

PARECER/CONSULTA TC-005/2013

DOE 29.4.2013, p. 44, Municipalidades

PROCESSO - TC-3504/2009
INTERESSADO - PREFEITURA MUNICIPAL DE PINHEIROS
ASSUNTO - CONSULTA

EMENTA

MODALIDADE DE LICITAÇÃO - CRITÉRIOS PARA PARCELAMENTO DO OBJETO DA CONTRATAÇÃO - ADMISSIBILIDADE - VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA - OBSERVÂNCIA DA MODALIDADE CORRESPONDENTE AO VALOR TOTAL - FRACIONAMENTO DE DESPESAS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC-3504/2009, em que o Prefeito Municipal de Pinheiros, Sr. Antônio Carlos Machado, formula consulta a este Tribunal, nos seguintes termos:

a) Para evitar o fracionamento indevido é importante saber qual a posição adotada por este tribunal quanto a interpretação do art. 23, §2º e §5º da Lei 8.666/93, no tocante as teorias demonstradas supra, quanto ao fracionamento, que são: somatório dos objetos idênticos; computar pelo elemento de despesa orçamentária; computar pelo valor das mercadorias entregues por um mesmo fornecedor; quando a natureza dos objetos for a mesma, se as contratações não puderem ser realizadas conjunta e concomitantemente, no mesmo local, não haverá o dever de somatório dos objetos. Ante o exposto, qual é a interpretação atual deste tribunal de

contas quanto ao art. 23, §2º e §5º da Lei 8.666/93 e o fracionamento das licitações quanto ao objeto?

Considerando que é da competência deste Tribunal decidir sobre consulta que lhe seja formulada na forma estabelecida pelo Regimento Interno, conforme artigo 1º, inciso XXIV, da Lei Complementar nº 621/12.

RESOLVEM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia dezenove de fevereiro de dois mil e treze, à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, preliminarmente, conhecer da consulta, para, no mérito, respondê-la nos termos da Orientação Técnica em Consulta nº. 26/2012, da 8ª Controladoria Técnica, firmada pela Auditora de Controle Externo, senhora Vanessa de Oliveira Ribeiro, abaixo transcrita:

Orientação Técnica em Consulta – 26/2012:

Tratam os autos de consulta formulada pelo **Sr. Antônio Carlos Machado**, na qualidade de Prefeito do Município de Pinheiros, cuja indagação transcrevemos a seguir: *a) Para evitar o fracionamento indevido é importante saber qual a posição adotada por este tribunal quanto a interpretação do art. 23, §2º e §5º da Lei 8.666/93, no tocante as teorias demonstradas supra, quanto ao fracionamento, que são: somatório dos objetos idênticos; computar pelo elemento de despesa orçamentária; computar pelo valor das mercadorias entregues por um mesmo fornecedor; quando a natureza dos objetos for a mesma, se as contratações não puderem ser realizadas conjunta e concomitantemente, no mesmo local, não haverá o dever de somatório dos objetos. Ante o exposto, qual é a interpretação atual deste tribunal de contas quanto*

ao art. 23, §2º e §5º da Lei 8.666/93 e o fracionamento das licitações quanto ao objeto? **É o relatório. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE** Antes de adentrar ao mérito da consulta, faz-se necessário verificar a presença dos requisitos de admissibilidade, conforme prescreve o artigo 96 da Resolução TC nº 182/2002 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo - RITCEES): *Art. 96. A consulta deverá revestir-se das seguintes formalidades: I – ser subscrita por autoridade competente; II – referir-se a matéria de competência do Tribunal; III – conter indicação precisa da dúvida ou controvérsia suscitada; IV – ser formulada em tese; V – conter o nome legível, a assinatura e a qualificação do consulente.* No tocante ao requisito constante no inciso I, é possível verificar que a definição de autoridade competente encontra suas balizas no artigo 95, inciso I, do referido diploma normativo: *Art. 95. O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, formuladas: I – no âmbito municipal, pelos prefeitos, presidentes de Câmaras, presidentes de Comissões Parlamentares da Câmara Municipal, dirigentes de autarquias, das sociedades de economia mista, das empresas públicas e das fundações instituídas e mantidas pelo Município;* (grifo nosso) De fato, sendo o consulente Prefeito do Município de Pinheiros, tem-se como atendido o primeiro requisito. Verifica-se ainda que constam nos autos seu nome legível e assinatura (inciso V). A questão aborda matéria de competência desta Corte, pois se refere à aplicação da Lei nº 8.666/93, no que tange ao critério para parcelamento de contratações (inciso II). Outrossim, constata-se que há indicação precisa da dúvida e que essa foi formulada,

