

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA
ASCES / UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

ESTEVÃO DE ALMEIDA CALADO

**A ILICITUDE NO FRACIONAMENTO DO OBJETO COMO FORMA
DE BURLAR A OBRIGAÇÃO DE LICITAR E SUAS CONSEQUENCIAS
A LUZ DA LEI DE IMPROBIDADE**

CARUARU

2016

ESTEVÃO DE ALMEIDA CALADO

**A ILICITUDE NO FRACIONAMENTO DO OBJETO COMO FORMA
DE BURLAR A OBRIGAÇÃO DE LICITAR E SUAS CONSEQUENCIAS
A LUZ DA LEI DE IMPROBIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado a FACULDADE ASCES / UNITA, como requisito parcial, para obtenção do curso de bacharel em direito, sob a orientação do Professor Ms. Luis Felipe Andrade Barbosa.

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: 08 / 12 / 2016.

Presidente: Prof. Ms. Luis Felipe Andrade Barbosa

Primeiro Avaliador: Prof. Armando Andrade

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a DEUS, que sempre está comigo, a minha esposa, Erivânia que, Sempre está ao meu lado de maneira incondicional, e as minhas três filhas, Draycce, Eloá e Rebeca.

RESUMO

O Tema presente trabalho, refere-se a licitação, mais especificamente, ao fracionamento na compra. Por intermédio do estudo da legislação, da doutrina e da jurisprudência, o assunto é tratado procurando observar os problemas que podem advir do fracionamento, e as soluções pertinentes. Assim, passando pelos conceitos básicos inerentes a licitação, como o seu objeto, suas etapas, modalidades e princípios, e objetivando ao estudar a legislação que dispõe sobre o assunto, analisar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Judiciário, percebendo como o fracionamento do objeto deve ser feito à não deixar dúvidas quanto ao modo de se fazê-lo. Estudar como a escolha da modalidade de licitação pode ser afetada pela inobservância da Lei quanto a divisão do objeto, e investigar quando o fracionamento do objeto não é possível, e quando se torna obrigatório, chega-se à análise de acórdãos, que retratam casos concretos envolvendo o fracionamento do objeto. Assim, problemas como alteração da modalidade de licitação cabível, a dispensa de licitação por meio do fracionamento recebem um maior enfoque. Ainda, este estudo mostrará a influência do Administrador Público ao efetuar a descrição do objeto, bem como ao determinar a forma do fracionamento do mesmo, quando do exercício da discricionariedade, por fim, observamos como a Lei de Improbidade, vem a punir os agentes infratores na Licitação.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Fracionamento. Improbidade Administrativa.

ABSTRACT

The Feared present work, refers to the bidding, more specifically, to the fractionation in the purchase. Through the study of legislation, doctrine and jurisprudence, the subject is treated trying to observe the problems that can arise from the fractionation, and the pertinent solutions. Thus, through the basic concepts inherent to the bidding, such as its object, its stages, modalities and principles, and aiming to study the legislation that has on the subject, analyze the jurisprudence of the Court of Audit of the Union and the Judiciary, realizing how the Fractionation of the object must be done to leave no doubt as to how to do it. Studying as the choice of bidding mode can be affected by the non-observance of the Law regarding the division of the object, and investigate when the fractionation of the object is not possible , And when it becomes mandatory, one arrives at the analysis of judgments, which portray concrete cases involving the fractionation of the object. Thus, problems such as alteration of the modality of tender, the exemption of bidding through the fractionation receive a greater focus. Furthermore, this study will show the influence of the Public Administrator in the description of the object, as well as in determining the form of the fractionation of the same, when exercising discretion, finally, we observe how the Law of Improbability, comes to punish the offenders In the Bidding.

KEY-WORDS: Bidding. Fractionation. Administrative dishonesty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO 1. A IMPORTÂNCIA DA LICITAÇÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	09
1.1 Considerações Gerais Sobre Licitação.....	09
1.2 Conceito de Licitação.....	09
1.3 Finalidade de Licitação.....	12
1.4 Princípios de Licitação.....	12
1.5 Exceções Com Relação ao Dever de Licitar.....	16
1.6 Modalidades De Licitações.....	18
CAPÍTULO 2. FRACIONAMENTO DE COMPRA E A LEI DE LICITAÇÕES	21
2.1 As Exceções e a Obrigatoriedade Legal de Licitar.....	21
2.2 Previsão de Punibilidade na Lei de Licitações.....	22
2.2.1 Comentários à Lei de Licitações.....	22
2.2.2 Previsão de Punibilidade na Lei de Improbidade.....	23
2.3 Conceito de Agentes Públicos: para os efeitos dos atos de Improbidade Administrativa	25
CAPÍTULO 3. FRACIONAMENTO DE COMPRAS COMO FORMA DE BURLAR A LEI DE LICITAÇÕES E AS CONSEQUÊNCIAS A LUZ DE IMPROBIDADE	29
3.1 Conceito de Fracionamento na Interpretação do TCU.....	29
3.2 Breve Julgamento do TCU sobre Fracionamento.....	32
3.3 Conceitos de Dispensa e Inexigibilidade.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
REFERÊNCIAS.....	39

INTRODUÇÃO

No direito administrativo o tema licitação, é muito controverso em muitos aspectos, é um instituto que foi criado com o intuito de contratar obras, serviços e aquisição de bens pela Administração Pública.

O presente estudo tem o objetivo de mostrar aspectos relativos ao fracionamento do objeto da licitação, através da doutrina e da jurisprudência. De maneira indireta trata do objeto da contratação direta, na medida em que esse fracionamento pode burlar os requisitos definidos em lei para contratação.

O processo licitatório tem como foco primordial, a contratação de um particular por meio de disputa, visando a melhor proposta para a Administração Pública.

Todos os concorrentes devem atender ao descrito no ato convocatório, pois é de suma importância para o certame a definição do objeto, fornecendo o produto requisitado na sua integralidade de parcelas ou lotes.

A forma do fracionamento do objeto é de grande importância, considerando a sua divisão em parcelas ou lotes, com diferentes consequências jurídicas, surgindo então a necessidade de analisar o cabimento, as condições e limites a esse fracionamento.

É de suma importância explorar o tema ora mencionado com o objetivo de analisar como a escolha da modalidade de licitação pode ser prejudicada pelo fracionamento do objeto, o que acarreta profundas mudanças no resultado final, ou seja, a aquisição do serviço ou produto pela a Administração Pública.

Por outro lado, a importância do tema, licitação, é que ela é um instrumento de atuação pública que atingi de maneira direta os particulares, que tem interesse em contratar com a Administração Pública, e a população de maneira indireta, que é quem entra com recursos para que os entes públicos realizem suas aquisições.

O motivo pelo qual resolvi escrever sobre o tema, foi devido a confusão que muitos fazem em relação ao fracionamento do objeto e o fracionamento para a aquisição na hora da compra. Quando uma coisa é dividir o objeto para melhorar a competitividade, aumentando assim o número de participantes, e a outra é dividir a compra para fugir da obrigatoriedade de licitar ou fazê-la de maneira mais branda, diminuindo as exigências que beneficiariam melhor o município por exemplo, no caso das prefeituras onde é mais corriqueira esse tipo de prática.

Abordaremos julgado do TCU, com caso concreto. Onde mostra claramente o que alguns gestores vem fazendo em relação ao assunto abordado, e em comparação com a doutrina.

No primeiro capítulo mostraremos a importância da Licitação para à Administração Pública. A necessidade da licitação com dever do gestor para beneficiar da melhor maneira os administrados, trazendo o melhor benefício, pelo melhor preço. Cumprindo rigorosamente a Lei 8.666 sem se beneficiar, e sem se promover visando perpetua-se no poder.

No segundo capítulo, abordaremos a ilicitude no fracionamento do objeto como forma de burlar a obrigação de licitar e suas consequências à Luz da Lei de Improbidade. Condenação do gestor, quando comprovada a sua participação no dano ao Erário, e outros tipos de ilicitudes previstos nesta Lei, e conseqüentemente a devolução dos recursos desviados, através de sequestro de bens, e retenção desses recursos pelos órgãos competentes e agilidade nas apurações evitando a prescrição da grande maioria dos crimes, já que o dano ao Erário é imprescritível.

