

O fracionamento ilegal na nova lei de licitações



Ronaldo Corrêa [Follow](#)
Gestor público, articulista, profes...

23 7 0

Introdução

Diversos gestores públicos têm nos apresentado dúvidas, acerca da forma como se deve dar o uso da dispensa de licitação por valor, prevista na Lei nº 14.133, de 2021. E uma das principais perguntas é sobre fracionamento ilegal de licitação.

Como lidar com dois regimes de contratação pública, cada um deles prevendo dispensa de licitação com base no valor, mas com limites distintos e ainda com vedação expressa de uso combinado das duas leis?

O princípio do planejamento

Mesmo que a esmagadora maioria das dúvidas dos compradores públicos se refiram a casos concretos específicos, penso eu que, antes de adentrarmos nas particularidades dos problemas reais destes gestores, precisamos identificar alguma baliza geral, aplicável a todo e qualquer caso. Isto nos ajuda a qualificar melhor as dúvidas e focar numa solução juridicamente segura, não somente casuística.

E a meu ver, a principal baliza a ser, não só analisada, mas também colocada em prática, é o adequado planejamento das contratações. Mas me refiro aqui ao planejamento possível, e não àquele referencial ideal inatingível, que vemos muitas vezes ser apontado em pareceres e textos genéricos. Afinal de contas, no período em que vivemos em 2021, ainda lidando com a pandemia de Covid-19 que iniciou-se um ano atrás, as incertezas se avolumam e trazem complicações, se não impedimento mesmo ao planejamento de longo ou até de médio prazo. A verdade material é esta, e não pode ser desconsiderada pelos operadores do Direito Administrativo aplicado às contratações públicas, e nem pelos órgãos de controle!

No entanto, mesmo não sendo possível executar o planejamento ideal das contratações públicas - que seria aquele que andaria pari passu com o ciclo orçamentário, iniciado no primeiro semestre do exercício anterior -, ainda assim pode ser possível executar algum nível de planejamento, dentro das condições incomuns atualmente enfrentadas.

Mas para tais situações emergenciais, o ordenamento jurídico das contratações públicas já previa uma hipótese de dispensa de licitação. No entanto, como a sua caracterização deve ser muito bem feita, para afastar a possibilidade de eventual responsabilização por falha de planejamento, os gestores a evitam sempre que possível.

A CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NO INC. IV DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, EXIGE QUE, CONCOMITANTEMENTE, SEJA APURADO SE A SITUAÇÃO EMERGENCIAL FOI GERADA POR FALTA DE PLANEJAMENTO, DESÍDIA OU MÁ GESTÃO, HIPÓTESE QUE, QUEM LHE DEU CAUSA SERÁ RESPONSABILIZADO NA FORMA DA LEI.

Tivemos [notícia da aprovação de um Projeto de Lei no Senado Federal](#), para restaurar a vigência da Lei nº 13.979, de 2019, possibilitando o uso de hipótese específica de dispensa de licitação para o enfrentamento da pandemia. Mas tal hipótese ainda não se concretizou em lei, pois precisa ser votada na Câmara dos Deputados, no Senado Federal de novo se sofrer alterações, e ainda passará pelo processo de sanção, promulgação e publicação.

Quanto ao planejamento, até mesmo por conta dos prazos de entrega dos fabricantes, que estão lidando com excesso de pedidos, é necessário algum nível de planejamento por parte dos gestores de compras, para garantir a obtenção dos bens e serviços, e que a entrega ou execução ocorra o mais próximo possível do momento em que se precisa deles. Por mais que a opção pelo Pregão Eletrônico seja mais onerosa tanto em termos de custos quanto de prazos, é imprescindível que o gestor se certifique de que não seria mesmo possível realizar a contratação através do processo regular de licitação, com um mínimo de planejamento prévio. Quanto a isto, é imprescindível que nos lembremos das alterações recentes trazidas para a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), dentre elas o consequencialismo.

Lei nº 13.655, de 2018 - Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

As ações e decisões dos agentes públicos, tomadas nos âmbito dos processos administrativos de contratação, são avaliadas sob a ótica legal das consequências práticas da decisão. O gestor deve preocupar-se em demonstrar, em cada contrato, que as medidas adotadas foram somente as necessárias e adequadas.

