como fundamento para evitar a licitação ou para aplicar a modalidade adequada."

20.1 Deve-se mencionar que a análise do que é ou não fracionamento indevido não pode ser feita com uma fórmula genérica, aplicável a todos os casos. No dizer de Marçal Justen Filho:

"Se a Administração necessitar de certo objeto e puder contratá-lo para execução conjunta e concomitante, não será admissível que produza uma dissociação artificial apenas para evitar a licitação ou simplificar a modalidade cabível. Mas isso depende da análise do caso concreto e das circunstâncias de cada hipótese. Não há soluções aplicáveis de modo absoluto, estabelecidas de antemão. Mais precisamente, estabelecer soluções absolutas e de antemão conduz a resultados despropositados e claramente inadequados em face do interesse público."

20.4.1 O § 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93 veda 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."

20.4.2 Entretanto, no dizer de Marçal Justen Filho:

"As duas regras extraídas do § 5º são excepcionadas pela parte final do dispositivo. Se houver parcela de "natureza específica", ainda que integrante do todo, cuja execução envolver alguma especialização, não se aplica o dever de somatório.(...)"

20.5.2 No caso em análise, o somatório dos valores dos convites, realizados ao longo do exercício de 2003, perfaz R\$ 103.436,75, adentrando na faixa definidora para adoção de tomada de preços.

20.5.3 Entretanto, ainda que não se adote o entendimento do ilustre doutrinador, entendemos que a programação dessas contratações para todo o exercício orçamentário reveste-se de exacerbado rigor. A demanda pelo tipo de materiais contratados,



PGE/ES
PCA

Fls. N°

Nº. Processo

R:

24
72109319
R:

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

de expediente e consumo, é corriqueira, fracionária e ocorre ao longo de todo o ano. Seria muito difícil prever com precisão o quantitativo que seria necessário ao longo de um período tão longo como um ano. Uma tentativa nesse sentido certamente levaria à uma estimativa a maior ou a menor que a necessária.” (grifou-se)

Da análise desse aresto se depreende que o próprio TCU mitigou, de certa forma, o rigor na avaliação da previsibilidade de despesas, mesmo aquelas relativas a material de expediente. De toda sorte, não firmou um entendimento capaz de permitir certa margem de segurança ao administrador, uma vez que a análise quanto à ocorrência ou não de fracionamento ilegal de despesa ficou à mercê da subjetividade do julgador.

Nesse contexto, a conclusão para a suposta irregularidade estudada naquela hipótese do acórdão acima restou assim julgada:

“Com relação às licitações, de idêntico objeto, para a aquisição de materiais de limpeza e descartáveis, observa-se que foram realizados três procedimentos licitatórios na modalidade convite no exercício de 2003, com datas de julgamento de 6/3/2003, 5/12/2003 e 10/12/2003.

Nada obstante o somatório dos valores dos convites tenha atingido o valor de R\$ 103.436,75, adentrando na faixa definidora da modalidade “tomada de preços”, a Serur entendeu que a irregularidade poderia ser afastada, considerando-se as seguintes circunstâncias:

- a) dificuldade de se prever com precisão o quantitativo que seria necessário ao longo de um período de tempo extenso como um ano, vez que a demanda pelo tipo de materiais contratados, de expediente e consumo, normalmente é corriqueira e fracionária;*
- b) da contratação inicial à segunda (Convites nos 2 e 32/03), decorreram nove meses, período que indica um adequado planejamento quantitativo da primeira aquisição;*
- c) os gestores evitaram um fracionamento maior das aquisições ao adotarem a prática da licitação por itens, aglutinando numa mesma contratação uma disparidade enorme de materiais necessários ao dia-a-dia da companhia; e*
- d) o único somatório que não se mostra justificável, no presente caso, seria o dos Convites nos 32 e 33/2003, realizados no mesmo mês, cujo valor, todavia, não ultrapassa a faixa definidora da*

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2015.02.001568





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

modalidade convite, razão pela qual não se incidiu em nenhuma irregularidade.

