

PARECER/CONSULTA TC-001/2010

DOE 5.5.2010, p. 39.

PROCESSO - TC-3061/2008

INTERESSADO - SECRETARIA DA SAÚDE DO ESTADO DO ESPÍRITO
SANTO

ASSUNTO - CONSULTA

**REGULAMENTAÇÃO DO ARTIGO 15 DA LEI Nº 8.666/93,
PELO ESTADO E PELOS MUNICÍPIOS, POR MEIO DE
DECRETO - POSSIBILIDADE.**

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-3061/2008, em que o Secretário de Estado da Saúde, Sr. Anselmo Tozi, formula consulta a este Tribunal, nos seguintes termos:

*A Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo, objetivando contribuir e esclarecer o assunto em tela, solicita manifestação desse Tribunal sobre a possibilidade de regulamentação do Artigo 15, da Lei 8.666/93, por parte dos municípios e do Estado, **também por meio de Decreto.***

Considerando que é da competência deste Tribunal decidir sobre consulta que lhe seja formulada, na forma estabelecida pelo Regimento Interno, conforme artigo 1º, inciso XVII, da Lei Complementar nº 32/93.

RESOLVEM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e seis de janeiro de dois mil e dez, por unanimidade, preliminarmente, conhecer da presente consulta para, no mérito,

respondê-la nos termos dos votos dos Conselheiros Enivaldo Euzébio dos Anjos e Sebastião Carlos Ranna de Macedo, abaixo transcritos, encampados pelo voto do Relator, Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva:

Voto do Conselheiro Enivaldo Euzébio dos Anjos:

*“Cuida-se de consulta formulada pelo Sr. ANSELMO TOZI, Secretário de Estado de Saúde, quanto à viabilidade de regulamentação do art. 15 da Lei nº 8.666/93, no âmbito dos Estados e municípios, através de Decreto. Na Sessão Ordinária desta Corte de Contas ocorrida em 14 de janeiro de 2010, pedi vista dos autos, após o voto-vista proferido pelo eminente Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo. Com efeito, o objeto da presente cinge-se à possibilidade de regulamentação do Sistema de Registro de Preços através de Decreto. No ponto, o art. 15 da Lei nº 8.666/93 prevê: “Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:(...) II - ser processadas através de sistema de registro de preços; (...)§ 3º **O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições: I - seleção feita mediante concorrência;II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;III - validade do registro não superior a um ano”.** A Lei nº 8.666/93 é considerada norma geral em matéria de licitação e contratação administrativa, consoante dispõe a Constituição da República, em seu art. 22, inciso XXVII: “Art. 22. **Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios,*

*obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”; Nesse ponto, porém, é que são suscitadas as maiores controvérsias acerca da viabilidade dos Estados-membros e dos municípios editarem normas sobre licitação e contratos administrativos. A Constituição Federal refere-se às normas gerais de licitação e contratação como matéria privativa da União. Ocorre que é comum a confusão entre o conceito de competência privativa e exclusiva, até mesmo no corpo da Carta Maior. Ora, a distinção primordial entre uma e outra refere-se exatamente à possibilidade de delegação da competência privativa, ao passo que a competência exclusiva é indelegável. Nesse sentido, entre outros, as lições de José Afonso da Silva: ¹“Então, quando se quer atribuir competência própria a uma entidade ou a um órgão com possibilidade de delegação de tudo ou de parte, declara-se que compete privativamente a ele a matéria indicada.”. O assunto possui relevância na presente consulta na medida em que legislar sobre licitações e contratos administrativos é tratado como competência privativa pela Constituição, sendo, portanto, passível de delegação. No caso, a possibilidade de delegação é ainda mais evidente porque a competência privativa para legislar sobre a matéria limita-se ao estabelecimento de normas gerais pela União, como ressalta o inciso XXVII do art. 22 da Constituição, o que importa **no reconhecimento de que houve preservação da competência legislativa dos demais entes federativos**. Marçal Justen Filho² sintetiza o assunto: “Logo, apenas as ‘normas gerais’ são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam*

¹ SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, 31ª ed., p.480, nota de rodapé.

