

DISPENSA E FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO

Autoria:

Sidnei Di Bacco
Advogado

Os administradores municipais costumam ter dúvidas a respeito dos limites de dispensa de licitação estipulados nos incisos I e II do art. 24 da Lei 8666/1993, respectivamente, R\$ 15.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 8.000,00 para outros serviços, compras e alienações.

Os referidos tetos: a) têm periodicidade mensal ou anual?
b) aplicam-se por evento, por fornecedor ou consideram a totalidade dos gastos com compras e/ou serviços de mesmo gênero e/ou natureza?

Há, ainda, fundadas preocupações a respeito de fracionamento de licitação, já que o procedimento é autorizado pelos §§ 1º e 2º do art. 23 e, aparentemente, é vedado pelo "caput" do art. 8º, § 5º do art. 23 e incisos I e II do art. 24.

Inicialmente, convém transcrever os dispositivos legais mencionados retro, integrantes da Lei 8666/1993:

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.

§ 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 art. 26 desta Lei.

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.

§ 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.

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;

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Didaticamente, o procedimento licitatório pode ser sistematizado da seguinte forma: exigibilidade, dispensa e inexigibilidade.

A exigibilidade é a regra geral, conforme dispõe a Constituição Federal:

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.

A Lei 8666/1993, fiel à vontade constituinte, retomou o mesmo princípio:



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.

Excepcionalmente, contudo, está o administrador autorizado a deixar de licitar, efetuando a contratação direta nos casos previstos nos arts. 24 (dispensa) e 25 (inexigibilidade) da Lei 8666/1993. A inexigibilidade caracteriza a impossibilidade de realização de procedimento licitatório por inviabilidade de competição, tendo em vista a singularidade do objeto ou do fornecedor. A dispensa verifica-se quando, embora viável a competição, a licitação é inadequada ao interesse público. A dispensa evidencia discricionariedade, liberdade concedida à administração para, com base em juízo de conveniência e oportunidade, optar entre realizar ou não a licitação.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello: [1]

Discricionariedade é a margem de "liberdade" que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

A discricionariedade deve ser verificada em dois momentos: "in abstracto", no âmbito de norma legal autorizatória, e "in concreto", tendo em vista a investigação da realidade fática.

O legislador, através da redação do art. 24 da Lei 8666/1993, elencou as situações em que a administração está autorizada a decidir a sorte da licitação. Subsumindo-se a situação fática a uma das hipóteses enumeradas o administrador está, em princípio, autorizado a contratar diretamente.

Esta autorização no recinto da norma, contudo, é insuficiente, por si só, para afastar a exigência de licitação. Isto porque o administrador não está jungindo somente à legalidade, mas também a outros princípios que informam a administração pública, entre os quais os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, esculpidos no art. 37, "caput", da Constituição Federal.

A doutrina costuma afirmar que a administração pública persegue dois tipos de interesses: os interesses primários, interesses públicos propriamente ditos, sintonizados com as necessidades da coletividade, e os interesses secundários, da administração considerada em si mesma, entendida como estrutura governamental, defendendo interesses seus, como pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Os interesses secundários não são atendíveis se não quando coincidirem com interesses primários, sendo por isto que a administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair a sua missão e sua própria razão de existir. [2] Essas duas espécies de interesses foram contempladas quando o constituinte acolheu a presunção de que a prévia licitação conduz à melhor contratação, entendida como aquela que cumpre a um duplo escopo: proporcionar às entidades governamentais a realização do negócio mais vantajoso, ou seja, a contratação pelo menor custo possível, e observar o princípio da isonomia, assegurando aos administrados o ensejo de contratarem com a administração.

As hipóteses de dispensa de licitação facultam, excepcionalmente, que a administração persiga preponderantemente o melhor negócio para si, sem possibilitar a ampla participação de todos os interessados na contratação. Para compensar esta aparente supremacia de interesses secundários, exige-se, como pressuposto fático para concretizar a contratação direta, que a realização da licitação seja efetivamente desvantajosa. A administração somente poderá deixar de realizar a licitação quando a análise da relação custo-benefício indicar que os custos para a realização do certame licitatório serão superiores aos benefícios que dela poderão advir.

