



Processo n.º: 8.780/2014 (2 volumes).

Jurisdicionada: Região Administrativa de São Sebastião – RA XIV.

Assunto: Representação.

Montante em exame: R\$ 1.142.747,70

Ementa: Representação n.º 11/2014-ML formulada pelo *Parquet* especial, versando sobre possível fracionamento irregular de licitação. Contratos n.ºs 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 e 38/2013 celebrados para execução de obras de engenharia em áreas comuns da Região Administrativa de São Sebastião – RA XIV, com objeto semelhante, executados ao mesmo tempo e no mesmo local. Irregularidades. Despacho Singular n.º 276/2014-CRR: Conheceu da Representação; fixou prazo para apresentação de esclarecimentos e autorizou a realização de inspeção para apuração dos fatos narrados na exordial. Prorrogações de prazo (Despachos Singulares n.ºs 402/2014 – CRR e 424/2014 – CRR). Esclarecimentos prestados pelo então Administrador Regional. Manifestação do corpo técnico e do órgão ministerial. Despacho Singular n.º 762/2014 – CRR: Preliminarmente, reiteração pela necessidade de inspeção para saneamento do feito. Inspeção. Decisão n.º 1.176/2015: Procedência da representação e audiência dos responsáveis. **Nesta fase:** Análise das justificativas encaminhadas pelos agentes públicos. Unidade instrutiva pugna pela improcedência das razões de justificativas e pela aplicação da penalidade prevista no inciso II, do art. 57, da LO/TCDF. Aquiescência do MPjTCDF. VOTO convergente, com ajustes.

RELATÓRIO

Cuidam os autos da Representação n.º 11/2014-ML (fls. 01/05), interposta pelo *Parquet* especial, de lavra do i. Procurador Marcos Felipe Pinheiro Lima, versando sobre possível fracionamento irregular de licitações.

O aludido expediente noticia a celebração dos Contratos n.ºs 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 e 38/2013 entabulados pela RA XIV, os quais derivam de Cartas Convites de igual numeração, para execução de obras e serviços de engenharia em áreas comuns da Região Administrativa de São Sebastião, com objeto semelhante, executados ao mesmo tempo e no mesmo local.

Na Sessão Ordinária n.º 4.764, de 31.03.2015, o Tribunal exarou a Decisão n.º 1.176/2015, *in verbis*:

“O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I – tomar conhecimento: a) do documento de fls. 65/88 (e anexos de fls. 89/132), encaminhados em atenção ao Despacho Singular nº 276/2014– CRR; b) dos resultados da inspeção, bem como dos documentos acostados às fls. 153/219,



*em cumprimento ao item I do Despacho Singular nº 762/2014–CRR; c) das Informações nºs 168/2014–3ª Diacomp (fls. 133/139) e 9/2015–3ª DIACOMP (fls. 220/223); d) dos Pareceres nºs 937/2014–ML (fls. 141/147) e 0152/2015–ML (fls. 225/230); II – considerar parcialmente procedente a Representação nº 11/2014–ML, uma vez que os Convites nºs 31/13, 32/13, 33/13, 34/13 e 36/13, bem como os de nºs 37/13 e 38/13 configuraram fracionamento indevido da licitação, em desacordo com o art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93; III – **determinar a audiência do Sr. Antonio Jucélio Gomes Moreno e da Sra. Maria de Fátima Cabral Barbosa, para apresentarem suas razões de justificativa, em virtude do descumprimento do art. 23, §5º, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista a possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 57, inciso II, da Lei Complementar nº 1/94;** IV – dar ciência desta decisão ao Representante; V - autorizar: a) o envio de cópia da Representação nº 11/2014–ML, do relatório/voto do Relator e desta decisão aos responsáveis indicados no item III; b) o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento, para os devidos fins” (grifos acrescidos).*

Em atenção à citada deliberação plenária, foram expedidas as Comunicações de Audiência n.º 026 e 027/15 – SEACOMP (fls. 273 e 275) aos senhores Antônio Jucélio Gomes Moreno e Maria de Fátima Cabral Barboza, que apresentaram idênticas razões de justificativa, acostadas às fls. 277/289 e 318/330.

MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO INSTRUTIVO

O órgão instrutivo, mediante a Informação n.º 146/2015–3ª Diacomp (fls. 338/352), após contextualizar o feito, trouxe síntese das argumentações de defesa e, em seguida, teceu conclusões acerca da matéria:

“I - RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS

5. Os defendentes, inicialmente, mencionaram que a Representação se baseou em dois pontos, quais sejam, sendo todos objetos contratados serviços de engenharia não poderiam ser licitados separadamente e que a Administração realizou fracionamento de um mesmo objeto ao realizar diversos convites em vez de adotar uma modalidade mais ampla.

6. Os justificantes rejeitaram os dois pontos mencionados. Apegaram-se ao fato de os objetos estarem inseridos no conceito vasto de serviços de engenharia, o que não dá margem para serem classificados num único objeto e visando a mesma finalidade. Argumentaram que uma visão mais elevada e isenta dos objetos licitados demonstra uma nítida independência e característica própria de cada um deles.

7. E para comprovar seu ponto de vista disseram que basta fazer uma comparação entre os Processos nº 144.000.541/2013 (construção de campo de areia para lazer – Convite nº 37/2013) e 144.000.505/2013 (instalação de placas de endereçamento na vias públicas de São Sebastião – Convite nº 31/2013) para que se visse a



absoluta disparidade dos objetos em comento, uma vez que as atividades são distintas, os materiais e técnicas utilizados são diferentes, e não haveria qualquer elemento que admita a similitude de natureza entre as contratações. Ocorrendo o mesmo com os demais objetos licitados quando se faz a comparação, não se poderia afirmar que tenha ocorrido fracionamento de licitação, visto que não se fraciona licitações com objetos e natureza diferentes.

8. Trouxeram à atenção uma decisão do TCU, Acórdão nº 1331/2002; Plenário; Min. BENJAMIN ZYMLER, DOU em 18/9/2003, e declararam que tal decisão seria perfeitamente aplicável ao caso em questão, por ter afastado a hipótese de fracionamento. Vejamos:

‘O parcelamento proporciona melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade na licitação. (...). As obras compreendem a construção de 04 barragens e a divisão em 04 parcelas se configurava técnica e economicamente viável, situação que exige a licitação distinta para cada uma delas’

9. Mencionaram que não se deve promover um juízo de repreensão à possibilidade de fracionamento mesmo na ocorrência deste evento, o que não é o caso, visto que a Lei nº 8.666/93 o prevê expressamente. Seguindo a linha de raciocínio, disseram que, por outro lado, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 23, § 1º, trata o fracionamento com um enfoque diferente, ‘estabelecendo que o parcelamento da licitação será obrigatório sempre que o objeto da contratação tiver natureza divisível e autônoma, e desde que não haja prejuízo para o conjunto licitado, tendo em vista a possibilidade de melhor aproveitamento dos recursos disponíveis na instituição’.

10. Afirmaram que não há exemplo melhor do que o acompanhado nestes autos para eleger processos licitatórios diversos, uma vez que os objetos licitados conservam entre si diferenças claras, iniciando com a colocação de grama em um determinado local e reparação de meio fios em toda cidade de São Sebastião.

11. Expuseram, também, que para a Administração, do ponto de vista operacional de acompanhamento e de controle, seria antieconômico e inviável a realização de apenas uma licitação com os diversos objetos e adjudicação somente a uma empresa. E que a diversificação dos objetos com variadas técnicas com pluralidade de locais envolvidos elevaria o preço em relação ao obtido pelos certames realizados.

12. Trouxeram à atenção que as contratações examinadas nestes autos são originárias de emendas parlamentares de autoria de vários deputados distritais. E nesta questão cita que o TCU, ao apreciar Consulta do Congresso Nacional sobre parcelamento obrigatório das licitações em obras decorrente de emendas parlamentares, apresentou esclarecimentos preciosos acerca da interpretação do tema.