No terceiro e último capítulo abordaremos o fracionamento e a Lei de licitações, onde mostraremos de maneira clara como deve ser feito o fracionamento e os passos a serem seguidos pelo gestor, afim de trazer o melhor à Administração Pública.

CAPÍTULO 1. A IMPORTÂNCIA DA LICITAÇÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 Considerações Gerais Sobre Licitação

A demanda nos gastos públicos tem sido um grande desafio à administração pública quando se trata de ser dirigente, quanto a bens e serviços de terceiros. Foi com esse fim que o Estado criou um sistema que controla o gasto do dinheiro público instituído pela lei de licitações. Normas gerais relativas a licitação públicas, tanto para a União, como para Estados, Distrito Federal e Municípios, descrito na Constituição no seu artigo 37, inciso XXI e regulamentada pela Lei 8.666/93. Lei essa devendo ser baseada praticamente toda e qualquer matéria pertinente a normas gerais sobre licitações.

Vista preliminarmente como um processo de natureza administrativa, esta faz com que, toda vez que a Administração Pública quer adquirir bens e serviços, realizar obras, fazer alienações, coloca-se como uma medida preliminar ao contrato, ou então pelo menos como condição para sua assinatura. Isso tem como finalidade *a priori*, selecionar a contratação mais vantajosa para a Administração Pública conforme o que está fixado no instrumento convocatório de licitação, no edital. Por esse motivo a licitação tem que possibilitar além da igualdade de oportunidades entre aqueles que desejam contratar com a Administração, também permitir que seja feita dentre esses interessados a melhor escolha para esta, possibilitando a realização possível para a Administração Pública, evitando-se a pessoalidade através de apadrinhamento, favorecimento e perseguições.

1.2 Conceito de Licitação

De acordo com o professor Celso Antônio Bandeira de Mello,¹ podemos conceituar licitação como, a obrigatoriedade de licitar pelos entes da administração que pretendam alienar, adquirir, ou locar bens, permissões ou obras, serviços exclusivos, ou outorgar concessões, permissões de obras, serviço de uso exclusivo de bens públicos, devendo permitir

¹ MELLO, Antônio Celso Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 536.

ampla participação de interessados com suas propostas a fim de selecionar a que mais atenda ao interesse público, desde que já prefixadas no edital de convocação.

O professor enfatiza bem a questão da obrigatoriedade dos entes da administração direta e indireta que pretendam contratar com os particulares, lembrando que o interesse público é primordial nesta escolha se não vejamos o que diz o professor:

Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Donde, pressupõe, como regra, duas fases fundamentais (sem prejuízo de outras subdivisões): uma, a da demonstração de tais atributos, chamada habilitação, e outra concernente à apuração da melhor proposta, que é o julgamento.²

A autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro³, aproveita parte do conceito do autor José Roberto Dromi para explicar o que seria licitação. Ela detalha muito bem quanto ao procedimento administrativo licitatório, levando em conta a série de atos preparatórios, quando diz que é integrado esse procedimento, por parte da administração, o cuidado no edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de alguns atos intermediários ou até posteriores, como por exemplo: o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios etc. quanto o que cabe aos particulares pode ser: a retirada do edital, a proposta a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos e as impugnações.

A obscuridade quanto a licitação, vislumbrando pela ótica desta autora, fica praticamente inexistente, olhando pelo ponto de vista descritivo, claro que, do ponto de vista pragmático, a história é absolutamente diferente, pois é necessário um olhar caso a caso. Senão vejamos, conceitua a autora:

Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi (1975:92), pode-se definir a licitação como procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará a mais conveniente para celebração de contrato.

Ao falar-se em procedimento administrativo, está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela administração. A

² MELLO, Antônio Celso Bandeira de. **Curso De Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.536.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p.350.

licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. por parte da administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas etc. Por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações.⁴

A expressão ente público no exercício da função administrativa justifica-se pelo fato de que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenha personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação. Note-se que as entidades da administração indireta, com personalidade de direito privado, como empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, costumam ser chamadas por alguns autores de entidades públicas de direito privado, por terem o regime de direito comum parcialmente derogado por normas de direito público; é o caso dos dispositivos constitucionais que impõem licitação: arts. 22, XXVII; 37, caput, inciso XXI; e art. 173, § 1º, inciso III.

Pela licitação, a administração **abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório**, "grifo original" a possibilidade de apresentação de proposta. Quando a administração convida os interessados pela forma de convocação prevista na lei (edital ou convite), nesse ato convocatório vêm contidas as condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se tem para celebrar; o atendimento à convocação implica a aceitação dessas condições por parte dos interessados. Daí a afirmação segundo qual o edital é a lei da licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar proposta ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente.

Finalmente a expressão **possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará a mais conveniente para celebração de contrato** "grifo original" encerra o conceito de licitação. No direito privado, em que vigora o princípio da autonomia da vontade, o contrato celebra-se mediante a apresentação de uma oferta que o outro aceita. No Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; **a esta cabe escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público**, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório (GRIFO NOSSO).

Na visão do professor José dos Santos Carvalho Filho depois de considerar essenciais dois elementos que são: natureza jurídica e objetivo, porque a sua opinião é bastante válida

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 350.

por se tratar de um nome conhecido por sua dedicação e empenho quanto ao direito administrativo, vejamos então como conceitua a licitação o professor:

[...] o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.

De plano, vale apenas ressaltar que a licitação de que ora tratamos não se confunde com o atual instrumento da chamada pública, que mencionamos anteriormente no tópico relativo ao princípio da publicidade. Embora se formalize por meio de edital e, lato sensu, integre o sentido de licitação, a chamada pública serve para divulgar atividades da administração e convocar interessados do setor privado para participação. Portanto, não visa diretamente a obras, serviços ou compras, mas à seleção de credenciados, de associações civis, de autores de projetos etc., mediante a prévia e clara indicação dos critérios seletivos.⁵

Ele faz uma ressalva, “[...] não se confunde chamada pública com licitação pública” e ainda explica que “[...] aquela, serve para divulgar atividades da administração, e convocar interessados do setor privado para participação, portanto não visa diretamente a obras, serviços ou compras, como é o caso desta, mas à seleção de credenciados, de associações civis, de autores de projetos etc. mediante a prévia e clara indicação dos critérios seletiva”.⁶

1.3 Finalidade de Licitação

A finalidade está disposto no art. 3º da Lei 8.666/93 alterado pela Lei 12.349/10, três são as principais finalidades da licitação a) Selecionar a proposta mais vantajosa para a administração. b) Assegurar o princípio da isonomia. c) Promover o desenvolvimento sustentável.

1.4 Princípios de Licitação

Os princípios estão também em sua maioria disposto no art. 3º da Lei 8.666/93, porém os específicos são os seguintes: a) Legalidade encontra-se no art. 4º da lei, segundo palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010, pp.255- 256.

⁶ Ibidem.

Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se referem o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”.

Em rigor, podem alegar tal direito não apenas “todos quantos participem da licitação, mas todos quantos queiram dela participar e aos quais seja indevidamente negado acesso, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la.

Portanto a lei possibilita a qualquer cidadão a oportunidade através do direito público subjetivo, desde que não perturbe, acompanhar os trabalhos, não podendo assim ser-lhe negado sob qualquer que seja a alegação.⁷

Quanto à ideia de Impessoalidade, novamente, vem à tona os ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é se não uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.⁸

Quanto a esta questão, Hely Lopes Meirelles observa que os atos praticados pela Administração Pública devem ter por objetivo alcançar o interesse público, respeitando sempre o princípio da impessoalidade, também conhecido como princípio da finalidade, complementando o autor que:

Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo.⁹

Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka et al pondera em relação ao princípio da impessoalidade na licitação:

Se a Administração Pública, em razão da isonomia, está obrigada a tratar todos no mesmo pé de igualdade, temos que o princípio da impessoalidade vem, em última análise, a concretizar a imposição constitucional trazida no conteúdo da isonomia. Isso porque, pelo princípio da impessoalidade, a

⁷ MELLO, Antônio Celso Bandeira de. **Curso De Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.546.

⁸ MELLO, Antônio Celso Bandeira de. **Curso De Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.546.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 92.

