

PARECER/CONSULTA TC-010/2012

PROCESSO - TC-4743/2009
INTERESSADO - BANCO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO S.A.
ASSUNTO - CONSULTA

EMENTA

ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS DE ÓRGÃOS OU ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA OU INDIRETA DO ESTADO, DE MUNICÍPIOS DO MESMO ESTADO, DE OUTROS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL OU DA UNIÃO – POSSIBILIDADE QUANTO AOS ÓRGÃOS OU ENTIDADES – IMPOSSIBILIDADE QUANTO AOS MUNICÍPIOS – POSSIBILIDADE QUANTO A OUTROS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL OU UNIÃO, MEDIANTE ADESÃO ÀS RESPECTIVAS ATAS – ÓRGÃO GERENCIADOR, PARTICIPANTE OU NÃO PARTICIPANTE – AQUISIÇÃO INDIVIDUAL DE 100% DO QUANTITATIVO REGISTRADO NA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – POSSIBILIDADE – CONDICIONADA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA COMPETIÇÃO, DA IGUALDADE DE CONDIÇÕES ENTRE LICITANTES, DA EFICIÊNCIA, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo TC-4743/2009, em que o Diretor Presidente do Banco do Estado do Espírito Santo, Sr. Roberto da Cunha Penedo, formula consulta a este Tribunal, nos seguintes termos:

1. *É possível, por parte dos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Espírito Santo, a adesão à Ata de Registro de Preços de órgãos ou entidades da Administração Direta e Indireta do mesmo Estado ou de Municípios do Estado do Espírito Santo?*
2. *É possível, por parte de órgãos da Administração Direta e Indireta do Estado do Espírito Santo, a adesão à Ata de Registro de Preços de órgãos ou entidades de outros Estados, do Distrito Federal ou União?*
3. *Cada órgão, seja o Gerenciador, o Participante ou o Não Participante, poderá adquirir, individualmente, 100% do quantitativo registrado na Ata de Registro de Preços?*

Considerando que é da competência deste Tribunal decidir sobre consulta que lhe seja formulada na forma estabelecida pelo Regimento Interno, conforme artigo 1º, inciso XXIV, da Lei Complementar nº 621/12.

RESOLVEM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte de setembro de dois mil e doze, à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, preliminarmente, conhecer da consulta, para no mérito, respondê-la nos termos da Orientação Técnica n. OT-C 11/2010, da 8ª Controladoria Técnica, firmada pela Auditora de Controle Externo, Sra. Maria Clara Seabra de Mello Costa, abaixo transcrita:

Orientação Técnica de Consulta – 11/2010:

I RELATÓRIO Tratam os presentes autos de consulta formulada pelo **Sr. Roberto da Cunha Penedo**, Diretor-

Presidente do BANESTES S.A – Banco do Estado do Espírito Santo, no sentido de obter repostas para as seguintes indagações: 1 – *É possível, por parte dos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Espírito Santo, a adesão à Ata de Registro de Preços de órgãos ou entidades da Administração Direta e Indireta do mesmo Estado ou de Municípios do Estado do Espírito Santo?* 2 - *É possível, por parte dos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Espírito Santo, a adesão à Ata de Registro de Preços de órgãos ou entidades de outros Estados, do Distrito Federal ou União?* 3 – *Cada órgão, seja o Gerenciador, o Participante ou o Não Participante, poderá adquirir, individualmente, 100% do quantitativo registrado na Ata de Registro de Preços?* É o relatório. **II REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE** O juízo de admissibilidade foi devidamente realizado pelo Conselheiro Relator às fls. 08 dos presentes autos, razão pela qual passaremos à abordagem do mérito. **III MÉRITO** As dúvidas suscitadas pelo consulente perpassam pela análise do comumente chamado “carona” do registro de preços. Essa prática consiste na utilização, por um órgão ou ente, do sistema de registro de preços alheio. Tal possibilidade está contemplada na esfera federal, mediante Decreto n. 3.931/2001 e na estadual, no Decreto n. 1.790-R. Acerca da figura do “carona” existem duas posições doutrinárias e jurisprudenciais. A primeira entende, de forma sintética, que a prática de “carona” no SRP (sistema de registro de preços) é ilegal, tendo em vista que reflete uma hipótese de dispensa de licitação (já que o “carona” não participa do certame) não prevista em lei. Os adeptos dessa corrente entendem que somente a lei (e não um decreto) poderia dispensar o procedimento licitatório. A segunda