No que diz respeito à aquisição de produtos de informática, foram realizados o Pregão 2/03 (em 14/4/2003) e os Convites 13/03 (em 11/9/2003), 20/03 (em 14/10/2003) e 35/03 (em 19/12/2003), tendo por objeto, respectivamente, aquisição de cartuchos para impressoras, aquisição de computadores, aquisição de software Autodesk e aquisição de cartuchos, toners e fitas para impressoras.

A Serur destacou inicialmente a inexistência de impedimento para a realização do Pregão 2/03 e do Convite 35/03, de objeto parcialmente idêntico, vez que a legislação do pregão não especifica modalidades com base em valores, como o faz a Lei nº 8.666/93.

Além disso, ainda que se houvesse adotado a modalidade "convite" em ambas as aquisições, ter-se-ia um lapso temporal razoável, de cerca de oito meses, entre as mesmas, o que, no entendimento da Serur mostra-se suficiente para caracterizar sua regularidade, dada a dificuldade de se prever, com precisão, o quantitativo necessário dos referidos produtos ao longo de um ano.

Ressalte-se, ainda, o fato de que as demais aquisições, quais sejam, a de computadores e a de software, possuem características distintas entre si, bem como com relação às aquisições de cartuchos, toners e fitas para impressoras.

Por fim, no que atine aos demais contratos analisados, a Serur observou que, muito embora houvesse sido constatado o fracionamento indevido do objeto, a somatória dos valores não excedeu os limites previstos para as respectivas modalidades licitatórias, o que afastaria a irregularidade.

Assim, diante dessas considerações, comungo do entendimento da Unidade Técnica no sentido de acolher as razões apresentadas pelos recorrentes, quanto a este tópico."

Muito embora haja a ressalva do entendimento de Marçal Justen Filho no sentido de que a lei não impôs que a fixação da modalidade cabível de licitação esteja vinculada com a classificação orçamentária da despesa, certo é que essa tem sido a solução difundida entre os tribunais de contas, fato, inclusive, reconhecido pelo d. doutrinador.

Nesse contexto, a despeito de se poder contar com a flexibilização traçada pelo acórdão cujos trechos acima foram transcritos, percebe-se que a maior parte das análises de contas tem se rendido ao critério da rubrica orçamentária para identificar se houve fracionamento

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2015.02.001568





Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

ilegal de despesa.

Outra medida de segurança seria evitar contratações sucessivas com certa proximidade entre as transações para impedir que as operações fossem visualizadas em conjunto, de modo a se caracterizar o fracionamento irregular das despesas.

Assim, recomendável seria a identificação, no que for previsível, dos objetos de mesma natureza ou natureza similar a serem contratados dentro do mesmo exercício financeiro, buscando-se utilizar a modalidade pertinente ao somatório dos valores estimados.

Nesse contexto, foram colacionados abaixo trechos extraídos de acórdãos do TCU que revelam as conclusões acima consignadas:

“9.4.4. realize, periodicamente, planejamento eficaz de aquisição de bens semelhantes, a fim de afastar a possibilidade de incorrer em fracionamento ilegal de despesas e fuga a procedimento licitatório, utilizando-se do processo de dispensa apenas como medida de exceção, a exemplo do decidido mediante o Acórdão n. 1670/2005-1ª Câmara;

[VOTO]

6. Contudo, observo que sobressaem as seguintes ocorrências que, pelas suas características, possuem gravidade suficiente para macular as contas dos gestores: fracionamento de despesas e fuga a procedimentos licitatórios, em especial no que concerne a compras efetuadas por dispensa de licitação [...].

7. Quanto aos fracionamentos de despesas constatados, verifico que estes são decorrência da ausência de planejamento nas compras realizadas pela entidade, pois ao invés de efetuar previsão anual de produtos a serem adquiridos, mediante licitação única para cada tipo de aquisição, o Senai/AP acabou por realizar certames separados. Tal fato ocorreu, por exemplo, nos Convites [...] efetuados para aquisição de equipamentos para o setor eletroeletrônico.