Administração está obrigada a pautar seus atos única e exclusivamente com vistas ao cumprimento do interesse público, sendo vedado, portanto, o estabelecimento de cláusulas ou condições que imponham privilégios ou prejuízos a quem quer que seja, de modo a permitir que todos sejam tratados de forma igualitária.¹⁰

O princípio da Igualdade advém da Igualdade já prevista na Constituição Federal de 1988 e assim, procura estabelecer a necessidade de tratamento isonômico a todos aqueles que se propõem a contratar com a Administração Pública.

Nesse sentido, com exceção das hipóteses legais, não é possível quaisquer formas de discriminação entre participantes de certames licitatórios, seja frustrando sua participação por meio de critérios diversificados no edital ou no julgamento das propostas no certame. Observemos o que ensina Di Pietro:

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.¹¹

Em relação à Igualdade continua o professor Celso Antônio Bandeira de Mello a falar também deste princípio:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, ensejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, da CF.

Aliás, o § 1º, inc. Ido art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e veda o estabelecimento de preferência ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras ou estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato, ressalvadas exceções (de resto bastante amplas e importantes) estabelecidas na defesa de interesses genuinamente nacionais, ou mesmo de países do Merco Sul, constantes da própria Lei, §§ 5º a 15 deste mesmo art. 3º, que, em especial, salva guardou o tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte, e no art. 3 da Lei 8.248, de 23.10.1991. Fundamentalmente, consiste em preferências estabelecidas em prol dos produtos manufaturados nacionais ou serviços nacionais, de acordo com margem, em relação aos produtos estrangeiros, a ser estabelecida com

¹⁰TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro; PIRES, Antônio Cecílio Moreira. et. al. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 287.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 32.

base em estudos que levem em conta determinados fatores (incs. I a V do § 6º) e que será revista pelo menos a cada 5 anos, podendo ser estendida a produtos ou serviços oriundos de países do Mercosul. Esta margem tratando-se de produtos manufaturados nacionais – como tais entendidos os produzidos no território nacional com o processo produtivo básico ou com as regras de origem pelo Poder Executivo federal- e serviços nacionais- os prestados no país, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal- pode ser acrescida de mais 5%, mas não poderá, em seu todo, ultrapassar a 25%. A própria lei estabelece, no § 9º, que ditas preferências não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no país seja inferior à quantidade ser adquirida ou contratada.¹²

A publicidade se referencia ao sigilo na apresentação das propostas deve ser preservado. (art 3º, § 3º, Lei 8.666/93).¹³

No âmbito das licitações, é o ensinamento de Rigolin e Bottino:

[...] a publicidade é requisito absolutamente essencial à regularidade de qualquer licitação. Pensar-se em licitação não-pública, secreta, realizada às escondidas, é tão ilógico quanto adjudicar o objeto ao último classificado. Mais que isso: licitação “oculta” será quase sempre viciada por dolo, desvio de finalidade, má-fé da Administração, dirigismo fraudulento – e por mais essa razão é racionalmente inconcebível.¹⁴

A Vinculação, por sua vez, remete ao instrumento convocatório. De acordo com a Lei nº 8.666/93: “A Administração não pode descumprir, as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Dentre as principais garantias, pode-se destacar a vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório. Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório:

[...] é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”¹⁵

¹² MELLO, Antônio Celso Bandeira de. **Curso De Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 546-548.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009 p.364-265.

¹⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.116.

¹⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Fórum, 2007, p.416.

Já o Julgamento objetivo encontra-se nos arts. 44 e 45 da Lei de licitações. O princípio do julgamento objetivo é decorrência lógica do princípio da Vinculação. Segundo a melhor doutrina, ele impõe que a análise das propostas se faça com base no critério indicado no ato convocatório e nos termos específicos das mesmas.

Por esse princípio, obriga-se a Administração a se ater ao critério fixado no ato de convocação, evitando o subjetivismo no julgamento. Está substancialmente reafirmado nos arts. 44 e 45 do Estatuto Federal Licitatório, que assim determinam:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelo órgão de controle.

Em relação ao Procedimento formal, é necessário analisar o art. 4º, parágrafo único da Lei já por muito citada: “O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”. São Entidades que devem licitar:

O artigo 1º, (parágrafo único da Lei de licitações descreve as seguintes:

- a) Administração Pública Direta;
- b) Administração Pública Indireta;
- c) Os fundos especiais;
- d) Demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados Distrito Federal e Municípios.

1.5 Exceções com relação ao dever de licitar

A regra geral é que a licitação para toda a Administração em relação a obras, serviços, inclusive publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, em relação a contratação com terceiros.

Há hipótese, porém, de exceções prevista nesta Lei, sem a necessidade de licitação. São as chamadas de inexigibilidade e dispensa. Porém há autores que dizem que poderia se dividir em dispensável e dispensada¹⁶. A dispensa é tratada na Lei através dos artigos 17 e 24, os quais, por sua vez, elencam as hipóteses de dispensa que ocorrem em determinadas

¹⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Fórum, 2007, p.416.

situações. É possível licitar-se, porém a Lei diante de razões levando em conta o interesse público descreve a não necessidade de fazê-lo.

As Hipóteses são divididas em: Dispensada e Dispensável. Na Licitação dispensada não cabe à Administração a exigência da licitação, pois a própria Lei já o define. Vale lembrar que o poder discricionário, neste caso, não pode ser aplicado, são taxativas, estas hipóteses. Especialmente são as alienações de bens móveis e imóveis, como descreve o art. 17, I e II, da Lei 8.666/93.

Já em relação à licitação dispensável, a Lei autoriza a não realização da licitação, mesmo podendo ser feita. Nesse caso o poder discricionário pode ser usado, o administrador, enxergando conveniência e oportunidade, decidirá por fazê-la.

No art. 24 da Lei n.º 8.666/93, com as modificações que lhe seguiram, foram elencadas vinte e nove situações em que é “dispensável” a licitação. Vale a pena frisar que são hipóteses taxativas, não podendo o administrador ampliar discricionariamente o rol já elencado pelo legislador. A propósito, nesse sentido, colaciona-se novamente a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *in verbis*:

Não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na lei, *numerus clausus*, no jargão jurídico, querendo significar que são apenas aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam dispensa de licitação.¹⁷

Ademais, por se tratar de norma de caráter geral, a legislação local (estadual ou municipal) não poderá acrescentar qualquer outra hipótese. Passemos a examinar as hipóteses mais significativas do extenso rol previsto na legislação correlata à matéria.

Vale a pena conceituar também a Licitação inexigível, que aquela que ocorre quando houver inviabilidade de competição, ocorrendo, assim, a inexigibilidade, já que se houver, pouco competidor a Administração não terá motivos para fazer a licitação.

De acordo com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes isso ocorre porque “o princípio constitucional da licitação, como todas as regras de Direito, não têm valor absoluto, devendo ser coordenado com os outros princípios do mundo jurídico”.¹⁸

São casos legais de inexigibilidade que constam no art. 25 da Lei de licitações: “Fornecedor ou produtor exclusivo, vedada a preferência por marca; Contratação de serviços

¹⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 5. ed. Brasília: Jurídica, 2004.

¹⁸ *Ibidem*.

técnicos profissionais especializados de natureza singular, a serem prestados por profissional de notória especialização; Contratação de artistas consagrados pela crítica ou pelo público”.¹⁹

1.6 Modalidades de licitações

A primeira modalidade estudada é a Concorrência: Modalidades destinada para transações de maior vulto, como obras e serviços de engenharia, valores acima de R\$1.500,000,00, (um milhão e quinhentos mil reais) e para compras e demais serviços, acima de R\$ 650.000,00, (seiscentos e cinquenta mil reais) e facultado para os casos restantes. É obrigatório ainda para as seguintes hipóteses: compra de imóveis pela Administração; alienação de imóveis de certo valor; concessão de direito real de bem público; concessão de serviço público;

A licitação internacional, salvo quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

Outra modalidade existente é a Tomada de preço, que pode ser definida como aquela destinada a transações de valor médio para obras e serviços de engenharia, valores de até R\$ 1.500,000,00; para compras e demais serviços, até R\$ 650.000,00, e para os casos de convite é facultativo. Apenas podem concorrer os interessados que estejam inscrito previamente em cadastro administrativo organizado em ramos de atividade. Mas, até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas aquele que preencher todas as condições de cadastramento previstas nos artigos, 27 a 31 da Lei de licitações, poderão também participar.

Destinada às contratações de valor mais baixo, para obras e serviços de engenharia, até valores de R\$ 150.000,00; (cento e cinquenta mil reais), para compras e demais serviços, até R\$ 80.000,00, (oitenta mil reais). Não necessita de publicidade, apenas afixação em local apropriado do instrumento do convite.

Devem ser convocadas pelo menos três pessoas do ramo pela Administração, cadastradas ou não, estendendo o convite aos cadastrados do ramo que se interessarem até 24 horas da apresentação das propostas.

Se na praça houver mais de três interessados, a cada convite novo deve-se chamar um que ainda não tenha sido convidado, até que todos os cadastrados sejam chamados. Concurso:

Nesta modalidade qualquer interessado pode disputar, trabalho técnico, científico ou artístico mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios

¹⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 5. ed. Brasília: Jurídica, 2004.

constantes no edital. Ex: trabalho escrito (trabalho técnico), concurso de música ou hino (trabalho artístico).

A próxima modalidade estudada é o Leilão. Tal modalidade destina-se à venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou produtos legalmente apreendidos ou penhorados. Bens imóveis cuja aquisição tenha derivado de procedimentos judiciais ou dação em pagamento.

Por fim, há a modalidade Pregão. Esta modalidade de licitação está prevista na Lei 10.520/02, de aplicação na competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Na esfera federal o pregão tem base no decreto 3.555/00. Trata-se de modalidade de aquisição de bens e serviços comuns, os quais, cujo padrão de desempenho e qualidade possam objetivamente ser definidos no edital por meio de especificações usuais no mercado. Não há, porém, limites de valor para o pregão. O limite está no fato de ser apenas utilizado para aquisição de bens e serviços comuns.

São suas características principais: Inverte a ordem procedimental. Em primeiro lugar será selecionada a melhor proposta, e depois verificar-se-á a habilitação do vencedor em um processo mais rápido. Caso o vencedor não seja habilitado, passa-se para o segundo colocado.

Após a verificação e classificação das propostas escritas, iniciam-se as ofertas verbais, sucessivas e decrescentes. Participam dessa fase apenas o que ofertou o menor valor e os autores das ofertas com preço até 10% superiores àquele. Não havendo portanto pelo menos três ofertas nessas condições, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de três, oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos, até a proclamação do vencedor, em continuação ao processo de julgamento das propostas. Escolha do tipo de licitação: Tipo de licitação, menor preço.

A adjudicação virá após a abertura dos envelopes, com as propostas e depois de classificado no julgamento, em uma única sessão, feita pelo pregoeiro. Pode-se analisar que, através da licitação, todos os princípios expressos na constituição pertinentes à Administração Pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, serão observados.

Devido a isso, necessário é que o procedimento licitatório esteja sempre vinculado à lei, obedecendo ao princípio da legalidade. Esta observação trará sempre um tratamento igualitário entre os licitantes, de forma a todos que se interessarem em participar do procedimento possa fazê-lo.

Assim pode entender que a Administração Pública, em todas as esferas de governo, não possui liberdade quando desejar contratar, pois deve sempre se reger com seus atos pela

estrita observância das disposições normativas e visando o interesse público.²⁰ Nesse sentido, daí se observar a importância da licitação para a Administração Pública, por isso posiciona-se como meio de controle dos recursos públicos, evitando-se assim desvios de finalidade por parte dos administradores, como meio de combate a corrupção, a fuga do dinheiro público e proporcionando a correta destinação as verbas públicas, sempre visando o interesse comum.

²⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 5. ed. Brasília: Jurídica, 2004.

CAPÍTULO 2. FRACIONAMENTO POR COMPRA E A LEI DE LICITAÇÃO

2.1 As Exceções e a Obrigatoriedade Legal de Licitar

Fracionamento Legal: Como já se viu nos capítulos anteriores, há a possibilidade do fracionamento legalmente permitido, senão veja o que nos traz o professor Marçal Justen Filho:

O disposto no § 1º do art. 23 apresenta alguma relação com o art. 8º e seu § único, que vedam a execução parcial de objetos de que a Administração Pública necessita.

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incs. I e III do art. anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I. omissis;

a). omissis;

b) omissis;

c) omissis;

§1,º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovem 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.²¹

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos traz sua versão sobre a Dispensa e Inexigibilidade:

O art. 37, XXI, da Constituição Federal, ao exigir licitação para os contratos ali mencionados, ressalva “os casos especificados na legislação”, ou seja, deixa em aberto a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que na **dispensa**, há possibilidade de **competição** que justifique a licitação, de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa que** atenda às necessidades da Administração; a licitação, portanto é inviável (GRIFO NOSSO).²²

Acontece porém que a Lei de Licitações, surgiu devido a necessidade de transparência na Administração Pública, objetivando os julgamentos das propostas, regrado, a partir desse

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 482-483.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.395.

momento, todos os contratos Administrativos em todas as esferas, seja Federal, Estadual e Municipal. Fortalecendo assim, o que prever o art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988.

2.2 Previsão de Punibilidade na Lei de Licitação

2.2.1 Comentário à Lei de Licitações

A própria Lei de Licitações, preverem alguns casos de punição em caso de descumprimento no que diz respeito ao fracionamento, como é o caso do art. 89, como cita o professor Marçal Justen Filho:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades:
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.²³

Vamos observar também o que comenta o Professor Marçal a respeito deste artigo:

O art. 89 comporta dois tipos distintos. Há o crime do caput, que é uma conduta praticada exclusivamente pelo agente estatal encarregado de deliberar sobre a observância ou não da licitação. E existe o tipo do parágrafo único, que envolve a conduta de um terceiro, que tenha concorrido ou se beneficiado da contratação direta indevidamente praticada.²⁴

Também em seu comentário o professor Antônio Celso Bandeira de Melo fala sobre os crimes descritos nos arts. 89-91 e 93-98, veja o comentário do professor:

A Lei 8.666 capitula como crime diversos procedimentos infringentes da correção no cumprimento das obrigações previstas em relação à licitação (arts. 89-91 a 93-98). As penas variam, conforme o crime, entre seis meses de detenção a seis anos e incluem sempre multa, que nunca será inferior a 2% nem superior a 5% do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação. Em certas figuras típicas o sujeito ativo do crime é o agente do Poder Público, em algumas será ele ou o licitante, e em outros ambos assujeitam-se à mesma pena.²⁵

Nota-se no comentário feito pelo professor Antônio Celso que, a punição não fica restrita ao agente, o licitante também responde, ou ainda, ambos. Sempre seguido de multas,

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp.1170.

²⁴ Ibidem.

²⁵ MELLO, Antônio Celso Bandeira de. **Curso De Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 630.

as quais, não poderão ser inferior a 2%, ou superior a 5% do valor do contrato celebrado ou licitado, com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

2.2.2 Previsão de Punibilidade na Lei de Improbidade:

Abordaremos a partir de agora, o tema objeto deste trabalho, que é as consequências advindas a luz da lei 8.429/92, da dispensa ou inexigibilidade, fracionando indevidamente, despesas, com o intuito de burlar a lei de licitações que também prever punições como vimos anteriormente, Lei essa, 8.666/93.

A irretroatividade da lei de improbidade: Exceto no que tange ao dever de ressarcir danos no comentário do Professor Pedro Roberto Decomain, sobre a irretroatividade da lei, veremos a exceção, que é do ressarcimento ao Erário:

O parágrafo 4º, do art. 37, da constituição federal, foi disciplinado pela lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. A partir da sua entrada em vigor, passaram a ser aplicáveis as sanções previstas no parágrafo 4º, do art. 37, da constituição Federal, sem prejuízo do reconhecimento de que o ressarcimento de danos ao Erário poderia ser pleiteado mesmo antes da vigência daquela lei.

Afora desse aspecto, porém, do ressarcimento de danos ao Erário, a Lei n. 8.429/92 não pode ser aplicada retroativamente. Desta sorte, a fatos acontecidos antes de sua vigência não podem ser aplicadas as penalidades nela previstas (ressalvado o ressarcimento de danos), até porque a própria Constituição Federal afirmou, no próprio parágrafo já mais de uma vez invocado, que as sanções enumeradas no próprio parágrafo seriam aplicadas em observância à forma e à gradação previstas em lei. Antes da existência da Lei, portanto, pela ausência de parâmetros para aplicação de tais penalidades, a sua imposição era impossível. Essa circunstância assegura a irretroatividade da Lei n. 8.429/92, cujas sanções somente podem ser aplicadas a atos de improbidade administrativa cometidos após a sua entrada em vigor.²⁶

O ressarcimento ao Erário, é a forma de punição mais plausível para sociedade Brasileira, pois a certeza da devolução aos cofres públicos por meio desta condenação, não é contemplada pela prescrição, através da jurisprudência do STF no julgamento do Mandado de Segurança. 26.210 do DF, por meio da relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, ficou consolidado esse entendimento.²⁷

²⁶ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014. p.21.

²⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança. Tribunal Pleno Distrito Federal, 04/09/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826210%2EENUME%2E+OU+26210%2EACMS%2E%29+%28%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORL%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORV%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29>

Noção do que vem a ser Ato de Improbidade Administrativa. Como nem a Lei 8.429/92, nem a Constituição Federal, conceitua o que vem a ser ato de improbidade, novamente veja o professor Pedro Roberto Decomain, que também descreve os comentários do professor, Celso Ribeiro Bastos e também professor José Cretella Júnior:

Nem a constituição Federal e nem a lei n. 8.429/92 conceituam ato de improbidade administrativa, Desta sorte, interessante que se tente estabelecer esse conceito, ainda que tal tarefa envolva um risco, pela insuficiência do conceito que venha a ser obtido, diante da amplitude da proteção conferida aos princípios constitucionais norteador da administração pública, e considerando também a diversidade de situações que seu texto enquadra nesse conceito. Há que ter, portanto, a cautela de não produzir conceito por demais estreito, a conduzir ao eventual reconhecimento de que alguma das situações focadas pela lei como caracterizadoras de improbidade, na verdade não o seria, porque excluída do respectivo conceito constitucional. Se a constituição Federal utiliza o termo “ato de improbidade administrativa”, transformando a improbidade em conceito constitucional, importante que se tente delimitá-lo.²⁸

De fato. Atribuir à ideia de Ato de Improbidade um leque muito grande de possibilidades, pode acabar por defasar o próprio ideal, fazendo, assim, com que o mesmo perca o sentido. Discorrendo a esse respeito, Celso Ribeiro Bastos observou que:

[...] os atos de improbidade, é dizer, desonestidade, ofensa à moralidade administrativa”, já importaram em sanção do tipo das previstas pelo parágrafo 4º, do art. 37, da constituição Federal de 1988, mesmo no Direito anterior à referida Constituição. Todavia, observa também que, tendo a Constituição inserido dentre os princípios retores da Administração Pública o da moralidade administrativa, o alargamento da noção de improbidade administrativa defluiu daquele princípio²⁹.

Tal previsão funciona acima de tudo como algo que visa prevenir e proteger os Erários dos atos de seu gestor.

Também José Cretella Júnior, ao discorrer acerca do parágrafo 4º, do art. 37 da Constituição Federal, evoca o princípio da moralidade administrativa, como um dos fundamentos para o reconhecimento de que atos de improbidade administrativa conduzam às sanções previstas no aludido parágrafo³⁰.

%2ENORA%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/z7a2qzz/>. Acesso em: 12/05/2016.

²⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014, pp.22-23.

²⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. vol. São Paulo: Saraiva, 1992, p.163.

³⁰ Ibidem.

2.3 O conceito de Agentes Públicos: Para os efeitos dos atos de Improbidade Administrativa

Veja agora como o professor Pedro Roberto Decomain, comenta sobre o Conceito do que vem a ser, Agentes Públicos:

O art. 2º da Lei n. 8.429/92 esclarece quem deve ser considerado agente público, para os fins de aplicação daquela Lei. Segundo o dispositivo, “reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

A Lei é aplicável a agentes públicos em sentido amplo, compreendendo não só servidores públicos em sentido estrito, aqueles que com a Administração mantêm vínculo estatutário, quer se trate de cargos de provimento efetivo, quer se trate de cargos em comissão, quer se trate de servidores em estágio probatório, servidores ou empregados de fundações instituídas ou mantidas pelo poder Público, e ainda todos aqueles que são considerados agentes políticos, ou seja, que exercem funções inerentes a um dos Poderes do Estado, funções nos Tribunais ou Concelhos de Contas e no Ministério Público. Também não importa se se cuida de servidores civis ou militares. O modo de investidura no cargo ou função também é irrelevante. Por fim, também os dirigentes e empregados das entidades mencionadas no parágrafo único do art. 1º podem ficar sujeitos as sanções previstas na Lei n. 8.429/92, quando comentam atos por ela considerados de improbidade administrativa. A decisão que já se transcreveu, confirmando a possibilidade da aplicação da Lei a dirigente de hospital particular conveniado ao SUS, é bom exemplo.

Em suma, a Lei aplica-se a todos aqueles que exercem qualquer espécie de função nas entidades administrativas mencionadas no caput do art. 1º, e também a quem exerça qualquer espécie de função nas entidades mencionadas no parágrafo único daquele artigo.³¹

Quanto às categorias de Atos de Improbidade Administrativa Previstas na Lei nº 8.429/92, o professor Pedro Decomain relaciona os artigos da Lei de Improbidade que tipificam os três tipos de crimes relacionados na Administração Pública, vejamos o comentário dele:³²

A Lei n. 8.429/92 relaciona, em seus arts. 9º a 11, três grandes grupos de atos de improbidade administrativa. No art. 9º, discrimina atos de improbidade administrativa que importam em ganho patrimonial ilícito para o próprio agente público. No art. 10, relaciona atos de improbidade administrativa cuja tônica é o prejuízo patrimonial para a entidade administrativa que importam em violação ao deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

³¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 36.

³² *Ibidem*.

Nas palavras de Wallace Paiva Martin Júnior, “O art. 9º, caput, apresenta a primeira das três espécies ou modalidades de atos de improbidade administrativas, sancionadas pela Lei Federal n. 8.429/92”, acrescentando que, nele, “a punição dirige-se aos atos que importam enriquecimento ilícito, conceituado, ampla e genericamente, como o auferimento de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades descritas no art. 1º”³³.

A propósito do art. 10 da Lei, Wallace Paiva Martins Júnior pondera também que, nele, a tônica central “é fornecida pela compreensão da noção de perda patrimonial, que é o efeito do ato comissivo do agente, e expressa-se na redução ilícita de valores patrimoniais”³⁴.

Ainda observa o estudioso:

Cabe registrar que, ao menos ao prever as situações de improbidade marcadas pela ocorrência de prejuízo para o Erário, a Lei, em seu art. 10, faz referência expressa a condutas culposas. Desta sorte, no mínimo no pertinente às situações focadas culposas. Desta sorte, no mínimo no pertinente às situações focadas naquele artigo, em tese se pode vislumbrar improbidade quando o prejuízo tenha advindo de culpa em sentido estrito, isto é, quando tenha sido resultado de conduta negligente, imprudente ou imperita do agente público³⁵. Com mais razão ainda a improbidade existirá, se o dano for causado intencionalmente.

Por fim, no art. 11, a Lei prevê situações em que a improbidade, sem representar enriquecimento ilícito e também sem ressaltar em prejuízo patrimonial para o Erário, se caracteriza pela violação a princípios constitucionais norteadores da Administração³⁶.

As Relações de Atos de Improbidade Administrativa Contidas nos artigos. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92 são Exemplificativas.

Veja agora o que diz o professor em relação a explicação da Lei 8.429/92 em cada um dos três artigos, relacionados a Improbidade Administrativa:³⁷

As relações de Atos de improbidade administrativa constantes dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429, são meramente exemplificativas.

Isso resulta nítido do modo como o caput de cada um desses artigos se acha redigido. Assim, o art. 9º afirma que “constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)”. Do mesmo modo, o art. 10 diz que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou

³³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa: A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.213.

³⁴ *Ibidem*, p. 238.

³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro, *Apud*. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa: A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.186-187.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014, p.36.

³⁷ *Ibidem*.

omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)”. Por fim, afirma o art. 11 que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: (...)”.

A presença da expressão “e notadamente”, ao final do caput de cada qual desses artigos, denota claramente que as listas de atos de improbidade administrativa que se seguem ao longo dos incisos são meramente exemplificativas e não taxativas.

