A questão da adoção da natureza do objeto ou do subelemento de despesa para o enquadramento da dispensa licitatória por valor

por Sidney Bittencourt

Mestre em Direito pela UGF, pós-graduado em Gestão de Negócios no contexto da União Europeia (UE), no Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE) – Portugal, consultor, parecerista e conferencista consagrado, professor de Direito Administrativo e Econômico, autor de inúmeras obras jurídicas, além de articulista, com artigos, ensaios, pareceres e estudos publicados nos principais veículos de divulgação jurídica. Autor de mais de uma centena de artigos e com o maior número de livros editados sobre licitações e contratos do mercado jurídico brasileiro, dentre os quais se destacam "Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 05.08.2011 – Lei do RDC)" e "Licitação de Registro de Preços: Comentários ao Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013." <http://www.sidneybittencourt.com.br>

Uma questão que, de um tempo para cá, vem sendo bastante discutida diz respeito aos gastos a serem considerados para o atingimento do limite da dispensa: se seriam considerados os de mesma natureza ou os realizados sob o mesmo subelemento de despesa.

A matéria veio à tona em face de uma aparente mudança de entendimento do TCU, que, ao tratar expressamente do suprimento de fundos[1], dispôs que a aquisição de bens ou serviços por uma mesma unidade gestora, mediante diversas compras em um único exercício e para idêntico subelemento de despesa, cujo valor total supere os limites dos incs. I ou II do art. 24 da Lei nº 8.666/93, constitui fracionamento de despesa, situação vedada pelos referidos dispositivos legais (Acórdão nº 1.276/2008 – Plenário).

Equivocadamente, tem sido depreendido do julgado que, se as contratações se referirem a um único exercício e a idêntico subelemento de despesa, a superação dos limites de dispensa de licitação configura fracionamento de despesa.

Essa interpretação, no entanto, carece de sustentação legal, uma vez que não se encontra no Estatuto qualquer indicação da relevância da classificação orçamentária para fins de conjugação de valores e determinação da modalidade cabível de licitação.

Nesse mesmo diapasão, Marçal Justen, ao considerar que há inovação em face da Lei nº 8.666/93 quando se determina que as rubricas orçamentárias produzam efeito jurídico para fins da fixação da modalidade cabível de licitação.

A matéria tem conexão direta, a nosso ver, com a obrigatoriedade da aquisição por itens, como o próprio TCU determina.

---

[1] A finalidade do suprimento de fundos é o atendimento às despesas que não possam aguardar o processo normal (arts. 68 e 69 da Lei nº 4.320/64; arts. 74, 77, 78, 80, 81, 83 e 84 do Decreto-lei nº 200/67; arts. 45 a 47 do Decreto nº 93.872/86; Decreto nº 5.355/05; Decreto nº 6.370/07; Portaria nº 95/02 MF; e Portaria nº 41/05 MP). Sobre a matéria, vide: Controladoria-Geral da União (CGU). *Manual Suprimento de Fundos e Cartão de Pagamento.* Disponível em:

http://www.cgu.gov.br/publicacoes/SuprimentoFundos/Arquivos/SuprimentosCPGF.pdf>.

O Estatuto, ao contrário do que entendem muitos que apressadamente o leem, não preconiza, sob nenhuma hipótese, a vedação do parcelamento das compras. Opostamente, os dois primeiros parágrafos do art. 23 dão sinal verde para o parcelamento, condicionando-o à comprovação técnica e econômica de sua necessidade.

Constata-se, diante dos dois dispositivos, que a regra nas aquisições é o parcelamento. Os preceptivos apontam, inclusive, os motivos que ensejaram essa determinação, quais sejam, o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a busca de ampliação da competitividade.

A preocupação que impôs a adoção do parcelamento diz respeito tão somente à modalidade de licitação, uma vez que foi mantida a obrigatoriedade da preservação da modalidade do "todo" nas licitações parceladas, evitando-se, dessa forma, o desvio de finalidade.

Assim, o objeto da compra haverá de ser sempre definido em sua totalidade, complementando pela execução parcelada, caso presentes os requisitos já mencionados.