corrente defende a tese de que a figura do “carona” é perfeitamente compatível com o sistema jurídico nacional, não demandando lei para sua criação. Isso porque o certame licitatório terá, necessariamente ocorrido, tendo apenas sido feito por outro órgão. Para os que comungam desse pensamento, a existência de uma licitação, ainda que realizada por outro órgão, é suficiente para dar cumprimento ao princípio constitucional da licitação. No entanto a discussão doutrinária acima citada encontra-se superada neste Tribunal, tendo em vista o Parecer/Consulta n. 001/2010, o qual, em seu bojo, aborda a questão do “carona”, consagrando posicionamento desta Corte pela legalidade da mencionada figura. Assim, passaremos a analisar os questionamentos propostos. O consulente formula seus questionamentos a partir da Lei n. 8.666/93 e do Decreto n. 1.790-R, de 2007, o qual regulamenta o Sistema de Registro de Preços no âmbito estadual. O artigo 15, § 3º da Lei n. 8.666/93 assim estabelece: *Art. 15... § 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 priori*, portanto, encontra-se plenamente adequada à previsão do citado a edição do Decreto n. 1.790-R, que regulamenta o SRP em nível estadual. A par do mencionado, o Parecer/Consulta n. 001/2010 posicionou-se pela validade de regulamentação do artigo 15 da Lei n. 8.666/93 (registro de preços) por meio de decreto. No que concerne ao 1º questionamento, devemos observar que o Decreto n. 1.790-R contempla as seguintes permissões: *Art. 3º Para os efeitos*

*deste Decreto, são adotadas as seguintes definições: V - Órgão Não Participante - órgão ou entidade que não participou dos procedimentos iniciais do SRP, não integrando a Ata de Registro de Preços, mas que poderá utilizá-la para aquisição de bens ou contratação de serviços, mediante adesão, após autorização de seu órgão gerenciador. 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 artigo 6º, XI da Lei n. 8.666/93 conceitua Administração Pública como a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo, inclusive, as pessoas jurídicas de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas. Isto posto, podemos concluir que a permissão contida no artigo 17 do Decreto n. 1.790-R abrange outros Estados, o Distrito Federal, Município e a União, haja vista a ampla conceituação de Administração Pública explicitada pela Lei de Licitações. Na prática podemos dizer que uma ata de registro de preços laborada pelo Estado ou por qualquer órgão estadual poderá ser utilizada por todos os entes que se enquadrem na definição do artigo 6º, XI da Lei n. 8.666/93. Por outro lado, o artigo 18 do Decreto n. 1.790-R restringe a adesão do Estado e de seus órgãos a outras atas de registro de preços, senão vejamos: Art. 18 É permitido aos órgãos e entidades que integram a Administração Pública **Estadual Direta e Indireta** fazer uso, mediante adesão, de Ata de Registro de Preços de órgãos ou entidades de **outros Estados, do Distrito Federal e da União** para fornecimento de bens e contratação de serviços (grifamos). Nota-se que o*