8. Especificamente quanto à realização de compras diluídas ao longo do exercício em substituição à efetivação de uma aquisição única, relacionada a um mesmo objeto, é importante destacar que a entidade, adotando tais procedimentos, deixa de obter ganhos de economia de escala, pois, por meio de contratações de maior vulto, são negociados descontos mais elevados nos preços praticados.

9. Ademais, as ocorrências detectadas de dispensas de licitação indevidas, bem como o fato de terem sido efetivados vários convites em substituição à realização de concorrência, em fuga ao





PGE/ES
PCA 27
Fls. N°
Nº. Processo 72109311
R:

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

procedimento licitatório previsto na legislação, tendem a ocasionar contratações com preços finais menos vantajosos para a entidade, pois, nas aquisições efetuadas, deixaram de ser adotadas licitações em modalidades que garantiriam maior competitividade entre os fornecedores.

10. Ainda no tocante às dispensas de licitação efetuadas de forma indevida, verifico que foram feitas aquisições, nos valores de R\$ 16.436,00 (material de informática) e de R\$ 6.667,17 (material de consumo) que, analisadas em conjunto com outras irregularidades verificadas nesses autos, caracterizam contexto de má gestão, com gravidade suficiente para ocasionar o julgamento pela irregularidade das contas." "AC-5266-44/08-1; Sessão: 02/12/08 Grupo: I, Classe: II Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa - TOMADA E PRESTAÇÃO DE CONTAS

"Denúncia acerca de supostas irregularidades praticadas na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e ECT na contratação de reformas de agências]

[ACÓRDÃO]

9.3. determinar à Diretoria Regional Rondônia/Acre da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) que:

9.3.1. realize planejamento anual dos serviços e obras a serem contratados e utilize a modalidade de licitação recomendada em função do valor do somatório dos serviços e obras de natureza semelhante, com vistas a observar a regra do parcelamento prevista no art. 23, §§ 1º e 5º, da Lei nº 8.666/93, de modo a assegurar o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade sem perda da economia de escala;" AC-0623-11/08-P Sessão: 09/04/08 Grupo: II Classe: VII Relator: Ministro Ubiratan Aguiar - FISCALIZAÇÃO DENÚNCIA

"Representação. Licitação. Fracionamento de despesa.]

[ACÓRDÃO]

1.6.2. à Prefeitura Municipal de Pau dos Ferros/RN que:

1.6.2.1. planeje as compras a serem realizadas com recursos federais, com previsão de execução parcelada do objeto, abstendo-se de realizar vários convites e/ou compras diretas, com dispensa de licitação, para objetos idênticos ou semelhantes, de conformidade com os arts. 15, inciso IV e § 7º, inciso II, 22 e 23 da Lei n. 8.666/1993, evitando o fracionamento de despesa, salvo se a modalidade de licitação escolhida permitir, comprovadamente, o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade sem perda da economia de escala, nos termos do § 1º do art. 23 da lei acima referida; AC-4471-30/09-2 Sessão: 01/09/09 Relator: Ministro BENJAMIN ZYMLER - FISCALIZAÇÃO

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2015.02.001568





PGE/ES
PCA 28
Fls. N° 72109319
N° Processo
R:

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

REPRESENTAÇÃO". Grifamos.

Portanto, na nossa opinião, não há uma resposta absoluta e definitiva, dependendo do caso concreto e da previsibilidade ou imprevisibilidade da situação, o que torna a definição se a contratação foi legal ou ilegal, às vezes, de subjetividade do julgador, o que demonstra a necessidade da motivação da dispensa a licitação, mesmo nos casos do art. 24, inciso II da Lei nº 8.666/93.

Contudo, em tese, também entendemos que o "recomendável seria a identificação, no que for previsível, dos objetos de mesma natureza ou natureza similar a serem contratados dentro do mesmo respectivo exercício financeiro".

Neste sentido, é o PARECER/CONSULTA TC-005/2013 do **Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo** (fls. 03/08 dos autos), que, em resumo, podemos citar:

"(...)