DISPENSA DE LICITAÇÃO (art. 24, incisos I e II)

Os incisos I e II do art. 24 da Lei 8666/1993 estabelecem como hipótese de dispensa de licitação o pequeno valor da despesa. Na contratação de pequena monta, o ínfimo valor envolvido poderá tornar a licitação onerosa ou inconveniente aos interesses administrativos. Nesses casos, a análise da relação custo-benefício poderá contra-indicar a realização da licitação.

Todavia, o instituto da dispensa não deve ser utilizado de maneira fraudulenta, através do parcelamento do objeto com o fito exclusivo de evitar a licitação. Cauteloso, o legislador vedou o fracionamento:

a) nas obras e serviços de engenharia, quando se referirem a parcelas de uma mesma obra ou serviço (art. 24, inciso I, 1ª parte);

b) nas obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente (art. 24, inciso I, 2ª parte);

c) para outros serviços e compras, 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 (art. 24, inciso II).

Compreendem-se como serviços de engenharia (art. 24, inciso I, 1ª parte) aqueles que a Lei 5194/1966 reserva ao exercício privativo dos profissionais de engenharia, arquitetura e agronomia:
[3]

Art. 7º. As atividades e atribuições profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro-agrônomo consistem em:

b) planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, explorações de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária;

c) estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica;

d) ensino, pesquisas, experimentação e ensaios;

e) fiscalização de obras e serviços técnicos;

f) direção de obras e serviços técnicos;

g) execução de obras e serviços técnicos;

h) produção técnica especializada, industrial ou agropecuária.

FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO (advertência)

O tema do fracionamento é deveras controvertido e requer análise minuciosa no caso concreto. Não há parâmetros temporais fixados pela lei de licitações para utilização dos limites existentes nos incisos I e II do art. 24. Na doutrina não há consenso: há quem entenda que os tetos são globais e devem ser aplicados anualmente, considerando-se a natureza dos serviços ou compras, e há quem argumente que, por não haver estipulação expressa na lei, não há limitação temporal (um ano, um mês), desde que o

parcelamento não seja utilizado como fim para burlar o procedimento licitatório. O Tribunal de Contas da União e alguns tribunais de contas estaduais têm entendido que se presume lesivo ao erário público o fracionamento de licitação em curto espaço de tempo para contratação de serviços ou compras de mesma natureza. Assim, o presente parecer não pretende apresentar uma resposta conclusiva e irretocável acerca do assunto, mas busca explorar algumas variáveis que poderão ser úteis para evitar impugnações por parte do Tribunal de Contas do Paraná, principalmente em procedimento específico de auditoria.

FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO (art. 8º, "caput", art. 23, §§ 1º, 2º e 5º, art. 24, incisos I e II)

Nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 23, as obras, os serviços e as compras efetuadas pela administração serão divididos em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, correspondendo uma licitação distinta para cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra.

A viabilidade econômica exige que o fracionamento – diminuição da dimensão quantitativa e qualitativa do objeto licitado – resulte, concomitantemente, em aumento da competição entre os fornecedores e em efetiva redução de preços. O parcelamento não poderá ser feito sem garantia de realização de contratação mais vantajosa para a administração pública.

Quanto à existência de viabilidade técnica: [4]

Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável ou mesmo recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. Se a Administração necessitar adquirir um veículo, não teria sentido licitar a compra por partes (pneus, chassis, motor, etc.). Mas seria possível realizar a compra fracionada de uma pluralidade de veículos. Em suma, o impedimento de ordem técnica significa que a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento.

Embora a redação legal seja atraente, esconde uma armadilha: é muito difícil comprovar, previamente e documentalmente, que o fracionamento resultará, de fato, em aumento de competitividade e em redução de custos. Assim,



recomenda-se que, se a administração optar pelo parcelamento do objeto, faça-o num único procedimento licitatório, cuja modalidade será definida pelo somatório dos preços máximos de cada lote. [5]

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Paraná:

Consulta. Licitação. Possibilidade da divisão do objeto em lotes, quando tal se revelar técnica e economicamente viável, desde que o fracionamento seja vantajoso para a Administração Pública. A modalidade licitacional a ser adotada deverá respeitar o valor global do certame, como se uno fosse.