mencionado artigo estabelece, de forma clara, que a Administração Pública Estadual Direta e Indireta pode aderir a atas de órgão ou entidades de outros Estados, do Distrito Federal e da União. Não alude, todavia, a possibilidade de adesão a atas municipais. E como a Administração segue o princípio da estrita legalidade, o que significa que só pode fazer aquilo que a lei expressamente determina, entendemos que a resposta ao questionamento 1 é: a Administração Direta e Indireta do Estado do Espírito Santo pode aderir a atas de registro de preços de órgãos ou entidades da Administração Direta e Indireta deste Estado, mas não pode aderir a atas de municípios, ainda que do Espírito Santo, por falta de autorização do instrumento regulador do SRP. Quanto ao item 2, a resposta também se encontra no art. 18 do Decreto n. 1.790-R: ***Art. 18 É permitido aos órgãos e entidades que integram a Administração Pública Estadual Direta e Indireta fazer uso, mediante adesão, de Ata de Registro de Preços de órgãos ou entidades de outros Estados, do Distrito Federal e da União para fornecimento de bens e contratação de serviços (grifamos).*** Da leitura do mesmo percebe-se expressamente estipulada a permissão pretendida pelo consulente, de forma que se responde afirmativamente à indagação proferida. A análise do item 3 passa obrigatoriamente por um exame das conseqüências práticas da adesão a atas de registro de preços, por parte dos “caronas”. De fato, o único limite previsto no regulamento (Decreto n. 1.790-R) do SRP à adesão está contido no artigo 17, § 3º, senão vejamos: ***Art. 17. ... § 3º. As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, ao quantitativo registrado na Ata de Registro de Preços.*** O citado artigo

encontra paralelo no art. 8º, § 3º, do Decreto Federal n. 3.931/2001, que estabelece: *Art. 8º. ...§ 3º. As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços.* Em exame da matéria, o TCU se manifestou de forma contrária à adesão ilimitada de órgãos ou entidades a uma ata de registro de preços, fundando-se, especialmente, nos efeitos práticos extremamente preocupantes desse tipo de procedimento. O órgão de controle federal entendeu que o limite previsto no art. 8º, § 3º do Decreto Federal n. 3.931/2001 não é suficiente para evitar situações de ilegalidade. Vejamos o entendimento do TCU (Acórdão n. 1.487/2007): ...21. *De acordo com o art. 8º do Decreto n.º 3.931/01, a Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.*22. *Ainda segundo o § 3º do citado artigo, as aquisições ou contratações adicionais a que se refere o art. 8º não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços, definidos no momento em que o órgão gerenciador consolida as informações relativas à estimativa individual e total de consumo para os órgãos que se manifestam previamente para participar do registro de preços (Art. 3º, § 2º, inciso II).*23. *Tal dispositivo da Lei, nos leva a outro questionamento. Ao permitir que cada entidade que solicite adesão à ata utilize 100% do quantitativo inicialmente registrado, na prática, o órgão gerenciador faz com que o valor da contratação se multiplique diversas vezes. No caso do pregão em análise, 62*

entidades aderiram à ata de registro de preços. O valor estimado de contratações era de 32 milhões de reais. Se cada entidade pode utilizar, individualmente, 100% desse valor estimado, as contratações feitas junto à empresa vencedora do certame poderiam alcançar o valor de R\$ 1.984.000.000 (um bilhão, novecentos e oitenta e quatro milhões de reais).²⁴ Entendo que este ponto merece atenção especial. A regra consagrada de vigência dos contratos administrativos estabelece um limite temporal para execução da avença (em geral, na vigência dos respectivos créditos orçamentários, ou seja, um ano), com possibilidade de prorrogações também limitadas (vide art. 57 da Lei nº 8.666/93). Essa regra objetiva, primordialmente, exigir que a administração, periodicamente, retorne ao mercado, por meio de certames públicos, com vistas a aferir a possibilidade de obtenção de condições mais favoráveis para o fornecimento ou prestação de serviço pretendida. Além disso, quis o constituinte assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes (inc. XXI, art. 37, CF), de forma a preservar a observância do inalienável princípio da competição, que norteia as contratações do poder público. As normas visam estimular a boa disputa, minimizar o risco da formação de cartéis e viabilizar, por consequência, a multiplicação de potenciais fornecedores. Procura-se impedir que uma mesma empresa se perenize na condição de contratada, a não ser que continue propiciando, comprovadamente nas licitações, a proposta mais vantajosa para a administração.²⁵ Contudo, na minha opinião, com o advento do registro de preço e da possibilidade de adesão sem limites à respectiva ata, pela estreita via do decreto regulamentar, criaram-se as condições para que o vencedor de uma única licitação celebre múltiplos contratos com órgãos