*liberadas para regular diversamente o restante, exercendo competência legislativa irredutível para dispor acerca das normas específicas. (...) Portanto, a União não dispõe de competência privativa e exclusiva para legislar sobre licitações e contratos administrativos. **Os demais entes federativos também dispõem de competência para disciplinar o tema**". Admitida, portanto, a competência normativa dos demais entes da Federação em matéria de licitação e contratos administrativos, voltemos à análise do art. 15 da Lei nº 8.666/93, objeto da presente consulta. O referido dispositivo legal é classificado pela doutrina como norma geral, admitida a regulamentação por outras esferas de Governo. Desse modo, a regulamentação através de Decreto mencionado na lei não se restringe à regulamentação federal. Apenas se ressalte, em outros termos, que a "competência do Chefe do Executivo federal para regulamentar leis federais não pode ser utilizada para dispor sobre normas gerais, com força vinculante para os demais entes federais³". Por essa razão, **é possível concluir que as normas em caráter geral editadas pela União, como é a presente hipótese, podem ser regulamentadas por todas as esferas da Federação, por meio de Decreto regulamentar, como disposto no art. 15 da Lei nº 8666/93. Para dar executoriedade ao comando normativo, "cada ente federativo deverá promover a própria regulamentação do art. 15"⁴, para atender as peculiaridades regionais, no tocante ao sistema de registro de preços. Ante o exposto, acompanhando a divergência capitaneada pelo eminente Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo,***

² FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., p. 17.

³ FILHO, Marçal Justen. Pregão, 4ª ed., p. 11.

⁴ Obra citada, p. 185.

VOTO, preliminarmente, pelo conhecimento da presente Consulta para, no mérito, entender pela viabilidade de regulamentação do art. 15 da Lei nº 8666/93 por Decreto regulamentar, a ser expedido por cada um dos entes da Federação”.

Voto do Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo:

“Tratam os autos de consulta formulada pela Secretaria Estadual de Saúde, por intermédio de seu Secretário, Senhor Anselmo Tozi, nos questionando sobre a possibilidade de regulamentação do art. Nº 15, da Lei Nº8666/93, por parte dos municípios e do Estado, também por meio de decreto. A indagação nos é lançada tendo por premissa o entendimento desta Corte, que indica que a participação dos municípios no Sistema de Registro de Preços Estadual, somente encontraria juridicidade, se instrumentalizada por meio de lei. Registre-se, ainda a alusão ao Parecer em Consulta TC. Nº01 de 24/01/2008, que consagrou este posicionamento. A propositura foi encaminhada à 8ª Controladoria Técnica que se posicionou no sentido de enviar ao jurisdicionado, cópia do Parecer em Consulta TC. Nº001/2008, que satisfaria, em tese, a pretensão do consulente. A Procuradoria de Justiça de Contas opina pelo conhecimento da consulta, no entanto não vislumbra proficuidade no envio do Parecer em Consulta, uma vez que o jurisdicionado demonstra dele ter ciência. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona sobre Registro de Preços: “O Registro de Preços é um procedimento que a Administração utiliza perante compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviços. Nesse caso, como se presume que irá adquirir os bens ou recorrer a

estes serviços não uma, mas múltiplas vezes, abre um certame licitatório em que o vencedor, isto é, o que ofereceu a cotação mais baixa, terá seus preços “registrados”. Quando a promotora do certame necessitar destes bens ou serviços irá obtê-los, sucessivas vezes se for o caso pelo preço cotado e registrado (Mello, 2005, p.530)”. Por sua vez, o professor Diógenes Gasparini comenta: “O Registro de Preços é válido pelo tempo máximo de um ano, conforme referido no edital. Isso significa que os proponentes dos preços registrados são obrigados, durante esse tempo, a fornecer os bens e a prestar os serviços cujos preços foram registrados pelos valores arquivados, sempre que a Administração Pública os solicitar (Gasparini, 2005, p.450).” O Sistema de Registro de Preços tem fundamento no âmbito federal, na Lei Nº8666/93 e no Decreto Nº3931/ 01, que veio substituir o Decreto Nº 2743/98. O alcance do Decreto Nº3931/01 será a Administração Direta e Indireta Federal, devendo as outras esferas da Administração Pública regular seu próprio Sistema de Registro de Preços, respeitando os pontos basilares traçados pela Lei Nº8666/93. Jacoby Fernandes, comentando acerca da regulamentação do Sistema do Registro de Preços dispõe: “ 1) Mesmo com o advento do Decreto 3931/01, permanece a possibilidade de órgãos da Administração Pública editarem suas normas própria; 2) Estados, Distrito Federal e municípios podem também regular, por meio de Decreto Próprio, no âmbito das respectivas competências ou simplesmente adotar o da União; 3) A implantação do SRP federal não implica retrocesso dos órgãos que já haviam procedido à implantação, os quais podem, ainda, manter o sistema já em moldes diversos daqueles implementados com a