13. E no intento de fazer crer que as obras contratadas na Administração Regional de São Sebastião foram realizadas de forma regular, transcreveram a orientação direcionada ao Congresso Nacional, mediante o Acórdão nº 1540/2014, PLENÁRIO, Relator



Ministro **WALTON ALENCAR RODRIGUES**, Processo n° 028.256/2013-1, conforme o abaixo:

‘Quanto à modalidade de licitação para execução de convênios decorrentes de emendas parlamentares, discordo da análise da unidade técnica. Como não há garantia de que serão realmente liberados os recursos orçamentários para a realização de todos os objetos previstos em emendas parlamentares, não se pode exigir que o gestor opte pela modalidade de licitação pertinente ao todo contemplado na emenda. Dessa forma, não constituiria fracionamento de despesa a celebração e execução de mais de um convênio, em virtude de liberações de recursos orçamentários em períodos distintos para atendimento à emenda parlamentar.

Na situação hipotética I apresentada na consulta, de emenda parlamentar destinada à construção de cinco parques infantis em que, por ausência de recursos orçamentários, é celebrado convênio no início do exercício para construção dos dois primeiros parques, complementado por um segundo convênio no final do exercício para construção dos três parques restantes, entendo que os cinco parques infantis são cinco obras independentes, capazes de, individualmente, cumprir finalidade social, sendo irrelevante sua localização geográfica para a análise da situação.

Apesar de as obras referentes aos cinco parques infantis terem a mesma natureza, são independentes e os dois convênios hipotéticos foram celebrados em momentos distintos do exercício financeiro, não configurando, assim, fracionamento de despesa. A execução de um convênio, para cumprir determinada finalidade social, não depende da execução de outro.

(...)

Quanto à situação hipotética II, em que se reproduz a situação I, mas com a celebração de um novo convênio, após a licitação por convite dos cinco parques infantis, mas ainda no mesmo exercício financeiro, em razão do surgimento de mais recursos orçamentários, considero as mesmas respostas da situação I: não é caracterizada como fracionamento de despesa a celebração de convênios em momentos distintos do exercício financeiro para execução de obras distintas e independentes’ (grifos do justificante).

14. Na continuação, declararam que a situação hipotética tratada no TCU é exatamente a ocorrência destes autos. Todos os serviços contratados pela Administração de São Sebastião são independentes e quando colocados em confrontação apresentam características tão desiguais que, recorrendo-se para um juízo razoável, percebe-se que seria impossível a realização de um só processo licitatório para atendimento dos objetivos apontados.

15. Informaram que a Assessoria Técnica/Jurídica da Administração foi consultada e no seu parecer a respeito das contratações não houve qualquer indicação aos gestores de impedimento para processamento das licitações distintas para cada obra contratada, documento já juntado nos autos, nas primeiras justificativas (Relatório Técnico n° 090/2013/ASTEC/GAB/RA XIV – Processo n°



144.000.470/2013, fl. 100 e 111). Nesse documento, o Chefe da Assessoria Técnica, o Senhor GLEYSON ADROVANO CARNEIRO MACHADO anotou o seguinte: “lembrando que JAMAIS poderá haver PARCELAMENTO ou FRACIONAMENTO em qualquer tipo ou modalidade de licitação.”).

16. Disseram, ainda, que se porventura fosse adotada a direção recomendada pelo MP e pela Decisão nº 1176/2015 (fl. 250) o resultado seria a contratação de apenas uma empresa para a realização de serviços diferentes, tais como: colocação de grama em diversos logradouros, construção de campo de futebol e recuperação dos meios fios da cidade.

17. Afirmaram que é desnecessário ser especialista em gestão pública para compreender que a execução simultânea de todos os serviços por uma única empresa suscitaria problemas graves de logística, além de comprometer a execução global das obras com probabilidade significativa de causar lesão ao Erário e aos princípios da competitividade, economicidade, eficiência e segurança jurídica.

18. Citaram o jurista JUSTEM FILHO, Marçal, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 7ª edição, p.p. 216 e 219, por acreditarem que seu entendimento fortalece a respectiva argumentação. Transcrevemos, adiante, o excerto citado pelos justificantes (fls. 282/283):

‘Com maior respeito, não me parece que essa solução seja extraível do texto normativo. Está a se adotar uma interpretação que não encontra suporte na Lei. O entendimento defendido nesta obra pé diverso. As posições acima indicadas, das quais (respeitosamente) se discorda, conduzem à exacerbação do princípio da globalização da despesa. Acarretam o dever de considerar conjuntamente despesas que são distintas e autônomas.

É verdade que a Lei não proíbe que se considerem em conjunto contratações distintas, a fim de determinar o regime jurídico aplicável à sua contratação. Ou seja, a interpretação ora combatida não conduz a atos inválidos. A questão, porém, não é essa. O problema não está em se 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, opinião nem sempre compartilhada pelos especialistas). O que se afirma é que a solução preconizada nas interpretações ora combatidas, transforma uma faculdade em um dever. Tais interpretações, levadas as últimas conseqüências, conduziram a 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. Em suma: deve excluir-se a alternativa que conduza à institucionalização da concorrência e que possa impossibilitar em termos absolutos a dispensa, o convite e a tomada de preços. Logo, essas



alternativas devem ser prestigiadas tanto quanto a concorrência.

(...)

Como decorrência, parece-me que a Lei não impõe a solução que tem sido difundida. A Administração dispõe da faculdade de programar suas contratações e de tratá-las automaticamente, respeitados limites muito menos rigorosos do que se tem admitido.

Não é possível tratar objetos semelhantes como parcelas de uma única contratação. Ainda quando a natureza dos objetos for a mesma se as contratações não puderem serem realizadas conjunta e concomitantemente, não haverá o dever de somatório. Assim, por exemplo, não haveria sentido em a Administração realizar uma única contratação para comprar todo o material de expediente necessário para seu consumo durante o exercício inteiro. Não vejo fundamento para, não obstante realizar cinco ou dez licitações diversas ao longo do tempo, ser a Administração compelida a escolher a modalidade a partir do valor global dos desembolsos'

19. Conforme se nota, o renomado jurista se insurge contra o que chama de 'globalização da despesa', ou seja, a ideia inflexível de que se deveriam somar todas as despesas de um exercício para escolher a modalidade de licitação em face do valor global, mesmo nos casos em que os objetos semelhantes não puderem ser contratados conjunta e concomitantemente.

20. A favor dos argumentos já explanados acrescentaram que o princípio da competitividade, da publicidade e da ampla participação de licitantes foi asseguradíssimo. E para confirmar a aludida assertiva citaram as empresas participantes dos Convites n°s 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 e 38/2013. Segundo seu ponto de vista, o número das empresas que se apresentaram atendeu ao objetivo do certame que era atingir o maior número possível de licitantes. Cabe ressaltar que em todos os convites apenas (3) três empresas apresentaram propostas, com exceção dos Convites n°s 31 e 37/2013 que foram 4 (quatro) empresas.

21. Dando sequência, mencionaram que cada procedimento licitatório teve um vencedor diferente, não dando margem para qualquer dúvida, favorecimento ilegal ou direcionamento a favor das empresas participantes, reforçando, dessa forma, a regularidade dos atos em acompanhamento.

22. Trouxeram, ainda, inúmeros precedentes judiciais que, em seu entender, embasariam seu posicionamento. Repetiram o argumento de não está demonstrado nos autos pelo parquet qualquer dano ao erário, também mencionando precedentes judiciais.

23. No intento de justificar o fracionamento, os defendentes alegaram que o orçamento disponibilizado no centro de custos das Administrações garante apenas a manutenção dos próprios com aluguel, energia, água, IPTU, telefone, Internet, despesas de pessoal, concessão de benefícios e outras pequenas despesas. Muitas vezes as demandas por obras de melhorias são atendidas por emendas parlamentares. No entanto, os valores constantes dessas



emendas não são expressivos para atender determinados pedidos, já que essas verbas, além de terem destinação específica, são disponibilizadas em data incerta.