Quanto à possibilidade de se utilizar o critério da classificação orçamentária, impede ressaltar que este não deve ser utilizado de forma isolada, pois também deve ser observado se o objeto da contratação possui natureza idêntica ou semelhante que justifique a obrigatoriedade de preservar a modalidade global. Isto porque um único elemento de despesa pode conter vários objetos distintos. Até mesmo dentro de um subelemento há a possibilidade de existirem diversos objetos que não sejam sequer semelhantes e que, portanto, não poderiam ser fornecidos por uma única empresa. Certo é que para as compras de mesma natureza, deve-se sempre adotar a modalidade licitatória prevista para aquisição global planejada para o exercício financeiro. (...) Desse modo, tem-se que a obrigatoriedade de licitação, bem como a aferição da modalidade licitatória cabível, devem observar o montante de todas as contratações, adotando, quando possível, todos os critérios abordados na presente instrução, **especialmente quanto à natureza do objeto e ao princípio da anulidade.**" Grifamos.



PGE/ES
PCA

Fls. N°

Nº. Processo

R:

29
721 09319

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Ante o exposto, não há uma resposta absoluta e que totalmente satisfaça todas as situações, o que é preciso entender que a licitação é a regra, que a contratação das necessidades da Administração Pública deve ser planejada e se dar principalmente por **Registro de Preços** e, que, em tese, para fins da dispensa da licitação, disposta no inciso II do art. 24 da Lei nº 8.666/93, com possibilidade de previsibilidade, poderá ser observada a contratação para **objetos de mesma natureza ou natureza similar, no respectivo exercício financeiro**, embora, no caso concreto, o objeto da contratação possa estar no mesmo elemento ou subelemento de despesa, ou em outros casos, separados, na classificação orçamentária.

Contudo, não podemos descartar, que a Administração Pública, nos termos do parágrafo único do art. 4º da Lei nº 8.666/93 c/c art. 32 da Constituição Estadual, necessita melhor motivar suas decisões, inclusive nos processos de dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso II da Lei nº 8.666/93, dada à subjetividade da aplicação do direito no caso concreto.

S. m. j., é como opinamos.

Vitória, 27 de outubro de 2015.


JOSÉ FERNANDO VESCOVI
Procurador do Estado
OAB/ES Nº 5.696

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2015.02.001568





PGE/ES
NCA
FLS. Nº 31
Vº PROCESSO 72109319
R: 8

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo Nº: 72109319

Despacho PGE/PCA Nº 01114/2015

Aprovo o r. Parecer PGE/PCA nº 01343/2015 lavrado as fls. 13/29 pelo Ilustre Procurador do Estado, Dr. José Fernando Vescovi, que, em sede de consulta formulada pela Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos - SEGER, entendeu que não há uma resposta absoluta de forma a satisfazer todas as situações relativas à dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, II da Lei 8.666/93, e que, em tese, para fins da referida dispensa, poderá ser observada a contratação para objetos de mesma natureza ou natureza similar, no respectivo exercício financeiro, embora, em cada caso concreto, o objeto da contratação possa estar no mesmo elemento ou subelemento de despesa, ou em outros, separados, na classificação orçamentária. Assevera ainda que deve a Administração Pública motivar suas decisões, dada à subjetividade da aplicação do direito no caso concreto.

Vale registrar que a análise empreendida por esta Chefia/Coordenação se concentra no exame da congruência interna (fundamentação jurídica) e externa (conformidade do parecer jurídico ao entendimento predominante da setorial) do parecer jurídico aludido, não se adentrando no exame das informações e documentos constantes dos autos.

À SEGER, nos termos do § único do art. 1º da Resolução CPGE 243/2011.

Vitória, 03 de novembro de 2015.


LUCIANA MERÇON VIEIRA

Procuradora-Chefe Adjunta da Área II, em substituição
Procuradoria da Consultoria Administrativa - PCA

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: <http://www.pge.es.gov.br>
2015.02.001568