regulamentação feita pelo Decreto, procedendo à adaptação na próxima licitação, ou como referido na letra a baixa regulamentação própria; 4) Os órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e os Tribunais de Contas, independentemente da esfera a que pertençam, podem também editar regulamentação própria (Fernandes, 2006, p.28)". Nos estados e municípios onde não existe regulamentação por decreto da matéria, há permissibilidade constante nos arts.3º, §3º e 8º do Decreto Nº3931/01 de participação e utilização, respectivamente, do Sistema de Registro de Preços realizado pela Administração Federal. Eis os comandos do art 3º,§3º, in verbis: " O órgão participante do registro de preços será responsável pela manifestação de interesse em participar do registro de preços, providenciando o encaminhamento ao órgão gerenciador de sua estimativa de consumo, cronograma de contratação e respectivas especificações ou projeto básico, nos termos da lei 8666/93,adequado ao registro de preço do qual pretende fazer parte,..." O conceito de Órgão participante nos é outorgado pelo inciso IV, do art.1º, do Decreto Nº3931/01, in verbis, sendo autoexplicativo: "É o órgão ou entidade que participa dos procedimentos iniciais do SRP e integra a ata de registro de preços." A participação é admitida, condicionada, contudo, ao convite do órgão gerenciador (art3º, §2º-dec 3931/01). A contratação do fornecedor pelo órgão participante sempre sob coordenação e parceria com o órgão gerenciador da ata de registro de preços, cabendo-lhe informar sobre a assinatura do contrato, sua recusa, se for o caso, e demais ocorrências relevantes. O art 8º do Decreto Nº3931/01 traz ao mundo jurídico a figura do participante extraordinário, assim

entendido como qualquer órgão que apenas se utiliza da ata de registro de preços, sem integrá-la, após a realização de todos os procedimentos. Previamente, deverá ser realizada pelo pretense participante extraordinário consulta junto ao órgão gerenciador sobre a possibilidade de utilização da ata de registro de preços, comprovação da vantagem e consulta ao fornecedor sobre a possibilidade de fornecimento. De toda sorte, a autorização poderá ocorrer, desde que não comprometa o fornecimento anteriormente assumido junto ao órgão gerenciador, pelo pretense fornecedor. Na esteira de raciocínio desenvolvida por Jacoby Fernandes, vazado no Parecer em Consulta TC. Nº01/2008, dando aceção elástica ao vocábulo administração contido no art. 8º, do Decreto Nº3931/01, no Parecer Nº461/05 da Advocacia Geral da União, assim se posicionou a parecerista: "O Decreto Nº 3931/01 disciplina que a ata de registro de preços poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração, aqui entendida conforme ensinamentos do professor Hely Lopes: '...Numa visão global, a administração é pois todo aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas'". Mutatis mutandis, no âmbito estadual, havendo disposição semelhante ao art. 8º do decreto federal, estará facultado aos municípios, na condição de participantes extraordinários, aderirem à ata de registro de preços. E há. O art. 17 do Decreto Estadual Nº 1790/07, encerra em linhas gerais os mesmos comandos emanados da regra federal. A saber eis seus termos: "Art. 17. A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração Pública que não tenha participado