24. Ademais, trouxeram à atenção que as emendas parlamentares nem sempre são executadas por falta de autorização e, para comprovar essa assertiva, anexaram à referida defesa Quadro de Detalhamento de Despesas dos exercícios de 2012, 2013 e 2014 (fls. 311/317). Declararam sobre a impossibilidade de realizar alguma coisa com esse modelo orçamentário para quem quer trabalhar e ver a melhoria na cidade.

25. Na Administração Regional haviam diversos pedidos solicitados pela comunidade esperando para serem executados. No entanto, enquanto os recursos não chegavam, a Administração ia organizando os projetos menos audaciosos que coubessem em uma carta Convite. E quando havia o aporte dos recursos era necessário empenhá-los e executá-los prontamente para não correr o risco de perdê-los, sendo que na maioria das vezes acontecia exatamente isso por não ter nenhum projeto para executar.

26. Especificamente com relação aos Convites n°s 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 e 38/2012, esclareceram que a execução das respectivas obras ocorreu em razão de seu esforço nos corredores da Câmara Legislativa, como administradores à época, solicitando a um e outro parlamentar auxílio para São Sebastião, não recebendo nada de concreto, apenas promessas, o que dificultava a preparação de um cronograma de obras para a realização de uma Tomada de Preços. Além do mais, não existia uma equipe preparada para elaborar projetos maiores e nem pessoal treinado para a realização de uma tarefa mais complexa.

27. Ademais, quando os recursos eram disponibilizados nos três últimos meses do exercício, caso deixassem de lado os projetos prontos para começar um procedimento licitatório, na modalidade Tomada de Preços, o exercício findaria, em razão do tempo gasto para sua realização, e não seria possível executar nada diante da possibilidade de o orçamento ser contingenciado ou devolvido no final do ano.

28. Os defendentes alegaram que a Administração de São Sebastião deveria ter recebido o mesmo tratamento que este Tribunal deu à Administração Regional do Varjão em caso semelhante quando, por meio da Decisão n° 552/2015, considerou indevido o fracionamento da licitação, 'em desacordo com o art. 23, § 5º, da Lei n° 8.666/93'; e determinou à referida Administração 'que, em futuras licitações para a contratação de obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, observe os termos do § 5º do art. 23 da Lei n° 8.666/1993, adotando a modalidade aplicável ao somatório dos valores dos empreendimentos;'.

29. Os justificantes declararam ainda que a orientação fornecida pela Assessoria Técnica da Administração em nenhum momento fez alusão sobre a impossibilidade da realização dos convites e que eles jamais agiram de má-fé ou acarretaram qualquer prejuízo ao Erário.



Por acreditarem que está totalmente demonstrada a integridade de cada um, solicitaram que os respectivos esclarecimentos sejam acatados e seja declarada a improcedência da Representação e da Decisão nº 1176/2015, ou seja, concedido tratamento nos mesmos moldes conferido à Administração Regional do Varjão, por meio da Decisão nº 552/2015.

II - ANALISE DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA

30. Observa-se nas ponderações feitas que os defendentes estão fazendo confusão de conceitos entre parcelamento e fracionamento. Segundo a doutrina fracionamento representa comportamento indevido de separar objeto que deveria ser licitado conjuntamente com a finalidade de fugir da modalidade mais complexa ou dispensar a licitação. Já parcelamento configura a divisão do objeto, em várias licitações ou em lotes de uma mesma licitação, objetivando promover a competição e a economicidade, preservando-se a modalidade prescrita em lei.

31. De fato, os Justificantes estão equivocados no que diz respeito a parcelamento e fracionamento, visto que fizeram a seguinte declaração: 'Ocorre que o parcelamento do objeto e o fracionamento da licitação previstos na Lei nº 8.666/1993, muitas vezes possibilita maior competitividade entre as empresas interessadas em licitar, possibilitando a participação de empresas de menor porte nas licitações, além de se tornar uma opção mais econômica para a entidade por contribuir para a obtenção de menor preço final, o que sempre será desejado.' (Grifamos).

32. Os defendentes rejeitam a ideia de que ocorreu fracionamento de licitação afirmando que a disparidade observada nos objetos das obra de engenharia é absoluta, visto que as atividades são distintas, os materiais e técnicas utilizados são diferentes, não havendo qualquer semelhança de natureza entre as contratações realizadas. No entanto, os fatos não são bem assim, conforme ficam demonstrados na tabela a seguir:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO INÁCIO MAGALHÃES FILHO

e-DOC C717B3F4

Proc 8780/2014

Fl.: 3/6

Proc.: 8.780/14

Rubrica

Convite nº	Processo nº	Objeto	Valor orçado
31/2013	144.000.505/2013	Obra de engenharia com instalação de placas de endereçamentos	R\$ 144.822,45
32/2013	144.000.468/2013	Obra de engenharia com recuperação e troca de meios fios.	R\$ 147.939,36
33/2013	144.000.471/2013	Obra de engenharia com plantio de grama em diversos locais de São Sebastião	R\$ 147.998,14
34/2013	144.000.467/2013	Obra de engenharia com recuperação de calçadas.	R\$ 111.385,76
35/2013	144.000.470/2013	Obra de engenharia com drenagem e revitalização da feira permanente de São Sebastião.	R\$ 147.692,92
36/2013	146.000.362/2013	Obra de engenharia com recuperação de área pública com implantação de bloquetes.	R\$ 147.169,93
37/2013	144.000.541/2013	Obra de engenharia com construção de campo de areia	R\$ 147.748,85
38/2013	144.000.542/2013	Obra de engenharia com cobertura da arquibancada do campo de grama sintética de São Sebastião.	R\$ 147.990,29

33. Com relação aos serviços executados pelos Convites nºs 31, 32, 34, 36, 37 e 38/2013, a correspondência entre as obras é manifestamente evidente, indicando que deveria ter sido adotada a modalidade tomada de preços, ainda que não fosse possível uma contratação única, seria o caso de parcelamento dos objetos com realização de mais de um procedimento licitatório com a preservação da modalidade, no presente caso, tomada de preços. Isso, porque o somatório dos valores excedeu em muito ao limite de R\$ 150.000,00 estipulado no art. 23, inciso I, alínea 'a', da Lei nº 8.666/93. Situação idêntica é observada também nos Convites nºs 33 e 35/2013.

34. Ademais, as empresas potencialmente interessadas na execução das obras eram as mesmas, conforme se averigua ao observar os participantes nos certames realizados, levando em conta que algumas empresas constaram de diversos convites. A empresa TMX participou dos convites nº 32, 34, 37 e 38, sendo escolhida no de nº 32, e a empresa JGV dos 34, 35 e 36, vencendo este último. Também participaram de mais de um convite as empresas Task (31, 37 e 38), Ark (32 e 33), HPE (33 e 39) e Fontenele (34 e 35), conforme visto nas Atas de Abertura dos respectivos convites nas fls. 89/98, 103/106 e 108/109.

35. Observa-se que as condições existentes recomendavam a agregação dos valores para uma única licitação ou, ao menos, para algumas, uma vez que as contratações de objetos de mesma natureza e realização dos serviços no mesmo local de forma



conjunta e concomitante são requisitos que direcionam obrigatoriamente para o somatório da totalidade dos objetos para selecionar a modalidade licitatória adequada.