da administração. Tal faculdade, se exercida, viola diretamente, na prática, os citados princípios constitucionais e legais, além de propiciar infringência aos da eficiência, impessoalidade e moralidade.²⁶ Penso que tal cenário demanda a atuação desta Corte no sentido de determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão central do sistema de serviços gerais do Governo Federal, sejam adotadas providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços, de forma a estabelecer limites para a adesão, pelos órgãos e entidades, a registros de preços realizados por outros, visando preservar os princípios que norteiam a administração pública.²⁷ O caso tratado nos presentes autos é ilustrativo da necessidade dessa medida, onde, repita-se, uma empresa contratada para prestar serviços a um custo estimado de R\$ 32 milhões, pode executar, ao final, contratos da ordem de impressionantes R\$ 2 bilhões.[...] Acórdão VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação da 4ª Secex, apresentada com base no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno, acerca de possíveis irregularidades na ata de registro de preços do Pregão nº 16/2005, da Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério da Saúde, consoante o decidido no Acórdão nº 1927/2006-1ª Câmara. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante das razões expostas pelo Relator, em: 9.1. [...]; 9.2. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que: 9.2.1. [...]; 9.2.2. adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto n.º 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar

os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão. As mesmas razões apontadas pelo TCU na emissão do acórdão transcrito merecem ser consideradas na situação sub examine, dada a correspondência e pertinência da matéria em debate. Impende destacar, inclusive, a existência do Parecer/Consulta n. 001/2008, cuja conclusão assim propõe: “Por fim, alertamos sobre a necessidade de que, na hipótese de estruturação de uma Ata de Registro de Preços de Medicamentos, o Governo Estadual se abstenha de autorizar a adesão ilimitada de outros órgãos e entidades da Administração Pública eventualmente interessados, sob pena de violação aos princípios constitucionais da competição, da igualdade de condições entre os licitantes, da eficiência, da impessoalidade e da moralidade”. O referido parecer, **no que concerne à conclusão acima transcrita**, foi aprovado em Plenário e depois, encampado pelo já citado Parecer/Consulta n. 001/2010. Assim, apenas reiteramos o posicionamento já firmado por esta Corte, no sentido de que a prática da “carona”, de forma ilimitada, fere princípios constitucionais. Desta forma, responde-se afirmativamente ao item 3 da presente consulta, condicionando-se, entretanto, a análise da viabilidade das adesões e da aquisição ou contratação desejada pelo “carona” ao cumprimento dos princípios constitucionais já mencionados. Ressaltamos por fim, caber em especial ao Gerenciador da Ata evitar violações e

distorções à Constituição. **IV CONCLUSÃO** Por todo o exposto, opina-se no sentido de que a presente consulta deve ser respondida nos seguintes termos: Item 1 - A Administração Direta e Indireta do Estado do Espírito Santo pode aderir a atas de registro de preços de órgãos ou entidades da Administração Direta e Indireta deste Estado, mas não pode aderir a atas de municípios, ainda que do Espírito Santo, por falta de autorização do instrumento regulador do SRP. Item 2 – Os órgãos e entidades que integram a Administração Pública Estadual Direta e Indireta podem fazer uso, mediante adesão, de Ata de Registro de Preços de órgãos ou entidades de outros Estados, do Distrito Federal e da União. Item 3 – Cada órgão que for contratar com base em Ata de Registro de Preços poderá fazê-lo até o limite de 100% do quantitativo registrado na referida Ata, obedecidos, em todo o caso, os princípios constitucionais da competição, da igualdade de condições entre os licitantes, da eficiência, da impessoalidade e da moralidade.

Composição Plenária

Presentes à sessão plenária da apreciação os Srs. Conselheiros Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Presidente, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Relator, José Antônio Almeida Pimentel, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e os Conselheiros em substituição Márcia Jaccoud Freitas e João Luiz Cotta Lovatti. Presente, ainda, o Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 20 de setembro de 2012.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Em substituição

CONSELHEIRO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

Em substituição

DR. HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário Geral das Sessões