A necessidade, neste caso, representa o caso concreto a ser resolvido com a contratação, bem como a demonstração de que a competência ou responsabilidade para resolver aquele problema específico é, de fato, do órgão contratante e não de outro, caracterizando possível desvio de finalidade. Tal demonstração não afasta a possibilidade de cooperação entre órgãos e entidades públicas. No entanto, deve-se atentar às competências formais de cada instituição pública contratante. A adequação da medida adotada, por sua vez, deve levar em conta as possíveis alternativas disponíveis no momento da decisão de realizar-se uma dispensa de licitação. Se o órgão não tinha a possibilidade de resolver aquele problema através de uma solução alternativa mais eficaz e eficiente, deve-se demonstrar nos autos do processo, que a contratação realizada por dispensa de licitação era a melhor alternativa disponível, pelo menos dentre as conhecidas pela Administração naquele momento.

O controle do fracionamento

Por mais que, para o atual contexto pandêmico o planejamento anual das contratações esteja quase que totalmente prejudicado, para fins da análise do fracionamento ilegal de licitação, a base anual ainda é um parâmetro exigível. E assim, deve se levar em conta todas as contratações do exercício, feitas em quaisquer modalidades de licitação, para então definir se é cabível a dispensa de licitação por valor sem que, com isto, caracterize-se o fracionamento ilegal de licitação.

Código Penal - Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)

Mesmo que a nova lei de licitações tenha trazido uma [nova hipótese de dispensa de licitação por valor, distinta daquela prevista no Art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993](#), não entendo que seja correto pensar que a lei trouxe uma cota adicional de R\$ 50.000,00 para se usar com novas dispensas de licitação, sem considerar a previsão anual de gasto para aquele item de despesa.

Se, por exemplo, no início do ano de 2021 o órgão já previa que não gastaria mais do que R\$ 17.600,00 com aquele item de despesa específico, era legítima a adoção da dispensa de licitação prevista no Art. 24, II da Lei nº 8.666, de 1993. Isto se ampara tanto legal quanto economicamente, já que, para uma despesa pública neste limite de valor o custo processual de uma licitação não se justificaria, conforme [manifestação oficial da Controladoria-Geral da União \(CGU\)](#), de que "o custo final dos processos realizados por meio de Pregão Eletrônico é cerca de 10 vezes maior que o custo da realização por meio de dispensa de licitação".

Com o advento da Lei nº 14.133, de 2021, o órgão não pode entender que ganhou um novo limite de dispensa, totalmente desvinculado da fundamentação adotada anteriormente para justificar a dispensa de licitação por valor, amparada na Lei nº 8.666, de 1993. Se o órgão posteriormente declarar que a despesa estimada anual, na verdade é de R\$ 50.000,00, penso que tornaria ilegítima a dispensa de licitação realizada anteriormente, devido à desconstituição da motivação do ato administrativo que a declarou. Para que a dispensa de licitação fosse legítima, a despesa estimada para o ano não poderia ultrapassar o limite de R\$ 17.600,00, considerando o somatório de todas as contratações estimadas do ano, independentemente da modalidade.

Quanto ao critério de aglutinação de itens de despesa, para fins de aferir o fracionamento, a nova lei de licitações fixa que deve ser levado em conta "o somatório do que for despendido no exercício financeiro", e o controle deve recair sobre "objetos de mesma natureza". Ou seja, "aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade".

O [Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público \(MCASP\)](#), já trazia regra similar, aplicável ao controle de fracionamento do Suprimento de Fundos, apontando inclusive que a classificação contábil da despesa não é parâmetro apto ao controle de fracionamento.

MCASP - MACROFUNÇÃO 021121 - SUPRIMENTO DE FUNDOS

3.3.4 - O fracionamento da despesa não é caracterizado pela mesma classificação contábil em qualquer dos níveis, mas por aquisições de mesma natureza funcional.

3.3.5 - Considera-se item de despesa, a relação exemplificativa do Quadro III, disposta ao final do texto, para efeito dos limites definidos nesta macrofunção.

Grosso modo, é como se o órgão soubesse desde sempre que iria precisar de vários pilares de madeira altos e robustos, para servir de estrutura para as caixas d'água de escolas rurais. Mas como o valor de todos os troncos necessários ultrapassava o limite do Art. 24, II da Lei nº 8.666, de 1993, decidiu-se declarar que a necessidade real era de uma quantidade menor, para enquadrar-se em tal limite. Afinal de contas, sempre dizem que recursos públicos são raros e não devem ficar empoçados. Devem ser gastos, para não haver contingenciamento no próximo ciclo orçamentário. E comprar mais de um terço dos troncos necessários é mais do que não comprar nada!

