JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.000.327.00-55

Tomada de Preços - contrato - aquisição de produto da mesma natureza - matéria análoga analisada no TC 72.000.328.00*18 - fracionamento na licitação - defesa dos interessados - fracionamento não decorrido de má-fé - não constatado prejuízo ao erário - não restrição de natureza competitiva do certame ou quebra do princípio da isonomia - acolhido o instrumento em análise (m.v., vencidos os Cons. Edson Simões e Eurípedes Sales).

Relatório

Cuida do Contrato número 1020/99, formalizado entre a Prefeitura Municipal de São Paulo e a empresa Reeme Repuxação e Metalúrgica Ltda., para o fornecimento de 2.500 (duas mil e quinhentas) peças de luminária LP-26-E, destinadas à manutenção pública, compra essa efetuada em duas etapas, ou seja, em 05/03/98, no valor de R$588.600,00 (quinhentos e oitenta e oito mil e seiscentos reais) e, em 11/03/98, no valor de R$430.000,00 (quatrocentos e trinta mil reais), em licitações distintas, pela modalidade Tomada de Preços, num total, portanto, de R$1.018.600,00 (um milhão, dezoito mil e seiscentos reais). 1

A Secretaria de Fiscalização e Controle manifestou-se pela irregularidade do certame, uma vez que entendeu que as duas aquisições referiam-se a um mesmo grupo de material elétrico, cujos mesmos fornecedores retiraram os editais e, que, apesar dos valores das compras se enquadrarem na Portaria número 21/97, que estabelecia o limite de R$ 614.170,19 (seiscentos e quatorze mil cento e setenta reais e dezenove centavos) para a modalidade de Tomada de Preços, a soma de ambas aquisições, caracterizava fracionamento de licitação, infringindo, portanto, o disposto no parágrafo 5º, do artigo 23, da Lei Federal número 8.666/93 e alterações. 2

A Assessoria Técnica Jurídica, em primeira manifestação, posicionou-se pela irregularidade do ajuste, justificando que a natureza do objeto que configura o fracionamento, infringindo, dessa forma, o disposto no parágrafo 5º, do artigo 23, da Lei Federal 8.666/93.

No entanto, após análise da defesa apresentada pela Origem, a qual, mesmo tendo admitido o fracionamento do objeto, demonstrou os motivos determinantes da contratação e o respeito aos princípios constitucionais e administrativos que determinou tal procedimento e, a não ocorrência de fraude ou prejuízo ao erário, tampouco ter limitado o acesso aos possíveis licitantes, retificou sua posição anterior, opinando pela regularidade do certame. 3

A Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu que a falha foi de natureza formal, a qual poderia ser relevada, visto que não havia viciado o procedimento administrativo, devendo, portanto, o contrato ser acolhido. 4

A Secretaria-Diretoria Geral, inicialmente manifestou-se pela irregularidade do ajuste, porém, após análise da defesa da Origem retificou sua posição, invocando o princípio da razoabilidade previsto no artigo 81, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, retificou seu entendimento, opinando pela regularidade do Contrato número 1.020/99, deixando ao alvedrio superior as recomendações cabíveis. 5

É o relatório.

1 – Folhas 114/117
2 – Folhas 120/126
3 – Folhas 337/343 e 378/380
4 – Folhas 351/352 e 381
5 – Folhas 353/356 e 382/385

V O T O

A aferição da modalidade de licitação cabível e da possibilidade de realizar a compra emergencial é tema extremamente controvertido, no entanto, a meu ver, a Administração deve identificar, dentro do previsível a natureza do objeto e a sua absoluta necessidade, buscando, dessa maneira o critério que mais lhe parecer adequado e econômico.

No presente caso, evidentemente, ficou constatado a infringência do disposto no parágrafo 5º, do artigo 23, da Lei Federal número 8.666/93 e alterações, como a própria Origem admitiu.

Mesmo considerando que a Origem tenha comprovado que restava-lhe somente duas alternativas: ou anulava a licitação que deu origem a ambas compras pela modalidade Tomada de Preços, promovendo contratação por emergência ou, contratava a empresa vencedora do certame licitatório, porém, fracionando o objeto, a fim de enquadrá-lo na Portaria número 21/97, cujo limite de compra era de R$614.170,19 (seiscentos e quatorze mil, cento e setenta reais e dezenove centavos) suportando seu procedimento nas excepcionalidades e situação emergenciais dispostas nos parágrafos 1º e 2º, do seu artigo 23, tal atitude deve ser analisada amiúde e comprovada a viabilidade técnica e econômica para tal fracionamento.