36. Acerca do tema, cabe mencionar precedente do Tribunal de Contas da União acerca do tema fracionamento, o qual afirma que “(...) a realização de vários procedimentos em um exercício não caracteriza, por si só, o fracionamento indevido da despesa, o qual somente ocorre quando não se preserva a modalidade pertinente para o total de aquisições do exercício (§ 2º do art. 23 da Lei 8.666/1993)” (Acórdão 82/2005 Plenário). Ou ainda, “Nas oportunidades em que se manifestou sobre o fracionamento de despesas, este Tribunal deixou assente que, quando os potenciais interessados na contratação de serviços de mesma natureza são os mesmos, não há que se realizar licitações distintas. Sob essa ótica, o termo ‘mesmo local’ utilizado no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93, não se refere a uma localidade específica, (rua, bairro, cidade, município) e sim a uma região geo-econômica, ou seja, a área de atuação profissional, comercial ou empresarial dos possíveis fornecedores ou prestadores de serviço a serem contratados pela Administração” (Acórdão 1780/2007 Plenário – grifou-se).

37. Considerando: (i) a similaridade dos objetos dos convites nºs 31, 32, 34, 36, 37 e 38/2013 e dos Convites nºs 33 e 35/2013; (ii) o fato de que todos foram executados numa mesma Região Administrativa; e (iii) que os ajustes foram firmados e executados concomitantemente, resta claramente evidenciado que os potenciais interessados na contratação dos serviços eram os mesmos e, portanto, houve fracionamento irregular de licitação.

38. O relato no corpo desta informação demonstra claramente o fracionamento indevido das contratações efetivadas, por entendermos que a opção pela modalidade de convite à de tomada de preços contrariou o princípio da legalidade e da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, com prejuízo à publicidade, devido à menor amplitude e visibilidade dos certames na modalidade convite.

39. Os defendentes utilizaram também como justificativa para o fracionamento a questão do orçamento disponibilizado que cobria apenas as despesas de manutenção da Administração Regional de São Sebastião. Já a demanda por obras, no geral, era atendida por emendas parlamentares. No entanto, além da incerteza na liberação desses recursos, quando acontecia de serem disponibilizados eram em pequenos valores e com destinação específica.

40. Diante dessa realidade expuseram que enquanto aguardavam a chegada dos recursos organizava-se projetos que comportassem em uma carta Convite, alegando que quando havia aporte de recursos era imprescindível empenhá-los e executá-los prontamente para não correr o risco de perdê-los.

41. Com o intuito de aferir a veracidade desses fatos, efetuou-se pesquisa no Siggo, a partir da qual foi possível elaborar a tabela abaixo.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO INÁCIO MAGALHÃES FILHO

e-DOC C717B3F4

Proc 8780/2014

Fl.: 3/8

Proc.: 8.780/14

Rubrica

Contrato	Programa de Trabalho	Dotação orçamentária (Valor e Data)	Data do Convite
31/2013	15.451.6208.1110.9836 (EP) Execução de obras de urbanização – Instalação de placas de endereços no bairro Residencial do Bosque	R\$ 150.000,00 (18/10/2013, fls. 334/335))	14/11/2013
32/2013	15.451.6208.1110.5840 (EP) Execução de obras de urbanização – Execução de obras de urbanização e infraestrutura em São Sebastião	R\$ 5.000.000,00 (LOA, fls. 331)	14/11/2013
33/2013			14/11/2013
34/2013			18/11/2013
35/2013			18/11/2013
37/2013			28/11/2013
38/2013			28/11/2013
36/2013	15.451.6208.1110.5504 (EP) Execução de obras de urbanização – Realização de obras de infraestrutura e urbanização na Região Administrativa de São Sebastião RA XIV	R\$ 1.750.000,00 (LOA, fls. 331)	18/11/2013

42. Na tabela acima, os Programas de Trabalho indicados são os informados nos respectivos contratos (fls. 158/219) e as datas dos convites são as constantes das Atas de Abertura e Julgamento (fls. 89/108).

43. Nota-se que as alegações dos justificantes acerca das emendas parlamentares (EP) são plausíveis apenas no que tange ao Contrato 31/2013, no qual a dotação orçamentária, decorrente de EP, foi liberada apenas em outubro, num valor limitado, de R\$ 150.000,00, e destinada especificamente a uma certa obra. Para esse caso, é plausível a hipótese de que a exiguidade do prazo tenha praticamente forçado a Administração a contratar a obra mediante convite.

44. Quanto aos demais contratos, contudo, a situação era diversa. Todos foram custeados por verbas orçamentárias consignadas em rubricas genéricas, disponíveis desde a publicação da Lei Orçamentária Anual (LOA), em valores suficientes para permitir o agrupamento dos objetos em uma ou mais tomadas de preços. A Administração Regional teve tempo suficiente para planejar melhor suas contratações, evitando o fracionamento aqui combatido. Observe-se que o total empenhado em 2013 no Programa de Trabalho 15.451.6208.1110.5840 totalizou R\$ 3.098.448,05. Por meio do Siscoex, é possível constatar que todas as notas de empenho emitidas nesse Programa de Trabalho referem-se a contratações na modalidade convite.

45. Portanto, o cenário apresentado pelos justificantes, de verbas referentes a emendas parlamentares, liberadas ao final do exercício com destinação certa para realização de alguma obra específica, simplesmente não explica, e muito menos justifica, a modalidade licitatória empregada em praticamente todas as contratações objeto destes autos. Os esclarecimentos apresentados, de que os serviços contratados mediante os Ajustes 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 e 38/2013 eram projetos pequenos que deveriam ser executados prontamente para evitar a perda dos recursos não condizem com a realidade dos fatos, à exceção do Contrato 31. Ao contrário, houve recurso e tempo suficientes para adotar-se licitação na modalidade tomada de preços



à época da abertura dos convites, bem como da assinatura dos respectivos ajustes.

46. Portanto, a Administração de São Sebastião, em vez de utilizar como modalidade de licitação a tomada de preços para a realização dos serviços, optou por realizar diversos convites. Por isso, depreende-se que a ausência do somatório dos valores envolvidos, relativos aos Convites nºs 32, 34, 36, 37 e 38/2013 e 33 e 35/2013, nas contratações para a adoção de modalidade de licitação mais ampla e complexa, contrariou os termos do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/1993¹. Quanto à contratação objeto do Convite nº 31/2013, entende-se que foi devidamente justificada, considerando o exposto no § 43 a 45, retro.

47 Por essa razão, tais justificativas não têm força para afastar o fracionamento irregular de despesa detectado na Administração Regional de São Sebastião – RA XIV, em descumprimento ao art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/1993.

48. Para respaldar a fracionamento de despesa aqui constatado, os defendentes citaram, ainda, a orientação dada, mediante o Acórdão nº 1540/2014-PLENÁRIO, pelo TCU à consulta do Congresso Nacional e afirmaram que a situação hipotética tratada no TCU é idêntica a tratada neste processo. Nessa consulta foram apresentadas situações hipotéticas para realização de obras de engenharia com recursos orçamentários provenientes de emenda parlamentar.

49. Em síntese, as questões levantadas tratam sobre aplicação, em tese, do art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93, que trata do parcelamento obrigatório das licitações de obras, nas contratações decorrentes ou não de convênios, e a liberação de recursos decorrentes de emendas parlamentares, onde os Ministros acordaram, entre outras, em que:

‘(...)

9.2.3. não constitui fracionamento de despesa a celebração e execução de mais de um convênio, em virtude de liberações de recursos orçamentários em períodos distintos para atendimento à emenda parlamentar;

9.2.4. no caso de obras distintas e independentes, a cada convênio celebrado deve corresponder licitação na modalidade adequada ao montante dos recursos recebidos em cada ajuste, isto é, condizente com o valor do objeto que se pretende licitar em cada convênio;

9.2.5. os termos de convênios firmados, independentemente do teor da emenda parlamentar, devem ser cumpridos, e o objeto realizado com os recursos orçamentários nele previstos, no prazo acordado, sem aguardar o levantamento efetivo de todo o orçamento que contemplaria o conjunto completo de obras da

¹ “§ 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço (...).”



emenda parlamentar;

(...)