Mas, com o advento da Lei nº 14.133, de 2021, e havendo ainda recursos disponíveis, o órgão criativamente resolve ignorar totalmente a declaração anterior, e monta um novo processo de aquisição por dispensa de licitação por valor, para completar o atendimento da demanda real do órgão, que agora consta correta e formalmente declarada nos autos do processo, acompanhada até do parecer técnico que já tinham antes mas retiram do processo anterior para não atrapalhar no enquadramento da dispensa de licitação por valor. Afinal de contas, pensam: - temos um novo limite de dispensa de licitação, e nele cabe o valor dos troncos que ainda faltam... e ainda sobra limite!

Que solução criativa! E que belo problema para este gestor, pois ao declarar a demanda real no segundo processo administrativo de contratação, o órgão inadvertidamente

invalidou o enquadramento da dispensa de licitação anterior, que se baseava em declaração falsa.

Aplicando-se ao caso a já conhecida [Teoria dos Motivos Determinantes](#), tem-se que, ao invalidar a motivação de um ato administrativo, forçosamente invalida-se o próprio ato.

Acórdão TJDFT nº 932849 - 2ª TURMA CÍVEL

4. Quando a Administração realiza a motivação do ato administrativo, vincula-se a ela, de modo que pela "Teoria dos Motivos Determinantes", a validade desse ato está atrelada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção.

Caso o órgão se depare com fato superveniente, não existente ou não previsível antes do advento da nova lei de licitações, seria possível justificar o uso da nova hipótese de dispensa de licitação por valor se não ultrapassado o limite fixado na lei.

No entanto, para a aferição do fracionamento ilegal de licitações, a Lei nº 14.133, de 2021, exige que se leve em conta o somatório de todas as despesas do exercício com objeto de mesma natureza, ou seja, do mesmo ramo de mercado, incluindo neste somatório até mesmo as despesas já realizadas anteriormente com base no Art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993 ou outras modalidades. Em regra, se a estimativa anual de despesa com objetos de mesma natureza ultrapassa o limite para dispensa de licitação por valor, o órgão se obriga a licitar e não poderá usar a dispensa para parte da demanda e licitação para o resto, por exemplo.

Lei nº 14.133, de 2021 - Art. 75, § 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão ser observados:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Conclusão

O planejamento das contratações públicas é um dever legal de todo gestor público, mesmo diante da situação pandêmica. Não sendo possível prever com precisão o planejamento anual das contratações, ainda assim é necessário adotar algum nível de planejamento.

As contratações emergenciais já possuem previsão legal de uso em casos como os da atual pandemia, de forma que a dispensa de licitação por valor não é a única opção disponível ao gestor.

Para o controle do fracionamento ilegal de licitação, deve ser levado em conta o somatório de todas as despesas realizadas ou previstas para o exercício financeiro, independentemente da modalidade ou do regime jurídico adotado.

A motivação do ato de dispensar a licitação por conta do valor estimado com base na Lei nº 8.666, de 1993,, não pode ser desconsiderada quando o órgão precisar realizar nova contratação no mesmo exercício, adotando a nova lei de licitações.

Publicado por



Ronaldo Corrêa

Gestor público, articul...

[Sequir](#)

Com a publicação da Lei nº 14.133, de 2021, a Administração Pública passou a contar com novas hipóteses de dispensa de licitação, para as quais a lei traz novos requisitos e limites de uso, bem como novas exigências quanto ao processo administrativo de contratação direta. Quanto ao novo limite de dispensa por valor, temos visto dúvidas, tais como: Posso considerar o novo limite de R\$ 50.000,00 para outros serviços e compras, como uma espécie de cota adicional ao limite de R\$ 17.600,00 que tínhamos

anteriormente? Se no começo de 2021 o órgão declarou que as despesas estimadas para o ano, com objetos de mesma natureza, relativos a contratações no mesmo ramo de atividade não ultrapassaria o limite de R\$ 17.600,00, pode agora adotar o novo limite de R\$ 50.000,00 para realizar dispensa de licitação? No texto de hoje, discutimos tais questões, na intenção de ajudar na interpretação segura da nova lei, evitando-se a sua aplicação de maneira precipitada e potencialmente irregular. Como já têm orientado alguns órgãos como a PGE/PR e a Subsecretaria de Logística do Governo do Rio de Janeiro, a cautela é recomendável neste primeiro momento de início de preparação para a aplicação da nova lei. [#novaleidelicitacoes](#) [#dispensadelicitacao](#) [#limitevalor](#) [#fracionamentoilegal](#)