*do certame licitatório, mediante prévia consulta e anuência do órgão gerenciador.” O parecerista desta Corte de Contas por opção autointitulada de conservadora, entendeu que o sistema de registro de preços, notadamente interentes político-administrativos deveria se dar cogentemente com a interveniência dos legislativos estadual e municipal. Não nos olvidemos que a propositura tem por pano de fundo aquisição de medicamentos e que, a teor do art. 198 da Carta Magna, das disposições da Lei Nº 8080 e até mesmo da Lei Federal Nº10191/2001, de 14 de fevereiro de 2001, estimulam, ações integradas e, tanto quanto possível, uniformes dos entes federados no manejo das questões atinentes à saúde (vide o permissivo contido no §1º, do art 2º da Lei Nº10191/2001), visando à economia de escala, inclusive: “Art. 2o O Ministério da Saúde e os respectivos órgãos vinculados poderão utilizar reciprocamente os sistemas de registro de preços para compras de materiais hospitalares, inseticidas, drogas, vacinas, insumos farmacêuticos, medicamentos e outros insumos estratégicos, desde que prevista tal possibilidade no edital de licitação do registro de preços. § 1o Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como as respectivas autarquias, fundações e demais órgãos vinculados, também poderão utilizar-se dos registros de preços de que trata o caput, desde que expressamente prevista esta possibilidade no edital de licitação.”. Neste diapasão, dissentindo parcialmente da área técnica e da Procuradoria de Justiça de Contas, como por óbvio do eminente Conselheiro Relator, **VOTO pelo conhecimento da consulta, para no mérito responder ser possível a regulamentação de aspectos atinentes a registros de preços pelo instrumento formal***

do decreto regulamentar, mantidos os demais termos da conclusão do Parecer em consulta TC. Nº01/2008 e observado, em qualquer caso, o disposto no parágrafo 1º do art. 65 da Lei Nº 8.666/93”.

Voto do Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva:

“Cuidam os presentes autos de Consulta formulada pelo Sr. **Anselmo Tozi**, Secretário Estadual de Saúde, suscitando dúvidas acerca da possibilidade de regulamentação do Art. 15 da Lei 8.666/93, por parte dos municípios e do Estado, também por meio de Decreto. Foram os autos encaminhados à 8ª Controladoria Técnica para manifestação, onde (fls. 05/06) a mesma sugeriu o envio de cópia do Parecer Consulta TC - 001/2008 ao consulente. A douta Procuradoria de Contas, fazendo coro com a área técnica, opinou pelo conhecimento da presente Consulta, conforme Parecer nº 0040/2009 (fls. 10/12). **É o sucinto relatório. V O T O.** Compulsando-se os autos, verifico assistir razão ao eminente Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, em face da possibilidade de regulamentação de registro de preços por Decreto, razão pela qual adoto in totum suas razões de decidir. A 8ª Controladoria Técnica já havia se manifestou no sentido de que é possível haver regulamentação de registro de preços por lei, nos termos do Parecer Consulta TC nº 01/2008. Por todo o exposto, considerando as disposições contidas na Lei Complementar nº 32/93, bem como no Regimento Interno deste Tribunal de Contas, em consonância parcial com a 8ª Controladoria Técnica, **VOTO** pelo **conhecimento** da presente Consulta, respondendo no sentido de que **é possível a regulamentação de registro de preços por Decreto**, mantidos os termos do Parecer Consulta TC nº 001/2008”.

Seguem, em anexo, a Manifestação Técnica de Consulta nº 82/2008, da 8ª Controladoria Técnica, e o Parecer nº 40/2009, da ilustrada Procuradoria de Justiça de Contas.

Presentes à sessão plenária da apreciação os Srs. Conselheiros Umberto Messias de Souza, Presidente, Marco Antonio da Silva, Relator, Enivaldo Euzébio dos Anjos, Marcos Miranda Madureira, Elcy de Souza, Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Sérgio Aboudib Ferreira Pinto. Presente, ainda, a Drª Jucélia Marchiori, Promotora de Justiça em substituição de Procurador do Ministério Público junto a este Tribunal.

Sala das Sessões, 26 de janeiro de 2010.

CONSELHEIRO UMBERTO MESSIAS DE SOUZA

Presidente

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Relator

CONSELHEIRO ENIVALDO EUZÉBIO DOS ANJOS

CONSELHEIRO MARCOS MIRANDA MADUREIRA

CONSELHEIRO ELCY DE SOUZA

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

DR^a JUCÉLIA MARCHIORI

Promotora de Justiça em substituição ao Procurador

Lido na sessão do dia:

PAULO CÉSAR ROCHA MALTA

Secretário Geral das Sessões

Este texto não substitui o publicado no DOE 5.5.2010