9.2.11. não há conflito entre os parágrafos 1º e 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, que devem ser interpretados em conjunto: o parágrafo 1º trata o parcelamento como regra a ser observada, sendo prestigiado quando são feitas várias licitações, ou então uma única adjudicando-se por grupos ou lotes; já o parágrafo 5º trata especificamente da modalidade licitatória a ser adotada em cada uma das parcelas em que o objeto vier a ser dividido em mais de uma licitação;'

50. Como já relatado, essa situação hipotética só poderia ser utilizada para justificar o Contrato nº 31/2013. Portanto, somos pela aplicação da multa prevista no art. 57, inciso II, da Lei Complementar nº 1/94 ao Senhor ANTÔNIO JUCÉLIO GOMES MORENO e a Senhora MARIA DE FÁTIMA CABRAL BARBOSA pelo fracionamento da despesa, em virtude do descumprimento do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93.

51. Os defendentes reclamaram que a Administração Regional de São Sebastião deveria ter recebido o mesmo tratamento que o Tribunal concedeu à Administração Regional do Varjão, mediante à Decisão nº 552/105, ao tratar de caso análogo. Apesar da existência de fracionamento averiguada no Processo nº 23.839/2014 da Administração do Varjão, este fracionamento não apresentou gravidade suficiente pelas seguintes razões:

a) A falha envolveu apenas dois convites que, caso conjugados em uma única tomada de preços, resultaria em contratação de baixo valor relativo (cerca de R\$ 300 mil), se comparada à faixa de valores tolerada para tomadas de preço (até R\$ 1,5 milhão);

b) como resultado do exposto na letra "a", não havia como afirmar se a eventual tomada de preços, caso tivesse sido realizada, teria resultado em preços menores, já que os ganhos de escala seriam pequenos;

c) a emergencialidade que ocasionou a autuação do Processo nº 303.000.014/2014 pode ter induzido a Administração do Varjão a agir açodadamente, sem observar a possibilidade de fundir ambos os convites em uma única tomada de preços; e

d) não havia coincidência entre as empresas convidadas para um e outro convite, o que, caso tivesse ocorrido, poderia levantar suspeita sobre eventual conluio.

52. Além disso, a Relatora do Processo 23.839/2014, relativo a Administração do Varjão, em seu Voto, levou em consideração que o principal a ser debatido residia no âmbito da ausência de prejuízo e da inexistência de má-fé. Ademais, por não vislumbrar "o potencial lesivo aos cofres públicos e tão menos o possível conluio entre os licitantes", não enxergava razão para prolongamento daqueles autos. Essas atenuantes não podem ser aplicadas à Administração de São Sebastião, visto que foram realizados 8 (oito) convites num montante total de R\$ 1.142,747,70, com coincidência entre as empresas convidadas para diversos convites, conforme já comentado no § 34 desta Informação.



III - CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS

53. Cabe ressaltar que o fracionamento de licitações para contratações de obras mediante convite, pelas Administrações Regionais, tem sido objeto de diversas Representações similares a esta. Numa delas, objeto do Processo nº 18759/2015, restou caracterizado que a irregularidade em tela tem caráter sistêmico. Por isso, o TCDF autorizou a realização de auditoria em autos próprios, a ser incluída no Plano Setorial de Ação da Secretaria de Auditoria referente ao exercício de 2016, para exame aprofundado da matéria.

IV - CONCLUSÃO E SUGESTÕES

54. As justificativas trazidas pelos Srs. ANTÔNIO JUCÉLIO GOMES MORENO e MARIA DE FÁTIMA CABRAL BARBOSA são insuficientes para afastar a irregularidade apontada nos autos, a saber, o fracionamento irregular das licitações, com o intuito de evitar-se modalidade licitatória mais complexa, em grave infração ao disposto no art. 23, § 5º da Lei nº 8.666/93. Por esse motivo, sugere-se a aplicação da penalidade prevista no art. 57, inciso II da Lei Complementar nº 01/94” (grifos do original).

Ao final da instrução, o corpo instrutivo sugeriu² ao e. Tribunal (fls. 351/352):

- “I - tomar conhecimento das razões de justificativa apresentadas pelos nomeados no § 4 desta Informação (fls. 277/289 e 318/330) para, no mérito, considerá-las improcedentes;*
- II - aplicar a multa prevista no art. 57, inciso II, da Lei Complementar nº 1/94 aos indicados na Matriz de Responsabilização de fls. 337, por fracionamento irregular de licitações, em descumprimento do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93;*
- IV - autorizar o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento para as providências pertinentes”.*

MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas – MPjTCDF, mediante o Parecer n.º 810/2015–ML (fls. 354/367), após tecer breve relato dos fatos, lançou as seguintes ponderações:

*“24. **Ab initio**, importante salientar que o parcelamento de objeto a ser licitado, especificado no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, **não se confunde** com o fracionamento de licitação/despesa consignado no art. 23, § 5º, do referido diploma legal.*

*25. Nos termos da Lei nº 8.666/1993, o **parcelamento** de serviços, compras e obras **deve** ser utilizado para o aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e para **ampliação da competitividade**, sem perda da economia de escala. Há, portanto,*

² As sugestões formuladas foram acolhidas pelo Diretor da 3ª Divisão de Acompanhamento e pelo titular da Secretaria de Acompanhamento (fls. 352/352-v, respectivamente).



dever do Administrador público de, sempre que **viável técnica e economicamente**, particionar o objeto do certame. Sem embargo, ao optar pelo parcelamento, a Administração **deve preservar a modalidade pertinente para o objeto licitado** (art. 23, §§ 1º e 2º).

26. Dada a sua relevância, o parcelamento do objeto foi tratado por este e. **TCDF** na r. Decisão Normativa nº 2/2012.

27. **Contudo**, impende rememorar que a Representação do **MPC/DF** trata de **matéria diversa** do parcelamento de objeto, qual seja: o **fracionamento indevido de licitação/despesa, utilizado como meio de afastar a modalidade de licitação apropriada à necessidade da Administração**.

28. **In casu**, como asseverado, a Administração Regional de São Sebastião adotou **diversos convites semelhantes**, o que culminou por **modificar o regime jurídico aplicável**, em afronta ao art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, visto ser evidente a semelhança dos objetos licitados e a possibilidade de execução conjunta e concomitante.

29. Relembro, a propósito, o entendimento doutrinário, no sentido de que:

‘(...) devem considerar-se em conjunto bens e serviços que, embora materialmente distintos e que não possam ser considerados como partes integrantes de um único objeto, apresentem **natureza semelhante e devem ser executados no mesmo local, desde que tal execução possa fazer-se conjunta e concomitantemente**(...)’⁴ (Grifos acrescidos).

30. Nesse sentido, o **Parquet** considera que os Srs. Antônio Jucélio Gomes Moreno e Maria de Fátima Cabral Barboza não apresentaram, em suas razões de justificativa, argumentos ou informações contundentes que debelassem a constatação do **fracionamento** irregular das licitações deflagradas por meio dos Convites nºs 31, 32, 33, 34, 36, 37 e 38/2013 – RA XIV, em desacordo com o art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/1993.

31. Conforme já sobejamente consignado nas instruções do presente feito, Informações nºs 168/2014 e 9/2015 - 3ª Diacomp, fls. 133/139 e 220/223, respectivamente, e nos Pareceres nºs 937/2014 e 152/2015-ML, fls. 141/147 e 225/230, respectivamente, é patente a irregularidade praticada pela Administração Regional de São

³ “Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:
(...)”

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.”

1 “§ 5º É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).”

⁴ 2 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2012, p. 314.



Sebastião, conduta esta reprimida pelo c. **TCDF**, como pode ser observado no seguinte julgado:

‘O Tribunal, **por unanimidade**, de acordo com o voto da Relatora, decidiu: I - ter por **improcedentes as justificativas** apresentadas pelos Srs. referenciados nos §§ 4º e 6º da Informação nº 25/13, em face do **fracionamento indevido de licitações**, em afronta aos §§ 1º e 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93;

II - **aplicar a sanção prevista no art. 57, inciso II**, da LC nº 1/94, c/c o art. 182, inciso I, do RI/TCDF, aos implicados referenciados no item precedente; (...)’ (Decisão nº 4.894/2013, **Plenário**, Rel.^a Cons.^a **Anilceia Machado**).