conforme preceitua o inciso III do artigo 96 acima transcrito. Por fim, a exigência do artigo 95, *caput*, do diploma normativo em questão, que prevê a indicação de dispositivo legal ou regulamentar sobre o qual paire dúvida, também foi atendida, uma vez que a controvérsia em epígrafe reside em torno da exegese do artigo 23, §§ 2º e 5º da Lei nº 8.666/93. Isto posto, reconhecendo que estão presentes os requisitos de admissibilidade da consulta, somos pelo seu **CONHECIMENTO. DO MÉRITO** O questionamento apresentado pelo consulente invoca dúvida quanto a exegese do artigo 23, §§ 2º e 5º, da Lei nº 8.666/93, no que tange ao critério para parcelamento de contratações. A Lei de Licitações não veda o parcelamento das contratações realizadas pela Administração Pública. De acordo com o seu artigo 23, § 1º, a Administração deve buscar o parcelamento do objeto sempre que houver viabilidade técnica e econômica. Com efeito, as contratações devem ser divididas em tantas parcelas quantas forem econômica e tecnicamente viáveis, desde que respeitada a modalidade correspondente ao valor total, nos termos do artigo 23, §2º, da norma em comento: 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. Desse

modo, a prescrição do §1º do artigo 23 da Lei Licitatória quanto à possibilidade de parcelamento do objeto contratado requer que a modalidade da licitação, nestes casos, seja sempre determinada não pelo valor de cada parcela, mas pela soma de todas elas, conforme prescreve o §2º do mesmo dispositivo legal. Sobre a utilização da modalidade pertinente ao valor global das parcelas de bens e serviços de mesma natureza, Carlos Ari Sundfeld leciona: *Com isso objetiva-se sobretudo evitar que, por meio do fracionamento do objeto a ser licitado e conseqüente abertura de múltiplas licitações, acabe-se utilizando modalidade licitatória mais singela, em detrimento da competitividade, embora o porte econômico das várias parcelas exigisse, se enfeixada em um único contrato, modalidade mais ampla (Licitação e contrato administrativo. 2. ed., 1994, p. 67)* É necessário que se preserve a competitividade por meio da fiel aplicação da Lei nº 8.666/93, vinculando-se a escolha da modalidade licitatória à consideração de todos os objetos cuja necessidade seja previsível durante o respectivo exercício orçamentário ou provável duração do contrato. Por outro lado, o planejamento inadequado que enseja adoção de modalidade licitatória inferior àquela aplicável ao somatório das despesas realizadas em momentos distintos, mas dentro do mesmo exercício financeiro, não podem ser reputadas legais, porquanto caracteriza o fracionamento de despesa, expressamente vedada pelo §5º do artigo 23 da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos: Art. 23 [...] [...] §5º É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e

concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquele do executor da obra ou serviço. O fracionamento de despesas, ao contrário do parcelamento legalmente permitido, caracteriza-se pela divisão de determinada despesa com o objetivo de utilizar uma modalidade de licitação menos complexa do que prevista pela lei. Desse modo, caso as contratações não possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, no mesmo local, impinge ao gestor demonstrar, de forma inequívoca, a impossibilidade técnica e econômica para a eventual inobservância do somatório dos objetos. Há que se destacar que as ações da Administração Pública devem sempre se pautarem pelo planejamento. Desse modo, cabe ao gestor identificar, dentro do que for previsível, os objetos de mesma natureza ou natureza similar a serem contratados ao longo de um exercício financeiro, utilizando a modalidade licitatória pertinente ao somatório dos valores estimados. Quanto ao aspecto temporal, tem-se que vigora o princípio da anualidade pelo qual as previsões das receitas e despesas devem referir-se a um exercício financeiro, sendo este coincidente com o ano civil. O planejamento público não pode ser dissociado do princípio da anualidade no que se refere aos procedimentos licitatórios, sendo que as aquisições e contratações devem ser estimadas conforme a necessidade para todo o exercício. No entanto, há que se deixar claro que não se pode considerar tão somente o lapso temporal na aferição da modalidade de licitação cabível, porquanto inexiste licitações autônomas em razão do tempo

entre elas. Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes ensina que inexistente *“argumento lógico para se pretender definir modalidade por trimestre, semestre, ou seja lá o que for”*, uma vez que *“a licitação é um procedimento prévio à realização de despesa, sendo esta fixada por exercício”* (Contratação direta sem licitação. 7.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 147). Quanto à possibilidade de se utilizar o critério da classificação orçamentária, impende 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 a aquisição global planejada para o exercício financeiro. Desse modo, tem-se que a obrigatoriedade de licitação, bem com 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 anualidade.

CONCLUSÃO Desse modo, considerando os preceitos constitucionais e legais aplicáveis ao presente caso e a fundamentação exposta, opinamos para, no mérito, responder ao questionado nos termos elencados neste feito. É o nosso entendimento.

O Exmo. Sr. Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun:

I – RELATÓRIO Tratam os presentes autos sobre Consulta formulada em 08 de junho de 2009, pelo então Prefeito Municipal de Pinheiros, solicitando a este Tribunal de Contas que esclareça dúvidas relacionadas ao fracionamento e escolha de modalidade de licitação, conforme a seguir transcrito: *Para evitar o fracionamento indevido é importante saber qual a posição adotada por este Tribunal quanto à interpretação do art. 23, § 2º e § 5º da Lei 8.666/93, no tocante as teorias demonstradas supra, quanto ao fracionamento, que são: somatório dos objetos idênticos; computar pelo elemento de despesa orçamentaria; computar pelo valor das mercadorias entregues por um mesmo fornecedor; quando a natureza dos objetos for a mesma, se as contratações não puderem ser realizadas conjuntas concomitantemente, no mesmo local, não haverá o dever de somatório dos objetos. Ante ao exposto, qual é a interpretação atual deste tribunal de contas quanto ao art. 23, §2º e § 5º da lei 8666/93 e o fracionamento das licitações quanto ao objeto?”* Os autos foram encaminhados à CGT para análise técnica em 23 de junho de 2009 e retornaram ao Relator em 22 de novembro de 2012 com a manifestação da 8ª Controladoria Técnica que opinou pelo conhecimento da Consulta e, no mérito, por respondê-la nos termos da OT-C 26/2012, fl.9/14. Os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas em 06 de dezembro de 2012 para manifestação. Às fls. 17 consta despacho da lavra do Em. Procurador Luciano Vieira, corroborado integralmente a orientação técnica proferida pela 8ª Controladoria. É o relatório em sua importância. **II – FUNDAMENTAÇÃO II.1 Do**

Conhecimento Verifico que a Consulta em questão está subscrita por autoridade competente, refere-se a matéria de competência do Tribunal, contém indicação precisa da dúvida suscitada, além de ter sido formulada em tese. Destarte, encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade de que trata o art. 96 da Resolução TC nº 182/2002, de modo que Conheço da Consulta. **II.2 Mérito** A 8ª Controladoria Técnica abordou com propriedade o tema proposto pela Municipalidade, consoante se observa da OT-C 26/2012, traduzindo com clareza as dúvidas suscitadas. Faço os seguintes destaques na manifestação técnica: “O questionamento apresentado pelo consulente invoca dúvida quanto a exegese do artigo 23, §§ 2º e 5º, da Lei nº 8.666/93, no que tange ao critério para parcelamento de contratações. [...] ... as contratações devem ser divididas em tantas parcelas quantas forem econômica e tecnicamente viáveis, desde que respeitada a modalidade correspondente ao valor total, nos termos do artigo 23, §2º, da norma em comento ... [...] É necessário que se preserve a competitividade por meio da fiel aplicação da Lei nº 8.666/93, vinculando-se a escolha da modalidade licitatória à consideração de todos os objetos cuja necessidade seja previsível durante o respectivo exercício orçamentário ou provável duração do contrato. Por outro lado, o planejamento inadequado que enseja adoção de modalidade licitatória inferior àquela aplicável ao somatório das despesas realizadas em momentos distintos, mas dentro do mesmo exercício financeiro, não podem ser reputadas legais, porquanto caracteriza o fracionamento de despesa, expressamente vedada pelo §5º do artigo 23 da Lei nº 8.666/93... [...] O fracionamento de despesas, ao contrário do parcelamento legalmente permitido, caracteriza-se pela

*divisão de determinada despesa com o objetivo de utilizar uma modalidade de licitação menos complexa do que prevista pela lei. Desse modo, caso as contratações não possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, no mesmo local, impinge ao gestor demonstrar, de forma inequívoca, a impossibilidade técnica e econômica para a eventual inobservância do somatório dos objetos. [...] Quanto à possibilidade de se utilizar o critério da classificação orçamentária, impende 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 a aquisição global planejada para o exercício financeiro. Desse modo, tem-se que a obrigatoriedade de licitação, bem com 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 anualidade. [...]” Entendo, pois, que nos exatos termos da Orientação Técnica expedida, as dúvidas do Consultante são efetivamente dirimidas, de forma que encampo integralmente a proposta apresentada pela 8ª Controladoria. III – **CONCLUSÃO** Ante todo o exposto, **VOTO** pelo **conhecimento** da Consulta, tendo em vista que se*

encontram presentes os pressupostos de admissibilidade insertos no art. 96 do Regimento Interno desta Corte. No mérito, conforme previsto no art. 98, § único, inciso I, do Regimento Interno, acompanhando o entendimento da 8ª Controladoria Técnica e do Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** para que seja encaminhada resposta à presente Consulta, **nos termos da OT-C 26/2012.** Após ciência dos interessados, archive-se.

Composição Plenária

Presentes à sessão plenária da apreciação os Srs. Conselheiros Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Presidente, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Relator, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, José Antônio Almeida Pimentel, Domingos Augusto Taufner e os Conselheiros em substituição Márcia Jaccoud Freitas e Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Luciano Vieira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 19 de fevereiro de 2013.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Em substituição

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

DR. LUCIANO VIEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário Geral das Sessões