Além disso, o art. 9º da Lei afirma que constitui ato de improbidade administrativa “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade” nas entidades mencionadas no art. 1º existe, portanto, previsão genérica nesse dispositivo, do que constitui essa categoria de ato de improbidade: será ato dessa natureza qualquer atividade do agente público pela qual aufera vantagem patrimonial indevida, desde que tal ocorra em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade.

A mesma coisa acontece com o art. 10. Também nele se afirma, de modo abrangente, que caracteriza ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e haveres das entidades mencionadas no art. 1º da Lei. Novamente se tem previsão genérica do que constitui ato de improbidade administrativa dessa categoria: qualquer ação ou omissão, envolvendo agente público, que produza, intencionalmente ou por imprudência, negligência ou imperícia, perda patrimonial para o Erário.

Por fim, o art. 11 também contém uma definição genérica dos atos de improbidade administrativa da categoria que procura especificar, o que se percebe quando naquele artigo se afirma que será havida como ato de improbidade qualquer ação ou omissão que atente contra os princípios da Administração pública ou que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Desta sorte outros eventuais atos que causem enriquecimento ilícito do agente, prejuízo patrimonial para o Erário ou que importem em violação aos deveres referidos no art. 11, não deixarão de caracterizar improbidade administrativa, pelo tão só fato de não se enquadrarem em algum dos incisos de qualquer dos três artigos considerados³⁸.

E por que enfatizar, como faz o professor Pedro Roberto Decomain o fato de ser meramente exemplificativo o rol estipulado nos três artigos que acabamos de observar?, Pelo simples motivo de que ainda que uma conduta não esteja ensejada nestes incisos, ainda assim não deixaria de ser ilícita tal conduta.

O também professor José Francisco Seabra Mendes Júnior, em seu artigo nos traz mais explicações sobre Fracionamento, já que é primordial para entendermos, por se tratar do tema principal deste trabalho e esclarece de maneira cristalina sobre fracionamento permitido e

³⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro, *apud*. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa: A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.186-187.

proibido, inclusive citando nomes como o do professor no campo Administrativo Marçal Justen Filho:

Como visto, o fracionamento excepcional admitido no art. 23, §5º da Lei de Licitações, aplicável apenas aos casos de obras e serviços, não se confunde com o fracionamento indevido ora objeto de estudo. Novamente socorremos da lição de Marçal Justen Filho, que, ao tratar do somatório de parcelas, elucida com clareza o fundamento da vedação do fracionamento das despesas que podem ser realizadas conjunta e concomitantemente, salientando que, em verdade, o fracionamento é válido, contanto que as contratações fracionadas não sejam consideradas de forma isolada, para fins de determinar o cabimento da realização de licitação ou mesmo para escolha da modalidade do certame licitatório conforme o valor. Vejamos, pois, seu lapidar escólio:

“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 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 da 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.³⁹

O fracionamento excepcional com está explícito no art. 23, § 5º da Lei de licitações, aplicáveis, apenas aos casos de obras e serviços, não se confunde com o fracionamento, como explicado pelo professor, fala de parcelas, diferentes do fracionamento indevido.

³⁹ SEABRA JUNIOR, José Francisco Mendes. **Fracionamento de Compras como Forma de Burlar a Obrigatoriedade de Licitação e suas Consequências à Luz da Lei 8.429/92**. Disponível em: <<https://www.mpto.mp.br/media/caops/patrimonio-publico/files/files/fracionamento-de-despesa.pdf>>. Acesso em: 19 de maio 2016.

CAPITULO 3. FRACIONAMENTO DE COMPRAS COMO FORMA DE BURLAR A LEI DE LICITAÇÕES E AS CONSEQUÊNCIAS A LUZ DA LEI DE IMPROBIDADE

3.1 Conceito de Fracionamento na Interpretação do TCU

O Tribunal de Contas da União recomenda o uso de um manual no qual é renovado periodicamente os procedimentos a serem tomados quanto a observação no que diz respeito a compras através do fracionamento, este último foi reeditado no ano de 2010. Veja o que vem a ser fracionamento de acordo com o manual do Tribunal de Contas da União:

Fracionamento, à luz da Lei de Licitações, caracteriza-se 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. A Lei nº 8.666/1993 veda no art. 23, § 5º, o fracionamento de despesa. Impede, por exemplo, 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 a soma dos valores caracterizar o caso de tomada de preços. De igual forma, a utilização de várias tomadas de preços para se abster de realizar concorrência. Ressalvado o pregão, que pode ser adotado em qualquer caso, não é permitida utilização de modalidade inferior quando o somatório do valor em licitação apontar outra superior. Ou seja:

- convite, quando o valor determinar tomada de preços ou concorrência; ou
- tomada de preços, quando o valor for de concorrência.⁴⁰

É perceptível que a intenção primária do Fracionamento é agilizar e facilitar a licitação naquelas situações nas quais a mesma pode ser fracionada. Entretanto, não é sempre que ela poderá ser feita e nem de qualquer forma. Segundo o TCU: “É vedado fracionamento de despesas para adoção de dispensa de licitação ou modalidade de licitação menos rigorosa que a determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado”. 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 à

⁴⁰ BRASIL. TCU. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria- Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>. Acesso em: 07 de maio de 2016.

modalidade de licitação inferior à exigida pela lei. Pela legislação pertinente, não se considera fracionamento a contratação de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diferente daquela do executor da obra ou serviço. É comum o gestor público não saber, ao longo do exercício, quanto por exemplo vai ser gasto efetivamente na contratação de bens, de execução de obras ou de prestação de serviços. Não tem o hábito de planejar.⁴¹

Entretanto, o Fracionamento não é algo muito positivo, segundo o TCU, nas raras vezes, ocorre fracionamento da despesa pela ausência de planejamento da Administração. 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.⁴²

O chamado “fracionamento” portanto, tem sido um grande obstáculo para a Administração Pública nas contratações de bens e serviços na ótica dos Tribunais de Contas e da Controladoria Geral da União.

Nas administrações municipais, tem-se constatado cada vez mais, um alto índice de improbidade, muito por causa da desinformação as características do local, as necessidades imprevisíveis, a falta de planejamento e outras circunstâncias, têm sido os motivos ensejadores das frequentes aquisições fracionadas e, conseqüentemente, os grandes vilões, dos indícios levantados de improbidade administrativa.

Existe, porém, controvérsia, sobre o que vem a ser considerado fracionamento, uma vez que diante da opinião de algumas auditorias, tanto do Tribunal de Contas, quanto da Controladoria Geral da União, muitos têm sido os casos em que, relatórios apontam para compras, ainda assim, adquiridos em pequenas quantidades, de acordo com as necessidades ao longo dos exercícios, e vão além dos custos previstos para o valor orçamentário definido para o ano.

⁴¹ BRASIL. TCU. AC-1620-24/10-P. Sessão: 07/07/2010 Grupo: I Classe: VII Relator:Ministro RAIMUNDO CARREIRO Fiscalização TCU Plenário-TC023093/2008-6. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20101007/AC_1620_24_10_P.doc:. Acesso em: 07 de maio de 2016.

⁴²TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)**. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência, Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>>. Acesso em: 07 de maio de 2016.

A grande controvérsia está no que chamamos de periodicidade legal para adquirir bens e serviços em valores de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), para compras e serviços comuns, e de 15.000,00 (quinze mil reais), para obras e serviços de engenharia.⁴³

Veja o que dispõe a Lei, especificamente a respeito quanto à equivocada vinculação dessa suposta periodicidade ao crédito orçamentário, que em seu artigo 57 diz que “A duração dos contratos regidos por esta lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários [...]”.

Lembrando que o texto legal acima refere-se a duração dos contratos, e assim sendo, não precisamos nos esforçar para saber que estamos falando de aquisições de que decorrem de procedimento licitatório, ou mesmo de dispensa, ou de inexigibilidade, dos quais, é evidente que é resultante de celebração de instrumentos processuais que, em regra, quando da execução do objeto adquirido ou contratado, resulta em compromissos futuros, e tem a serventia de estabelecer os limites das obrigações das partes, especialmente os referentes aos prazos de execução, formas de pagamento, a possibilidade de alteração, as situações de inadimplemento e das sanções, dentre outras condições.

Quanto ao termo de contrato é bom lembrar que nem toda aquisição gera a obrigatoriedade deste. A Lei prevê para algumas situações a Administração a faculdade de substituí-lo por instrumento mais hábeis e menos burocráticos ou seja, nota de empenho, carta-contrato, ou, simplesmente, pela ordem de execução de serviços, sendo indispensável independentemente de seu valor, nos casos de compras com entrega imediata e integral do objeto, (art.62, parágrafo 4º da Lei 8.666/93).⁴⁴

A despeito do que foi tratado pode ainda ter como dispensabilidade do instrumento do contrato, observar que a Lei nos traz a hipótese da desnecessidade em alguns contratos de dispensa de licitação, como é o caso das dispensas no caso de aquisições dentro dos limites da dispensa. O *caput* do artigo 26 da Lei 8.666/93 dispõe:

As dispensas previstas nos §§, 2º. e 4º. Do art. 17 e nos incs.III a XXIV 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, (Lei de licitações) deverão ser comunicados dentro de três dias a autoridade

⁴³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p.371.

⁴⁴ BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Lei de Licitações. Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1080432/http---www.planalto.gov.br-ccivil_03-leis-l8666compilado>. Acesso em: 07 de maio de 2016.

superior, para retificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.⁴⁵

Os legisladores excluíram do texto acima os casos quanto a obrigatoriedade de dispensa e inexigibilidade de licitação e colocaram nos incisos I e II do Art. 24 que são os casos de aquisições de procedidas dentro dos limites de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), obras e serviços de engenharia), e de R\$ 8.000,00, (oito mil reais) outros serviços e compras não abrangido portanto, pela obrigatoriedade de formalização de que trata o caput do Art. 62.

No texto abaixo veja o quanto é desnecessário a burocracia formais que nada contribuem nas pequenas aquisições, já que, a celeridade é que conta, de forma legal. O artigo: “É dispensável o termo de contrato e facultada a sua substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.”⁴⁶

Importa salientar que a entrega imediata e integral deve-se observar que os bens adquiridos não resultem em obrigações futuras.

3.2 Breve Julgado Do TCU Sobre Fracionamento

Não havendo então necessidade de relação de compromisso futuro entre as partes, não há de se falar em contrato e conseqüentemente de se falar também em duração e vigência de contratos por dispensáveis que se apresentem. Veremos agora trechos de relatórios de um julgado do que pode ser um fracionamento, e o que o tribunal de contas, configura como sendo irregular com recomendações inclusive de procedimentos à ser tomados.

1. Cuidam os autos de denúncia a respeito de possíveis irregularidades praticadas na Diretoria Regional da ECT em Rondônia-Acre, relacionadas a reformas feitas em diversas agências vinculadas àquela diretoria.
2. [...] contratações para serviços de manutenção e adequação predial em 12 agências localizadas em diferentes cidades, capitais e interior, dos Estados do Acre e Rondônia.
[...].
4. A equipe de inspeção registrou que a Diretoria-Regional da ECT-RO/AC despendeu, no ano de 2005, cerca de R\$ 1,2 milhão com serviços de manutenção e adequação predial, tendo sido a maior parte das contratações

⁴⁵ BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Lei de Licitações. Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1080432/http---www.planalto.gov.br-ccivil_03-leis-l8666compilado>.

Acesso em: 07 de maio de 2016.

⁴⁶ Ibidem.

realizada com dispensa de licitação e, preponderantemente, nos meses de novembro e dezembro.

5. Segundo o entendimento da equipe, aquela unidade da ECT incorreu nas seguintes irregularidades nas contratações examinadas: fracionamento de despesa; [...].

6. No tocante ao fracionamento de despesa, entendeu a equipe que caberia a utilização da modalidade tomada de preços, haja vista a natureza semelhante das contratações por dispensa de licitação e que o somatório dos valores obrigaria a tanto.

7.Omissis.

8.Omissis.

9. As análises constantes do relatório de inspeção são no seguinte sentido:

4.1 Fracionamento de Despesa:

4.1.1 A Lei 8.666, de 1993, em seu artigo 23, § 5º, veda o fracionamento de despesa, irregularidade essa que se caracteriza quando se divide a despesa para utilizar a modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa, ou com a finalidade de efetuar contratação direta, como foi o caso dos acordos objeto desta inspeção.

O diretor da agência em questão foi negligente ao dividir os serviços de engenharia em várias contratações, com isto, reduziu o valor do serviço no todo. Onde deveria ter somado o serviço por completo, chegando como mostra o julgado a modalidade Tomada de Preço, que é a modalidade quando o valor total do serviço é de R\$ 150.000,00 à R\$ 1.500.000,00. Neste caso o valor total foi de 74% do total de R\$ 1.243.004,72, aproximadamente R\$ 919.822,96, portanto se enquadrando nesta modalidade.

4.1.2 É completamente desarrazoada a realização de contratação direta, por dispensa de licitação, de obras e serviços de idêntica natureza e no mesmo local, que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. Em outras palavras, é vedada a utilização de modalidade inferior de licitação quando o somatório do valor a ser licitado caracterizar modalidade superior.

4.1.3 No caso em tela, os valores envolvidos montaram a quantia de R\$ 1.243.004,72 (um milhão, setecentos e quarenta e três mil, quatro reais e setenta e dois centavos). Desse montante, cerca de 74% (setenta e quatro por cento) foi operacionalizado via contratações diretas.

4.1.4 Em função disso, não pode ser aceita a justificativa do agente público de que tal fato se deveu à falta de planejamento, já que este é um dos princípios legais norteadores da atividade pública, devendo ser adotado e fielmente seguido durante toda a gestão anual.

4.1.5 Também não cabe prosperar a alegação do gestor de que entende como mesmo local cada uma das municipalidades atendidas pela ECT, o que justificaria a realização de contratações individuais sem licitação. Isso em razão da existência de julgado do TCU em sentido absolutamente oposto, (Processo TC 500.245/1997-5) no qual foi considerada improcedente a alegação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que centralizando as licitações, fracionou despesa por se tratar de seção judiciária diferente. A decisão emanada na ocasião por essa Corte de Contas foi no sentido de determinar ao referido tribunal que, na execução de obras e serviços e nas compras parceladas nos termos do § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, observasse as prescrições constantes do § 2º do mesmo artigo, de forma a preservar a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

4.2 Omissis; [...]

c) Oriente todas Diretorias Regionais da ETC quanto à utilização da modalidade de licitação correta, tendo em vista o montante de recursos envolvidos para o total das obras de mesma natureza realizadas anualmente pela regional, em observação à Lei nº 8.666/93. Evitando-se assim o fracionamento da despesa e o enquadramento da contratação em modalidade de licitação inadequada; [...]

a) realize planejamento anual das obras serem realizadas pela regional e utilize a modalidade de licitação recomendada em razão do valor do somatório das obras de semelhante natureza, devendo proceder à adjudicação por obra com a finalidade de obter vantagens proporcionadas pelo mercado;

b) [...]

c) [...]

6.1.3 [...].

13. [...].

14. [...].

15. [...].⁴⁷

Os valores deste julgado nessa parte final desta citação, não são necessários para esclarecimento do que está a se estudar neste trabalho, o que importa é a maneira que o tribunal vem a nos trazer de forma a entender, o que vem a ser fracionamento, e como neste caso, ele foi de maneira a não deixar dúvida, violado pela inobservância dos princípios que regem a administração pública.

A empresa em questão, descumpriu de forma deliberada através do seu diretor, toda esta recomendação legal, pois não fez planejamento, nem pesquisa, se vê claramente isto, além de subfaturar, segundo o Ministro relator, preços como informado, também pagando por serviços não executados depois do prazo que deveria ter sido feito, o que não é permitido.

Para efeito de cumprimento, como manda a legislação, o melhor a fazer para não fugir dos parâmetros legais é observá-la, seguindo a orientação da ferramenta de controle para auxílio aos agentes públicos que é recomendado pela Lei de Licitações, (Art. 15, II), e devidamente regulamentado pelo decreto nº 3.391/01. Ajuda a administrar, controle de estoque, aquisições, racionalizar procedimentos e evitar fracionamentos injustificados, evitando assim, acusações de improbidade administrativa, incorrendo em processo administrativo e provável condenação.⁴⁸

⁴⁷ BRASIL. **Tribunal de Contas da União (TCU)**. Acórdão n.º 2.261/2011. Relator: Ministro José Jorge. Sessão: 24/08/2011. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId>. Acesso em: 07 de maio de 2016.