32. Esse mesmo entendimento foi aplicado no Processo nº 20.879/2011, em que o c. **Plenário**, no julgamento da TCA da RA XXVIII, julgou irregulares as contas do Administrador Regional e do Diretor de Administração Geral, nos termos do art. 17, III, b, da LC nº 1/1994, em razão de fracionamento de licitações ou de despesa, aplicando-lhes a multa prevista no art. 57, I, do citado diploma legal (r. Decisão nº 6.161/2014, **Plenário**, Rel. Cons. Manoel de Andrade).

33. No mesmo sentido caminha a jurisprudência do c. Tribunal de Contas da União, da qual cito o seguinte precedente:

‘2. O **fracionamento da licitação**, em desconformidade com o disposto no art. 23, § 5º, do Estatuto das Licitações, atrai a **irregularidade das contas dos responsáveis**, a teor do art. 16, inciso III, alínea b, da Lei 8.443/1992.’ (Acórdão nº 1.929/2014, **Plenário**, Rel. Min.-Substituto **Marcos Bemquerer**).

34. Nesse sentido, novamente em congruência com os apontamentos mais recentes do Corpo Instrutivo, entendo que não merecem prosperar as alegações dos justificantes acerca da distinção dos objetos contratados, porque evidenciada a similaridade dos contratos firmados por meio dos Convites nºs 31, 32, 33, 34 e 36, bem assim dos decorrentes dos Convites nºs 37 e 38, a ensejar a realização de licitação em outra modalidade, Tomada de Preços ou Concorrência, de modo a ampliar a competitividade dos certames.

35. Nesse contexto, não é demais trazer à baila trechos do Parecer nº 937/2014-ML a respeito da quaestio, in verbis:

‘(...)

26. Quanto ao emprego de técnicas e materiais diversos, impende sublinhar que o gráfico apresentado pelo Corpo Instrutivo indica a participação de uma mesma sociedade empresária em convites diversos, condição que demonstra a **ausência de singularidade** dos objetos licitados.

27. O segundo requisito para a aplicação do disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, qual seja **a realização da obra no mesmo local de forma conjunta e concomitante**, também é aderente aos casos em destaque, pois a execução na mesma Administração Regional conduz para o conceito de mesma localidade do art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, assim como **a vigência dos ajustes para o mesmo período** denota a viabilidade de condução das obras de maneira conjunta e



concomitante.

28. A propósito, como bem salientado pela Área Técnica, a jurisprudência do c. **TCU** deixou assente que quando há identidade de potenciais interessados para contratação de serviços de mesma natureza, não há que se realizar licitações distintas. O aludido v. Acórdão da c. Corte de Contas Federal estabelece, ainda, que o termo mesmo local contido no art. 23, § 5º, condiz com conceito de região geoeconômica.

29. A inteligência alcançada no citado v. Acórdão confirma o descumprimento da exigência contida no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/1993 decorrente da celebração dos Contratos nos 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 e 38/2013 entabulados pela RA XIV.'

36. Em outra senda, no que tange à disponibilidade de recursos para realização dos serviços e obras em exame, este **MPC/DF**, a par das informações trazidas à baila pelo Corpo Técnico, fl. 331, depreende que **a jurisdicionada contava com significativa dotação orçamentária, fixada previamente na LOA, para tal finalidade**. Dessa forma, também no sentir deste Órgão Ministerial, não socorrem aos justificantes quaisquer argumentos a indicar que a ausência de recursos foi fator preponderante para o fracionamento das licitações/despesas em comento.

37. Sobre esse aspecto, ainda acresço que, a partir da extração dos dados do Siscoex, depreende-se que, ao contrário do quanto argumentaram os justificantes, a jurisdicionada parecia **priorizar a utilização via Convite** em suas contratações, em detrimento da realização de certames sob as modalidades Tomada de Preços ou Concorrência.

38. Na forma indicada parágrafo 44 da Instrução nº 146/2015 – 3ª Diacomp, fl. 348, do montante de R\$ 3.098.448,05 empenhado em 2013, no Programa de Trabalho 15.451.6208.1110.5840, **todas as notas de empenho emitidas referem-se a contratações na modalidade Convite**.

39. Finalmente, no entendimento deste **Parquet** especializado, quanto ao pleito dos defendentes para que a Administração Regional de São Sebastião receba tratamento idêntico ao dispensado pela e. **Corte de Contas** à Administração Regional do Varjão nos autos do Processo nº 23.839/2014, a teor da r. Decisão nº 552/2015, tenho que não merece prosperar o pleito, conforme consignado pelo Corpo Técnico.

40. A uma porque o fracionamento indevido de licitação, narrado na Representação formulada por este **Parquet** nº 16/2014-ML se restringiu a apenas 2 convites, e não aos 7 identificados no presente momento, cujos valores, em sua totalidade, são **substancialmente maiores** do que aqueles tratados no Processo nº 23.839/2014, denotando a robusta materialidade dos presentes autos.

41. A duas porque, conforme destacado pelo Corpo Técnico, 'não havia coincidência entre as empresas convidadas para um e outro convite' no processo paradigma, diferentemente do identificado nos presentes autos, conforme especificado pelo Corpo Instrutivo na



laboriosa Informação nº 168/2014-3ª Diacom, especificamente à fl. 138.

*42. Esses fatos, no modo de ver do **MPC/DF**, impedem que o mesmo tratamento dado pela r. Decisão nº 552/2015, seja estendido às hipóteses dos presentes autos, sobretudo se levado em consideração que o deslinde da discussão no Processo nº 23.839/2015 ainda aguarda apreciação de recurso interposto pelo **Parquet** especializado.*

*43. Por derradeiro, é de se notar que o pedido de aplicação do quanto deliberado na r. Decisão nº 552/2015 denota o **reconhecimento direto da irregularidade** pelos justificantes, uma vez que, nos autos do Processo nº 23.839/2014, o c. **Plenário** atestou que o procedimento adotado pela RA do Varjão no fracionamento de licitação era **indevido**, em desacordo com o disposto no art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/1993” (grifos originais).*

Ao final do parecer, o representante do *Parquet* especial convergiu “com as conclusões emanadas da percuciente Unidade Técnica”.

É o relatório.



VOTO

Tratam os autos da Representação n.º 11/2014-ML (fls. 01/05), interposta pelo *Parquet* especial, referente à celebração dos Contratos n.ºs 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37 e 38/2013 entabulados pela Administração de São Sebastião, os quais derivam de Cartas Convites de igual numeração, para execução de obras de engenharia no âmbito da respectiva Região Administrativa.

Nesta fase processual, examina-se o **mérito** das razões de justificativa interpostas pelo Sr. Antônio Jucélio Gomes Moreno (fls. 277/289) e pela Sra. Maria de Fátima Cabral Barboza (fls. 318/330), em atendimento ao item III da Decisão n.º 1.176/2015 (fl. 250).

Em sua diligente análise⁵, a unidade instrutiva concluiu que as justificativas apresentadas são insuficientes para afastar a irregularidade apontada nos autos, a saber, o fracionamento irregular das licitações, com o intuito de evitar-se modalidade licitatória mais complexa, o que infringiu o disposto no § 5º, do art. 23, da Lei n.º 8.666/1993. Por esse motivo, sugeriu a aplicação da penalidade prevista no inciso II, do art. 57, da Lei Complementar n.º 01/1994.

O representante do Ministério Público de Contas, d. Procurador Marcos Felipe Pinheiro Lima, aquiesceu as considerações e as conclusões da área instrutiva, tendo acrescido diversos julgados sobre a matéria que ratificam os entendimentos esposados⁶.