Ora, em que pese o entendimento da Assessoria Técnica Jurídica e Secretaria-Diretoria Geral, sobre a defesa apresentada, entendo que a regra para o parcelamento de objetos similares adquiridos por intermédio de um mesmo procedimento licitatório, devem-se, para a aferição da modalidade de licitação, considerar o total da despesa prevista para tanto, que no presente caso foi de R$1.018.600,00 (um milhão, dezoito mil e seiscentos reais), portanto, enquadrável na modalidade CONCORRÊNCIA, jamais em Tomada de Preços.

Dessa feita, mesmo restando incontroverso, ante a defesa apresentada, que o procedimento adotado se submeteu ao princípio da razoabilidade, previsto no artigo 81, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, ao princípio da eficiência previsto no artigo 37, da Constituição Federal e aos princípios da motivação e economia, buscando, dessa forma, o

adequado atendimento ao interesse público, tal procedimento não supera o disposto no parágrafo 5º, do artigo 23, da Lei Federal número 8.666/93.

Isto posto, julgo **IRREGULAR** o Contrato número 1.020/99 e, determino à Origem que, de futuro, planeje rigorosamente suas compras, a fim de evitar a readequação de procedimentos licitatórios que, quase sempre, não tem o condão de superar normas cogentes.

Ainda, aplico a **MULTA** de R$250,00 (duzentos e cinqüenta reais) ao ordenador da despesa, nos termos do artigo 52, inciso II da Lei número 9.167/80, combinado com o artigo 133 do Regimento Interno.

É o meu voto.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de fevereiro de 2002.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

Egrégio Plenário

Avoquei os autos acima referidos para proferir **voto de desempate** entre as duas correntes apresentadas no julgamento realizado na Sessão Plenária nº 2.018, envolvendo o tema de *fracionamento em sede de compras*.

A tese do Conselheiro Relator Edson Simões, acolhida pelo Nobre Conselheiro Eurípedes Sales, sustenta ter ocorrido fracionamento ilícito das aquisições realizadas por meio dos ajustes 1.020/99 e 1.021/99 decorrentes de tomadas de preços distintas. Em razão da infringência ao § 5º do art. 23 da Lei Federal de Licitação e Contratos, julgaram ambos os contratos irregulares com determinação à Origem para, de futuro, planejar rigorosamente suas compras a fim de evitar a readequação de procedimentos licitatórios que, quase sempre, não têm o condão de superar normas cogentes. Aplicaram ainda a multa de R$ 250,00, ao ordenador da despesa, nos termos do art. 52 da Lei Municipal nº 9.167/80 c/c o art. 133 do Regimento Interno-TCM.

Em voto separado, a Nobre Conselheira Mariana Prado Armani Queiroz Barbosa, acompanhada pela Nobre Conselheira Laura Maria Barros do Nascimento, defende a regularidade das 2 (duas) aquisições, calcada no fato apontado pela AT-Engenharia de que os objetos não são iguais, sendo inaplicável o § 5º do art. 23 à hipótese, e acenando ainda para a possibilidade legal de parcelamento das compras nos termos do art. 15, IV da Lei Federal nº 8.666/93.

É o relatório.

V O T O

Para melhor compreensão das questões em julgamento, alinho, preliminarmente, algumas considerações.

A primeira relaciona-se ao ***parcelamento*** do objeto licitatório, não só admitido, como estimulado pela Lei Federal 8666/93, desde que técnica e economicamente viável, tendo em vista aumentar a competitividade, ampliar o próprio mercado e, em conseqüência, obter a redução do custo de produção – regra primordial de economia de escala.

Essa é a norma constante do § 1º do art. 23.

A subdivisão técnica encontra-se ainda prevista no art. 15, inc. IV, do citado diploma legal.

Como bem salienta a doutrina, essas regras devem ser analisadas, numa interpretação sistemática do texto federal, à luz de outros dispositivos, quais sejam, o § 2º do art. 23, inc. II do art. 24 e o parágrafo único do art. 39.

Desse exame resulta que o parcelamento, quando realizado tão-somente para fugir à modalidade de limite superior, mais complexa, configura o fracionamento ilícito do procedimento licitatório.

O § 2º do art. 23 da Lei Federal 8.666/93 é claro ao determinar que, na execução parcelada, a cada etapa de compra deve corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto.

Vigorou, à época dos fatos, o art. 28 do Decreto Municipal nº 37.272, de 01.01.98, que dispôs:

> "Art. 28 – É vedado o fracionamento da execução de obras, serviços e compras para evitar procedimento licitatório em qualquer de suas modalidades.
> § 1º - O não cumprimento ao disposto no "caput" deste artigo, implicará em responsabilidade funcional do ordenador da despesa.
> § 2º - Para as despesas que se subordinam ao processo normal de aplicação, o fracionamento ficará caracterizado quando o somatório dos valores empenhados no período de 30 (trinta) dias, por Unidade Orçamentária, se enquadrar em qualquer dos limites das modalidades de licitação superior, podendo, desta forma, por material, serviço, ou obra, ser objeto de uma mesma licitação."

Observo que a preservação do princípio da moralidade é, explicitamente, a base do impedimento do fracionamento ilícito.

Outra consideração a tecer relaciona-se à ***natureza*** do objeto licitado, para aferir-se a modalidade licitatória cabível.

Mais uma vez a Lei Federal de Licitações e Contratos, em seu art. 39, § único, estabelece como outro critério norteador da atuação administrativa, a **similaridade dos objetos.**

Assim, nos termos da lei, objetos similares devem ser considerados para o fim de escolha da modalidade licitatória apropriada.

A dificuldade está em definir quando ocorre tal similaridade.

O caso dos autos retrata hipótese em que os objetos não são idênticos, mas são da mesma natureza, conforme aponta a AT-Engenharia.

Nesse, ponto, para o deslinde da questão, anoto a contribuição do Boletim Informativo de Licitações e Contratos que define por "natureza" dos bens e serviços para fins de verificar a similaridade, a espécie de um gênero. "Exemplificando: sabão, detergente e desinfetante não são idênticos entre si, mas guardam fortes traços de similaridade, pois são todos do gênero "materiais de limpeza" (agosto 2001 – pág. 667).

O Prof. Marçal Justen Filho, a seu turno, ao tratar do tema das licitações sucessivas e simultâneas, para fins de fixar a modalidade licitatória cabível, de modo a espancar os expedientes fraudatórios, enfatiza a necessidade de conjugar dois elementos, quais sejam a similaridade do objeto e a proximidade da realização das licitações (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 6ª edição, pág. 373).

Trazidas essas considerações para proferir meu voto de desempate, verifico que a Origem fracionou objeto similar, da mesma natureza.

Apesar disso, não houve afronta incontornável à lei, pois o fracionamento não decorreu de má-fé, não se constatou prejuízo ao erário, não originou restrição de natureza competitiva do certame ou quebra do princípio da isonomia; a aquisição foi realizada um ano após o certame, mantido o preço da proposta. Ressalto, também, que as tomadas de preço em análise foram divulgadas no prazo da modalidade mais abrangente, ou seja, concorrência.

Ante o exposto, VOTO com a Excelentíssima Conselheira Revisora, para considerar regulares as licitações e respectivos contratos, pelas razões de fato e de direito deduzidas no presente.

São Paulo, 06 de março de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.000.327.00-55, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO, após terem sido avocados na 2.018ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, MARIANA P. A. Q. BARBOSA – Revisora, EURÍPEDES SALES e LAURA MARIA DE BARROS NASCIMENTO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, nos termos do voto apresentado em separado pela Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA – Revisora, bem assim pelo voto da Conselheira LAURA MARIA DE BARROS NASCIMENTO, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de desempate, nos termos do artigo 20, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, acolher o instrumento em análise.

Vencidos os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, nos termos do relatório e voto apresentados, e EURÍPEDES SALES.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, EURÍPEDES SALES e LAURA MARIA DE BARROS NASCIMENTO.

Ausente, nesta sessão, o Conselheiro EURÍPEDES SALES, em representação da Corte.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 06 de março de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

MARIANA P. A. Q. BARBOSA
Conselheira Revisora, prolatora do voto da corrente vencedora, designada para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo único do artigo 115 do Regimento Interno desta Corte