Em momento algum o diploma legal configura a necessidade de agruparem-se itens de uma mesma classe ou grupo para a verificação da modalidade de licitação a ser adotada ou para fins de se aferir a possibilidade de dispensa. Ao contrário, constata-se com facilidade, analisando-se cuidadosamente a Seção V "Das compras", que o material a ser comprado deve ser caracterizado individualmente, pois o agente público responsável está obrigado a definir as unidades e as quantidades a serem adquiridas, baseando-se no histórico de consumo, por meio de um rígido planejamento, especificando detalhadamente o bem desejado.

Consequentemente, pode a Administração enveredar por dois caminhos quando pretende adquirir certa quantidade de produtos de uma mesma classe: (a) licitações distintas, uma para cada item almejado, o que, a nosso ver, é mais consentâneo com a norma; ou (b) uma única licitação, agrupando todos os itens, efetuando o julgamento por item.

Ressalte-se que a adoção da hipótese "a" poderá acarretar o uso de modalidade licitatória mais simples, ou mesmo dispensa em função do pequeno valor, com consequências favoráveis para a Administração no que concerne à economia de tempo e processual.

Destarte, com a premissa de que as compras da Administração devem se perfazer por itens, não paira qualquer dúvida que há de se ter em conta, para os fins colimados, a natureza do objeto pretendido, observado o princípio da anualidade orçamentária.

Mais uma vez se traz à colação Marçal Justen:

> O problema não está em avaliar se é proibido somar todas as despesas de um exercício para escolher a modalidade de licitação em face do valor global. O núcleo da controvérsia reside em determinar se tal é obrigatório. Sempre será possível realizar concorrência em hipóteses em que é obrigatório o convite (ou, mesmo, em casos de dispensa em virtude do valor irrisório da contratação). O que se afirma é que a solução preconizada nas interpretações ora combatidas transforma uma faculdade em um dever. Tais interpretações levadas às últimas consequências, conduziriam à quase inutilidade de caracterização de hipóteses de dispensa previstas

> no art. 24, incs. I e (especialmente) II. Mais ainda, todos os casos acabariam sendo enquadrados como de concorrência. Ora, essa não é a vontade legislativa.[2]

Nesse mister, andou bem o Tribunal de Contas de Mato Grosso, que deliberou que a classificação orçamentária (elemento ou subelemento de despesas) é insuficiente para determinação da obrigatoriedade de licitar ou definição da modalidade licitatória:

> Resolução de Consulta nº 21/2011 TCE – O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, (...) resolve, por unanimidade, acompanhando o voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer nº 7.756/2009 do Ministério Público de Contas, em responder ao consulente que: O fracionamento de despesas é a prática ilegal do parcelamento do objeto com intento de desfigurar a modalidade licitatória ou até mesmo dispensá-la. Para que essa prática não fique configurada e o parcelamento do objeto seja perfeitamente operacionalizado, é primordial a observância dos seguintes preceitos: 1) o parcelamento do objeto da contratação é uma determinação e não uma mera faculdade. Para não realizá-lo é preciso que se demonstre que a opção não é vantajosa ou viável naquela situação específica, por meio de estudos de viabilidade técnica e econômica, nos termos do § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93; 2) **as parcelas integrantes de um mesmo objeto devem ser conjugadas para determinação da modalidade licitatória ou dispensa;** (...) 6) **a classificação orçamentária (elemento ou subelemento de despesas) e a identidade ou qualidade do fornecedor são insuficientes, isoladamente, para determinação da obrigatoriedade de licitar ou definição da modalidade licitatória; 7)** o lapso temporal entre as licitações é irrelevante para determinação da obrigatoriedade de licitar ou definição da modalidade licitatória; **8)** o gestor deve zelar por uma precisa definição do objeto, programando suas contratações em observância ao princípio da anualidade da despesa; **9)** o ramo de atividade da empresa licitante deve ser compatível com o objeto da licitação e sua definição não está vinculada, necessariamente, ao subelemento de despesas; (...). (Grifamos.)

Anote-se que, apesar de ter expedido orientação no sentido do seguimento da rubrica orçamentária, o TCU tem posição na esteira de nosso entendimento, consoante o Acórdão a seguir:

> Acórdão 1620/2010 – Plenário – Min. Rel. Raimundo Carreiro
>
> 6. Essas obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local poderiam ser realizadas conjunta e concomitantemente, em licitação na modalidade "convite", em razão de seu somatório superar o valor limite de R$ 30.000,00 para a aludida dispensa. Justifica o responsável que as dispensas foram processadas em separado em virtude de os pagamentos feitos à contratada originarem-se de rubricas distintas, a saber: custeio para as duas primeiras e investimento para a última.
>
> 7. Como bem observou a Secex/RO, a classificação orçamentária das rubricas não determina a adoção dessa ou daquela modalidade de licitação, tratando-se de inequívoco fracionamento de despesa que impede a competição entre as empresas e

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001. p. 215 e ss.

consequentemente a possibilidade de escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, objetivo dos certames licitatórios.

8.10. Análise: entende o responsável que a distinção na natureza das despesas impossibilitaria realizar um certame único envolvendo as três dispensas de licitação (em um caso, era despesa de investimento e nos outros dois, despesa de custeio).

8.11. Esse argumento não é suficiente para justificar a dispensa da licitação. Não há óbice em realizar um único certame envolvendo objetos de despesa de custeio e investimento. Apesar da licitação única, cada item licitado seria pago obedecendo à sua classificação orçamentária (custeio ou investimento), sem qualquer afronta às normas de direito financeiro.

8.12. A classificação da despesa pública segue critérios definidos com o objetivo de atender às necessidades gerenciais de informação acerca da execução do processo orçamentário. Não serve como justificativa para o fracionamento de despesas e nem como pretexto de fuga à obrigatoriedade de licitar, como no caso concreto, em que não se quis admitir a realização de licitação única devido a uma suposta incompatibilidade entre os itens de despesa.

8.13. Além disso, a classificação orçamentária não produz qualquer efeito jurídico para fins de aplicação da modalidade cabível de licitação ou sua dispensa (...).

8.14. Portanto, entendemos que a natureza das despesas sob o ponto de vista orçamentário não representou óbice à realização de licitação conjunta. Rejeitamos as razões de justificativa do responsável.

No mesmo diapasão, as observações de Marinês Dotti:

A classificação orçamentária não deve ser considerada essencial para a formação do lote/grupo, ou seja, num mesmo lote/grupo podem ser agrupados itens a que correspondam despesas de diferente natureza. A correta classificação orçamentária será importante para a execução do processo orçamentário (pagamento). [3]

Também as ponderações de Jessé Torres:

A licitação dividida em itens, além de atender à regra do parcelamento e, por conseguinte, ampliar a competição entre os licitantes, enseja várias contratações por meio da realização de procedimento licitatório único, traduzindo-se no atendimento dos princípios da economicidade e da eficiência. A divisão da licitação em lotes/grupos, como se itens fossem, também é ampliativa da competição, mas deve ser vista com cautela pela Administração, uma vez que pode afastar licitantes que não possam habilitar-se a fornecer a totalidade dos itens especificados no lote/grupo. Verificada pela Administração a probabilidade de que isso possa ocorrer, a alternativa é dividir a licitação em itens distintos. De acordo com o Tribunal de Contas da União, em princípio, a divisão da licitação em lotes/grupos só se justifica

[3] DOTTI, Marines Restelatto. Parcelamento, fracionamento e economia de escala: incidentes suscitáveis nas contratações públicas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 11, n. 126, jun. 2012.

quando puderem ser constituídos de vários itens para um mesmo local e executados por um mesmo fornecedor. (...). [4]

Registre-se, por fim, o lúcido raciocínio de Flávia Daniel Vianna:

Prefiro seguir, em analogia a linha de raciocínio de Jessé Torres, Sidney Bittencourt e Marçal Justen (para os quais a classificação orçamentária não produz qualquer efeito jurídico para fins de aplicação de modalidade cabível) e Jessé e Marinês Dotti (que entendem que o critério de classificação orçamentária é, sequer, produtor de efeito para fins de formação do lote, itens ou grupo) e complementar o raciocínio utilizando a mesma simetria para os limites de dispensa. Acredito ser um erro utilizar o critério de classificação orçamentária para tais limites tendo em vista que as normas de Direito Financeiro são produzidas para outros fins, interessando ao processo orçamentário, ao pagamento, não podendo ser utilizado como critério essencial para fins da limitação de dispensa.

[4] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. As licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte: regra e exceções. *Revista Síntese de Licitações e Contratos Administrativos*. n. 8, maio 2012.