Desde já, adianto que o meu posicionamento alinha-se ao propugnado pelo corpo instrutivo e pelo *Parquet* especial, no sentido de considerar, no mérito, improcedentes as razões de justificativas ora analisadas.

Isso porque, ao contemplar os autos, verifiquei que os argumentos trazidos não foram suficientes para afastar as falhas apontadas, nem tampouco a responsabilidade dos indicados na Matriz de Responsabilização de fls. 337. Ademais, todos os pontos suscitados pelos responsáveis foram devidamente examinados e fundamentadamente refutados na instrução e no parecer ministerial.

Complementarmente, faz-se imperioso ressaltar que, embora devam ser interpretados conjuntamente, os comandos consignados nos parágrafos 1º e 5º do art. 23 da Lei n.º 8.666/1993 não se confundem.

O § 1º trata do parcelamento como a regra a ser observada quando são feitas várias licitações, ou uma única adjudicando-se por grupos ou lotes, com vistas ao aumento da competitividade, sopesando-se aspectos técnicos e econômicos em cada caso concreto. O § 5º, por sua vez, cuida especificamente da modalidade licitatória a ser adotada em cada uma das parcelas em que o objeto vier

⁵ Informação n.º 146/2015-3ª Diacom (fls. 338/352).

⁶ Parecer n.º 810/2015-ML (fls. 354/367).



a ser dividido, seja em lotes ou em procedimentos licitatórios distintos. Frisa-se que os presentes autos analisam irregularidades no âmbito deste último regramento.

Nesse diapasão, cabe analisar o que dispõe o § 5º, do art. 23, da Lei de Licitações e Contratos:

*“É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para **obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente**, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço” (grifos acrescidos).*

Entendo que a expressão “mesma natureza” está relacionada à área de atuação e à especialização das empresas que seriam potenciais interessadas no certame.

Diante disso, ganha destaque o que bem pontuou a área instrutiva no parágrafo 34 da Informação n.º 146/2015-3ª Diacomp⁷, quando constatou que diversas empresas participaram de mais de uma licitação (na modalidade convite), caracterizando que os objetos enquadravam-se no conceito de “mesma natureza”⁸.

Já o termo “mesmo local” estaria fazendo referência à uma determinada região geo-econômica⁹, o que bem se amolda ao caso de uma região administrativa do DF, no caso a RA XIV – São Sebastião.

Adicionalmente, tem-se que os documentos às fls. 158/219 dão conta de que todos os 8 (oito) contratos foram assinados no mês de novembro de 2013, o que não deixa dúvidas sobre a possibilidade de os serviços serem realizados conjunta e concomitantemente.

Portanto, no caso em tela, restou demonstrada a existência de serviços de mesma natureza, sendo executados em um mesmo local (RA de São Sebastião) e no mesmo período, com valores cujo o somatório ensejaria licitações nas modalidades Tomada de Preços ou Concorrência, e não na modalidade Convite.

Entendo pertinente, ainda, ratificar o meu entendimento sobre a necessidade destes autos merecerem encaminhamento diverso do decidido por esta

⁷ “34. Ademais, as empresas potencialmente interessadas na execução das obras eram as mesmas, conforme se averigua ao observar os participantes nos certames realizados, levando em conta que algumas empresas constaram de diversos convites. A empresa TMX participou dos convites nº 32, 34, 37 e 38, sendo escolhida no de nº 32, e a empresa JGV dos 34, 35 e 36, vencendo este último. Também participaram de mais de um convite as empresas Task (31, 37 e 38), Ark (32 e 33), HPE (33 e 39) e Fontenele (34 e 35), conforme visto nas Atas de Abertura dos respectivos convites nas fls. 89/98, 103/106 e 108/109” (grifos acrescidos).

⁸ Nesse sentido também já decidiu o Tribunal de Contas da União por meio dos Acórdãos n.ºs 832/2008, 1.570/2004, 131/2001, 161/2001, 121/2002, 272/2002, todos do Plenário.

⁹ Entendimento similar foi adotado no Acórdão n.º 1.780/2007-TCU-Plenário.



Corte no bojo do Processo n.º 23.839/2015, em contraponto ao alegado pelos agentes públicos em suas justificativas.

Para isso, trago à baila trecho do voto que proferi nestes autos anteriormente à prolação da Decisão n.º 1.176/2015 (fl. 248):

“Esclareço, ainda, que, no bojo do Processo n.º 23.839/14, o Tribunal, por unanimidade, proferiu a Decisão n.º 552/15. Em que pese esta Corte de Contas ter considerado que houve “fracionamento indevido da licitação, em desacordo com o art. 23, § 5º, da Lei nº 8.666/93”, entendeu-se desnecessária a oitiva dos responsáveis (conforme proposto pelo Parquet especial àquela época). Porém, determinou-se à Região Administrativa do Varjão ‘que, em futuras licitações para a contratação de obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, observe os termos do § 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/1993, adotando a modalidade aplicável ao somatório dos valores dos empreendimentos’. Reforço que o meu entendimento, naquele processo, acolheu o encaminhamento proposto pela Relatora, n. Conselheira Anilcéia Machado, por conta da quantidade de obras efetuadas mediante convite pela jurisdição, a saber: duas.

A quantidade de obras promovidas pela RA XIV, mediante convite, em análise nestes autos (em um total de oito), enseja a adoção de prática diferente da citada no parágrafo anterior. Até porque, a execução de outras sete obras possivelmente fracionadas pela mesma Administração Regional de São Sebastião está sendo objeto de exame pelo Tribunal no bojo do Processo n.º 35.586/14-e. Por conta disso, entendo que não cabe apenas determinar que a jurisdição dê cumprimento a dispositivo legal, nos mesmos moldes da Decisão n.º 552/15” (grifos acrescidos).

Sobre essa mesma questão, vale destacar o posicionamento do corpo instrutivo (fl. 350):

“(...) Apesar da existência de fracionamento averiguada no Processo nº 23.839/2014 da Administração do Varjão, este fracionamento não apresentou gravidade suficiente pelas seguintes razões:

a) A falha envolveu apenas dois convites que, caso conjugados em uma única tomada de preços, resultaria em contratação de baixo valor relativo (cerca de R\$ 300 mil), se comparada à faixa de valores tolerada para tomadas de preço (até R\$ 1,5 milhão);

b) como resultado do exposto na letra “a”, não havia como afirmar se a eventual tomada de preços, caso tivesse sido realizada, teria resultado em preços menores, já que os ganhos de escala seriam pequenos;

c) a emergencialidade que ocasionou a autuação do Processo nº 303.000.014/2014 pode ter induzido a Administração do Varjão a agir açodadamente, sem observar a possibilidade de fundir ambos os convites em uma única tomada de preços; e



d) não havia coincidência entre as empresas convidadas para um e outro convite, o que, caso tivesse ocorrido, poderia levantar suspeita sobre eventual conluio”.

Nesse mesmo sentido, assim pontuou o Ministério Público de Contas (fls. 366/367):

“39. Finalmente, no entendimento deste Parquet especializado, quanto ao pleito dos defendentes para que a Administração Regional de São Sebastião receba tratamento idêntico ao dispensado pela e. Corte de Contas à Administração Regional do Varjão nos autos do Processo nº 23.839/2014, a teor da r. Decisão nº 552/2015, tenho que não merece prosperar o pleito, conforme consignado pelo Corpo Técnico.

40. A uma porque o fracionamento indevido de licitação, narrado na Representação formulada por este Parquet nº 16/2014-ML se restringiu a apenas 2 convites, e não aos 7 identificados no presente momento, cujos valores, em sua totalidade, são substancialmente maiores do que aqueles tratados no Processo nº 23.839/2014, denotando a robusta materialidade dos presentes autos.

41. A duas porque, conforme destacado pelo Corpo Técnico, ‘não havia coincidência entre as empresas convidadas para um e outro convite’ no processo paradigma, diferentemente do identificado nos presentes autos, conforme especificado pelo Corpo Instrutivo na laboriosa Informação nº 168/2014-3ª Diacom, especificamente à fl. 138.