(Protocolo 37570/1998, Resolução 4655/1998)

Trata-se, portanto, de uma solução híbrida: o objeto será dividido em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis (§ 1º do art. 23), todavia, não haverá licitação distinta para cada parcela ou lote (§ 2º do art. 23). Assim, evitar-se-ão conflitos com outras normas legais aparentemente contraditórias (§ 5º do art. 23, incisos I e II do art. 24 e art. 88, "caput"). Especialmente em relação à interpretação do art. 8º, ensina a doutrina especializada: [6]

O agente administrativo tem o dever de estimar custos, encargos e prazos para execução de obras e serviços. Não pode deixar de conhecer o custo e a duração da execução integral previstos para a obra ou serviço (...) A Administração deve prever todos os compromissos com que arcará e lhe é vedado contratar sem perspectivas de conclusão da obra ou serviço.

FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO (limite temporal)

O Tribunal de Contas da União orienta a administração a efetuar planejamento adequado das compras e serviços, para não proceder a aquisições para objetos iguais em curto espaço de tempo. Nesse sentido, a Decisão 253/1998: (grifou-se)

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

Igualmente, o entendimento do Tribunal de Contas de Pernambuco: (grifou-se)

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

Na doutrina, há divergências quanto à periodicidade dos limites estipulados nos incisos I e II do art. 24 para a dispensa de licitação. Há doutrinadores que entendem que o limite é anual. Neste sentido, o posicionamento de Carlos Pinto Coelho Motta: [7]

Tenho entendido que tais limites para a chamada "dispensabilidade" de licitação, tanto para compras e serviços como para obras e serviços de engenharia, valem para todo o exercício financeiro, permitindo-se, entretanto, o parcelamento do fornecimento ou da execução. Significa que o limite de valor, para objetos similares, só pode ser utilizado para fins de dispensa uma vez em cada exercício. As razões desse entendimento são as seguintes: em primeiro lugar, os prazos do art. 39, parágrafo único, para licitação simultânea ou sucessiva, não mais se aplicam ao art. 24, I, como era definido pela redação originária da Lei n. 8.666/93. A Lei n. 8.883/94, alterando o referido parágrafo único do art. 39, excluiu expressamente a aplicabilidade do limite da dispensa em intervalos temporais definidos para licitação simultânea ou sucessiva (30 e 120 dias). Em segundo lugar, não há nenhum outro dispositivo, seja na Lei n. 8.666/93, seja na Lei n. 4.320/64, que autorize a aplicação do limite de dispensa para objeto similar por vezes sucessivas no mesmo exercício financeiro. Se não há autorização expressa, conclua-se pela vedação legal.

Há também doutrinadores que negam a fixação de um prazo temporal para a utilização dos limites de dispensa. Dentre eles, o administrativista Ivan Barbosa Rigolin: [8]

Se a lei quis que oito mil ou quinze mil reais fossem o limite da licitação dispensada sem maiores exigências ou condicionamentos, então pode ser adquirido o bem, ou contratado o serviço de valor que dispense licitação quantas vezes forem necessárias, sempre que preciso, em um século, um ano, uma semana, um lustro ou um mês lunar dos

fenícios.

Basta que a Administração proceda naturalmente, sem forçar necessidades em verdade inexistentes, sem “picar” ou fragmentar, artificial ou artificialmente, suas necessidades efetivas, apenas para, maliciosamente, burlar a regra geral da licitabilidade necessária, e seu procedimento será rigorosamente legítimo, se utilizar o inc. I ou o inc. II, do art. 24, da Lei de Licitações, repetidamente, em dado espaço de tempo (...).

FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO (penalidade)

O fracionamento de objeto, nos casos não permitidos pela lei, com o único objetivo de burlar o procedimento licitatório, sujeita o administrador às seguintes sanções:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

CONCLUSÕES

A questão do fracionamento licitatório deve ser vista com cautela e analisada caso a caso. Somente a situação fática dirá se houve ou não parcelamento ilícito e reprovável. Todavia, para evitar problemas perante os órgãos de controle externo (tribunal de contas, câmara municipal e ministério público) e, eventualmente, acusações de favorecimento e de fraude, recomenda-se sejam adotados os seguintes procedimentos:

a) os limites constantes nos incisos I e II do art. 24 têm periodicidade anual e compreendem a totalidade dos gastos com serviços, obras ou compras idênticas ou semelhantes (natureza e/ou gênero); portanto, os tetos não se aplicam por evento ou por fornecedor; [9]

b) os limites constantes nos incisos I e II do art. 24 valem para a prefeitura municipal como um todo, sem diferenciação entre órgãos e secretarias;

c) se a administração optar pelo parcelamento do objeto deve fazê-lo num único procedimento licitatório, do tipo "menor preço por item ou por lote", cuja modalidade será definida pelo somatório dos preços máximos de cada fração; [10]

d) para as compras, é recomendável a adoção de sistema de registro de preços (art. 15 da Lei 8666/1993), que possibilita a aquisição parcelada e ao mesmo tempo preserva as exigências de economia e de ampla participação propiciadas pela licitação;

e) a cautela com os fracionamentos deve permear não somente as dispensas de licitação, mas também os convites e as tomadas de preço; [11] em geral, presume-se que os parcelamentos sejam oriundos de má fé, de sorte a escapar de modalidades licitatórias mais rigorosas, restringir a publicidade dos certames e reduzir a competitividade, favorecendo determinado fornecedor. [12]

NOTAS:

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 420.

[2] Idem, p. 22.

[3] PEREIRA, Jessé Torres Júnior. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 167.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 213.

[5] Licitação do tipo menor preço por item ou por lote.

[6] JUSTEN FILHO, "op. cit.", p. 114.

[7] Retirado do texto **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação: Casos Mais Utilizados**, de Leila Tinoco da Cunha Lima Almeida, à disposição no site www.jus.uol.com.br.

[8] Idem.

[9] Gêneros que podem ser considerados para fins de fixação de teto: materiais de construção, combustíveis e lubrificantes, transporte escolar, peças e serviços para veículos pesados, peças e serviços para veículos leves, materiais de papelaria, expediente e consumo, medicamentos e materiais de consumo hospitalar, etc. Para cada um destes gêneros, individualmente, o teto para compras diretas, sem licitação, é de R\$ 8.000,00 por ano. O que caracteriza cada gênero é a distinta área de atuação dos respectivos fornecedores. Por isso, a princípio, não é possível a fixação de tetos distintos para combustíveis e para lubrificantes, pois, regra geral, ambos os produtos são entregues pelo mesmo fornecedor (postos de serviço).



[10] Por exemplo, se a administração tiver dez escolas para construir, deve fazer uma única licitação, contendo dez lotes distintos, um para cada escola, de sorte a promover maior competitividade entre os fornecedores. Nesse caso, a licitação tipo “menor preço global” não é recomendável, tampouco a realização de dez licitações diferentes, uma para cada escola. Esse procedimento é sempre o mais adequado quando a licitação tiver como objeto mais de um bem, obra ou serviço (por exemplo: medicamentos e materiais de construção). Obviamente, se o objeto da licitação for singular (somente um tipo de medicamento ou de material de construção), o procedimento será necessariamente do tipo “menor preço global”.

[11] Aplicável, “mutatis mutandis”, as regras vigentes para os limites constantes nos incisos I e II do art. 24. Assim, os tetos fixados no art. 23 têm periodicidade anual e compreendem a totalidade dos gastos com serviços, obras ou compras idênticas ou semelhantes (natureza e/ou gênero).

[12] Obviamente, trata-se de presunção relativa, “iuris tantum”, que admite prova em contrário. O fracionamento pode ter ocorrido em virtude de falta de planejamento e/ou erro de previsão, fatos que, embora não escusáveis, certamente são menos reprováveis que a conduta dolosamente direcionada para fins ilícitos. Os únicos parcelamentos escusáveis são: a) os que resultarem em aumento de competitividade e em redução de custos, conforme robusta e inequívoca prova documental (§§ 1º e 2º do art. 23); b) os oriundos de combate a situações imprevisíveis, extraordinárias e esporádicas.