⁴⁸ BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Lei de Licitações. Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1080432/http---www.planalto.gov.br-ccivil_03-leis-l8666compilado>. Acesso em: 07 de maio de 2016.

O artigo (15, § 7º, Lei 8.666/93), orienta o administrador quanto a quantidades de unidade, em consumo provável para serem adquiridos, usando sempre que possível, técnicas adequadas no sentido de evitar perda ou falta nesse consumo.

O objeto da licitação pode ser fracionado, neste caso a Administração dividirá o objeto em lotes ou itens que, somados, irão compor o integral objeto da necessidade da Administração Pública. Este fracionamento vem regulado pelo artigo 23 § 1º da Lei nº 8.666/93.

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.

O professor Marçal Justen Filho no seu comentário ao parágrafo primeiro do artigo 23 da lei 8.666/93, diz o seguinte sobre o fracionamento da contratação;
O disposto no § 1,º do art. 23 apresenta alguma relação com o art. 8,º e seu parágrafo único, que vedam a execução parcial de objetos de que a Administração Pública necessita.⁴⁹

3.3 Conceitos de Dispensa e Inexigibilidade

Para evitar qualquer espécie de confusão entre Fracionamento, Inexigibilidade e Dispensa, para melhor compreensão do presente trabalho, vejamos conceitos das espécies acima relacionadas. Em relação à Dispensa, o artigo 24, da Lei 8.666/93 elenca as hipóteses de dispensa de licitações, prevendo como uma de suas hipóteses:

I. omissis

II. Para outros serviços e compras de valor de até 10% (dez por cento) no limite previsto na alínea “a” do inc. II do art. anterior e para alienações, nos casos previsto 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.⁵⁰

Há previsão de dispensa de licitação para compras e serviços no valor até R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Acontece que não se pode admitir a dispensa de licitação pelo valor, se ocorrer o fracionamento do objeto, se utilizado com o intuito de burlar o procedimento licitatório. Vale

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.365.

⁵⁰ Ibidem.

ressaltar que a Lei proíbe a contratação direta de compra de objeto que tenha sido parcelado no propósito de fracionar seu valor integral, tentando com isto evitar a realização do procedimento seletivo, que seria obrigatório para a contratação da sua integralidade.

Esta vedação também se estende para obras e serviços descritos no art. 23 §, 5°. Inexigibilidade: É inexigível a licitação quando houver a inviabilidade de competição, em especial: art. 25 da Lei 8.666/93.

Segundo o comentário do professor Marçal Justen Filho, a Inexigibilidade da licitação:

Segundo a fórmula legal, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição. Essa fórmula não foi explicitada nem esclarecida pela lei, que se restringiu a fornecer um elenco de exemplos daquilo que caracteriza inviabilidade de competição. O tema tem sido objetos de contínuas incursões doutrinárias e sérias controvérsias jurisprudências, sem que se tenha atingido soluções plenamente satisfatórias. Mas há alguns pontos definidos, que podem auxiliar à compreensão do art. 25. Todos esses dados se conjugam para conformar o conceito de viabilidade de competição.⁵¹

Continua o autor a explicar:

As diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação são evidentes. Não se trata de questão irrelevante ou meramente retórica, mas de alternativas distintas em sua própria natureza, com regime jurídico diverso. A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em acaso de dispensa significa deixar de obter uma proposta ou obter proposta inadequada. Na dispensa a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderá ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares.

Em suma, a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contida na Lei tem cunho meramente exemplificativo, já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na Lei 8.666/93. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação.

Como decorrência, a conclusão acerca da caracterização da inexigibilidade faz-se em momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Num primeiro momento, avalia-se se a competição é ou não viável. Se não for, caracteriza-se a inexigibilidade. Se houver viabilidade de competição, passa-se à verificação da existência de alguma hipótese de dispensa.⁵²

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 482-483.

⁵² *Ibidem*.

O Professor Marçal Justen Filho nos proporciona um esclarecimento completo sobre as diferenças entre Dispensa e Inexigibilidade, que devem ser observadas na Lei de licitações tão necessária para não incorrer nas penas da Lei 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa.⁵³

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 482-483.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Passa-se por observar princípios, como o da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade Administrativa, Publicidade, Eficiência e Honestidade. Princípios esses, norteadores para os agentes públicos e os contratantes com a Administração Pública não fugirem ao dever de Licitar, quando tal fato, for obrigatório para o bem da Administração Pública. E quando for a Licitação, Dispensável, ainda que discricionário, contribuir para melhor vantagem para o bem da Administração Pública.

Observa-se os tipos de licitações, seu Conceito, Finalidade, tais como, dispensável e dispensada, inexigível e obrigatória, modalidades de Licitações como, Concorrência; Concurso; Tomada de preço; Convite; Concurso; Leilão e Pregão.

Resta claro que não está proibido ao Administrador adquirir produto algum de forma parcelada, desde que este fracionamento nas compras destes objetos idênticos esteja previsto no exercício, de modo que cada compra seja considerado isoladamente para fins de necessidade da realização de licitação. Assim impõe-se no caso de fracionamento de compras, que haja o somatório de todas as parcelas prevista para o exercício, a fim de que se viabilize a programação prévia da realização da licitação, bem como da modalidade específica.

Evidencia-se, portanto, que ao administrador público está vedado fracionar compras de idêntica natureza e considerar o valor isolado de cada aquisição para viabilizar a reiterada e contínua Dispensa de licitação pelo pequeno valor, ignorando a soma das parcelas das demais compras dos produtos da mesma natureza.

Incumbi ao Ministério Público da Ordem Jurídica e do Patrimônio Público, tendo também que zelar pela responsabilização dos agentes tido como ímprobos, examinar com rigor os casos de fracionamento de compras pela Administração Pública, de modo à impedir a sistemática fraudes no fracionamento de despesas. Uma vez comprovada a intenção do administrador nesta prática, o caso é de ajuizamento de ação por ato de improbidade administrativa, seja por lesão ao erário, seja por violação aos princípios da Administração Pública. Lembrando que, caso ele venha a ser condenado em crime de dano ao erário, não existi prescrição para esta modalidade de crime, como decidiu o STF, no mandado de segurança n. 26.210. Sendo assim, meio eficaz na punição. Ainda que os culpados procrastinem, por meio de seus Advogados o quanto puderem, no final terão que ressarcir o dinheiro desviado.

Esse fato conforta os agentes públicos que são probos, pois é uma compensação, para aqueles que pautam sua Administração na honestidade e legalidade.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. vol. São Paulo: Saraiva, 1992.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Lei de Licitações. Disponível em: <http://livrozilla.com/doc/1080432/http---www.planalto.gov.br-ccivil_03-leis-18666compilado>. Acesso em: 07 de maio de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança. Tribunal Pleno Distrito Federal, 04/09/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826210%2ENUME%2E+OU+26210%2EACMS%2E%29+%28%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORV%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2ENORA%2E+OU+%28RICARDO+LEWANDOWSKI%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z7a2qzz/>. Acesso em: 12/05/2016.

BRASIL. **TCU. AC-1620-24/10-P**. Sessão: 07/07/2010 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro RAIMUNDO CARREIRO Fiscalização TCU Plenário-TC023093/2008-6. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20101007/AC_1620_24_10_P.doc:. Acesso em: 07 de maio de 2016.

BRASIL. **TCU. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria- Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>. Acesso em: 07 de maio de 2016.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União (TCU)**. Acórdão n.º 2.261/2011. Relator: Ministro José Jorge. Sessão: 24/08/2011. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId>. Acesso em: 07 de maio de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 5. ed. Brasília: Jurídica, 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa: A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro, *Apud.* MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa: A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Antônio Celso Bandeira de. **Curso De Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SEABRA JUNIOR, José Francisco Mendes. **Fracionamento de Compras como Forma de Burlar a Obrigatoriedade de Licitação e suas Consequências à Luz da Lei 8.429/92**. Disponível em: <<https://www.mpto.mp.br/media/caops/patrimonio-publico/files/files/fracionamento-de-despesa.pdf>>. Acesso em: 19 de maio 2016.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro; PIRES, Antônio Cecílio Moreira. et. al. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)**. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência, Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>>. Acesso em: 07 de maio de 2016.