42. Esses fatos, no modo de ver do MPC/DF, impedem que o mesmo tratamento dado pela r. Decisão nº 552/2015, seja estendido às hipóteses dos presentes autos, sobretudo se levado em consideração que o deslinde da discussão no Processo nº 23.839/2015 ainda aguarda apreciação de recurso interposto pelo Parquet especializado” (grifos acrescidos).

Neste momento, ressalto que merece guarida o posicionamento propugnado no parágrafo 43 da instrução¹⁰, que considerou pertinente as alegações dos justificantes quanto à adequabilidade da licitação na modalidade convite para o Contrato n.º 31/2013, em razão desse ajuste ter sido financiado por dotação orçamentária decorrente de emenda parlamentar, liberada apenas em outubro de 2013, num valor limitado de R\$ 150.000,00, e destinada especificamente àquela contratação. Restam irregulares, contudo, os procedimentos licitatórios que deram origem aos demais contratos, haja vista que os Convites n.ºs 32/13, 33/13, 34/13 e 36/13¹¹ e os Convites n.ºs 37/13 e 38/13¹² possuíam características capazes de demandar modalidade licitatória diversa da adotada pelos gestores à época.

¹⁰ Informação n.º 146/2015-3ª Diacom (fls. 338/352).

¹¹ Tem-se, como mais uma evidência de irregularidade, o fato de 3 empresas terem recebido carta convite da Administração e participado de pelo menos 2 desses convites, o que caracteriza serviços de “mesma natureza” (§ 34 da Informação n.º 146/2015-3ª Diacom).

¹² Tem-se, como mais uma evidência de irregularidade, o fato de 2 empresas terem recebido carta convite da Administração e terem participado desses 2 convites, o que caracteriza serviços de “mesma natureza” (§ 34 da Informação n.º 146/2015-3ª Diacom).



Pelo exposto, tenho por improcedentes as razões de justificativas ora analisadas e julgo que o Sr. Antônio Jucélio Gomes Moreno e a Sra. Maria de Fátima Cabral Barbosa adotaram prática ilegal, no que se refere à realização de licitações na modalidade convite, quando deveriam ter sido adotadas as modalidades Tomada de Preços ou Concorrência, o que afrontou o disposto no § 5º, do art. 23, da Lei n.º 8.666/1993, e enseja a aplicação da multa prevista no inciso II, do art. 57, da Lei Complementar n.º 01/1994 aos responsáveis supra indicados.

Destaco, contudo, que não é possível mensurar com exatidão o dano decorrente da prática ilegal adotada, visto que o potencial prejuízo está relacionado com a menor publicidade do certame na modalidade convite, o que mitiga o caráter competitivo, bem como com possíveis perdas com ganhos de escala, que poderiam ter sido obtidos se empreendidos procedimentos licitatórios em modalidade mais complexa, abrigando mais de um objeto conjuntamente, visto que vários dos serviços contratados eram de mesma natureza. Nessas condições, tenho que o efeito pedagógico pretendido neste momento pode ser obtido com a aplicação da penalidade em seu valor mínimo.

Por fim, vale destacar que, por meio da Decisão n.º 3.229/15, prolatada no âmbito do Processo n.º 18.759/2015, foi autorizada auditoria, em autos próprios, a ser incluída no Plano Setorial de Ação da Secretaria de Auditoria referente ao exercício de 2016, para exame das questões suscitadas nas Representações n.ºs 7 e 8/15-ML, do Ministério Público junto à Corte, acerca das contratações de obras públicas mediante convite pelas Administrações Regionais de São Sebastião e Paranoá, com possível ofensa ao disposto no § 5º, do art. 23, da Lei n.º 8.666/1993.

Assim, em harmonia com a unidade instrutiva e com o *Parquet* especial, com os ajustes que faço, VOTO no sentido de que o egrégio Tribunal:

- I. tome conhecimento:
 - a) da Informação n.º 146/2015-3ª Diacomp (fls. 338/352);
 - b) do Parecer n.º 810/2015–ML (fls. 354/367);
- II. considere, no mérito, improcedentes as razões de justificativa apresentadas às fls. 277/289 e 318/330, aplicando-lhes na forma prevista no inciso II, do art. 57, da Lei Complementar n.º 01/1994 aos responsáveis indicados na Matriz de Responsabilização de fl. 337, multa individual no valor de R\$ 1.169,80, em decorrência da realização de fracionamento irregular de licitações no bojo dos Convites n.ºs 32/13, 33/13, 34/13 e 36/13 e dos Convites n.ºs 37/13 e 38/13, em ofensa ao disposto no § 5º, do art. 23, da Lei n.º 8.666/1993;
- III. aprove, expeça e mande publicar o acórdão que ora submeto ao Plenário;
- IV. autorize:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO INÁCIO MAGALHÃES FILHO

e-DOC C717B3F4

Proc 8780/2014

Fl.: 391

Proc.: 8.780/14

Rubrica

- a) a ciência da decisão que vier a ser proferida aos interessados;
- b) o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento, para os devidos fins.

Sala das Sessões, 08 de outubro de 2015.

INÁCIO MAGALHÃES FILHO
Conselheiro-Relator



ACÓRDÃO N.º /2015

Ementa: Representação do MPJTCDF. Fracionamento irregular de licitações no âmbito da RA XIV. Audiência dos responsáveis. Improcedência das razões de justificativa. Aplicação de multa, nos termos do inciso II, do art. 57, da Lei Complementar n.º 01/1994.

Processo n.º 8.780/2015 (2 volumes).

Nome/Função: Sr. Antônio Jucélio Gomes Moreno (então Administrador Regional da RA XIV) e Sra. Maria de Fátima Cabral Barbosa (então Administradora Regional Substituta da RA XIV).

Órgão: Administração Regional de São Sebastião – RA XIV.

Relator: Conselheiro Inácio Magalhães Filho.

Unidade Técnica: Secretaria de Acompanhamento do TCDF.

Síntese da ilegalidade/irregularidade apurada: fracionamento irregular de licitações, no bojo dos Convites n.ºs 32/13, 33/13, 34/13 e 36/13 e dos Convites n.ºs 37/13 e 38/13, em ofensa ao disposto no § 5º, do art. 23, da Lei n.º 8.666/1993.

Valor da multa aplicada: multa individual aos responsáveis de **R\$ 1.169,80** (hum mil, cento e sessenta e nove reais e oitenta centavos).

Vistos, relatados e discutidos os autos, considerando as conclusões da unidade instrutiva e do Ministério Público junto a esta Corte, **acordam** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Distrito Federal, nos termos do voto proferido pelo Relator, em:

I) aplicar aos responsáveis a **multa** acima indicada de que trata o inciso II, do art. 57, da Lei Complementar n.º 01/1994, fixada nos termos do inciso I, do art. 182, do Regimento Interno do TCDF;

II) fixar o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da correspondente notificação, para que os responsáveis **comproven**, perante o Tribunal, o **recolhimento** aos cofres distritais (art. 186 do RI/TCDF) da quantia relativa à multa aplicada, atualizada monetariamente até a data do efetivo recolhimento, caso este ocorra após o prazo fixado (art. 59 da Lei Complementar n.º 01/1994);

III) determinar a adoção das providências cabíveis, nos termos do art. 29 da Lei Complementar n.º 01/1994, caso não atendida a notificação.

Ata da Sessão Ordinária n.º , de de 2015.

Presentes os Conselheiros .

Ausentes os Conselheiros .



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO INÁCIO MAGALHÃES FILHO

e-DOC C717B3F4

Proc 8780/2014

Fl.: 393

Proc.: 8.780/14

Rubrica

Decisão tomada por maioria/unanimidade.

Representante do MP presente: .

ANTONIO RENATO ALVES RAINHA
Presidente

INÁCIO MAGALHÃES FILHO
Conselheiro-Relator

Fui presente:

Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCDF