

VOTO-VISTA

Processo: 140686/2011

Relator: Conselheiro ALENCAR SOARES

Sr. Presidente,

Srs. Conselheiros,

Sr. Procurador Geral do Ministério Público de Contas,

Trata-se de consulta formulada pela Associação Matogrossense de Municípios – AMM indagando acerca da legalidade e possibilidade de realizar licitações para Registro de Preços objetivando atender principalmente os Municípios como participantes da Ata de Registro de Preços ou como “caronas”.

O Relator, Conselheiro ALENCAR SOARES, apresentou Voto acolhendo a manifestação da Consultoria Técnica e do Ministério Público de Contas no sentido da impossibilidade de órgãos públicos aderirem a Ata de Registro de Preços realizada por entidades de direito privado não integrantes da Administração Pública.

O Conselheiro WALDIR TEIS proferiu Voto Vista divergente expressando o entendimento que a AMM equipara-se a entidade prestadora de serviços públicos, fiscalizada pelo TCE-MT, tendo o dever de realizar licitações e inexistindo vedação legal para que municípios adiram a Ata de Registro de Preços por ela realizada, concluindo por resposta positiva à indagação formulada.

Por seu turno, o Conselheiro VALTER ALBANO proferiu Voto Vista em que após destacar que a AMM é sujeita ao controle externo destacou que “a AMM está se dispondo a **fazer o PROCEDIMENTO** para registro do melhor preço, **e não a AQUISIÇÃO** dos serviços ou bens licitados”, concluindo ser “possível que uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos, instituída na forma de Associação, para atuar **exclusivamente** em prol de municípios que a ela se associarem, realize procedimentos do sistema de registro de preços para eventual e futura aquisição de bens e serviços pelos associados que aderirem à respectiva Ata”.

Na Sessão de 20 de março, pedi e obtive vista dos autos.

Após exame da matéria, e com as devidas vênias aos eminentes Conselheiros VALTER ALBANO e WALDIR TEIS, manifesto meu entendimento no sentido da impossibilidade de que Atas de Registros de Preços de licitações realizadas pela AMM possam vir a ser utilizadas pelos municípios, pelas razões, fatos e argumentos a seguir expostos, fundamentados nos princípios e normas do Direito Administrativo e do Direito Financeiro.

Primeiramente, registre-se que o fato da mencionada Associação estar jurisdicionada ao TCE não tem o condão de convertê-la em integrante da Administração Pública. Assim, por exemplo, seus funcionários não são servidores públicos, não são selecionados mediante concurso público e nem têm suas aposentadorias registradas perante a Corte de Contas. Seus dirigentes não exercem cargos comissionados e sua eleição não se submete à Justiça Eleitoral. Sua natureza é de direito privado. Ainda que esteja submetida a regras do direito público, por exemplo no que concerne a licitações e contratos, tal circunstância não a transmuta em entidade estatal.

O Sistema de Registro de Preços - SRP encontra sua previsão legal no Estatuto das Licitações. Vale dizer que está submetido a todos os princípios gerais que regem os certames licitatórios, em especial, os da legalidade, da isonomia e da economicidade. Trata-se de um procedimento com inúmeras vantagens, didaticamente enumeradas no Voto-Vista do Conselheiro VALTER ALBANO.

Nada obstante, **a implantação do SRP na administração pública exige procedimentos rigorosos**, descritos por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em sua obra Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico (Editora Fórum, 4ª ed. revista, atualizada e ampliada), entre eles: inventário de dados para diagnóstico de necessidades e expectativas de aquisição; tratamento dos dados e especificação de qualidade e padrões; definição de quantidades; ampla pesquisa de preços no mercado; entre outros.

Imagine-se, por hipótese, o lançamento de um edital pela AMM para registro de preços de medicamentos. Qual seria o quantitativo unitário de cada item? Trata-se de uma definição essencial do edital. É certo que a economia de escala torna provável a obtenção de menores preços unitários para quantitativos maiores. De outro lado, quantitativos muito altos tendem a afastar potenciais fornecedores de menor porte, nomeadamente microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez que sua capacidade de assegurar o fornecimento é limitada. **Sem nenhuma expectativa real de aquisição pela própria AMM, sem nenhum histórico de compras, sem nenhuma perspectiva de recursos orçamentários e contábeis, a fixação dos quantitativos seria tão somente uma peça de ficção.**

De igual modo, na fixação dos valores de referência aceitáveis, que peso teriam os custos relativos a frete e armazenamento, sabidamente passíveis de significativas oscilações tendo em vista a população e a localização do ente comprador?

Qual seria a amplitude geográfica da pesquisa de mercado, sem nenhuma expectativa de compra pelo órgão gerenciador, e diante

da indefinição de possíveis “caronas” que podem ser de zero a cento e quarenta e um?

A exemplo de tais questionamentos, inúmeros outros poderiam ser lembrados para demonstrar à sociedade a inconveniência e a impraticabilidade da condução do SRP por **entidade que nada pretende contratar daquilo cujos preços pretende registrar**.

Hipótese completamente distinta é a realização de ata com o mesmo objeto, a saber, medicamentos, por Consórcio Intermunicipal de Saúde, eis que entidade integrante da administração pública, conhecedora da realidade setorial e regional de sua área de atuação.

Anote-se que a peça de ficção mencionada não é a de uma ficção inocente, mas de uma ficção capaz de ocasionar potenciais danos ao erário, bem como infringir diversos dispositivos legais.

Com efeito, a lógica procedimental do SRP exige a existência de um Órgão Gerenciador, que promove a licitação e registra a Ata, e de Órgãos Participantes que à essa mesma Ata podem aderir.

Assim, imaginar que associação não integrante da Administração Pública possa desempenhar o papel de Órgão Gerenciador do SRP implica em que **tal associação poderia desempenhar funções exclusivas da Administração Pública** tais como:

a - **a prática de todos os atos de controle e administração do SRP** (§2º do art. 3º do Decreto 3.931/2001);

b - gerenciar a Ata de Registro de Preços, providenciando a indicação, sempre que solicitado, dos fornecedores, para atendimento às necessidades da Administração, obedecendo a ordem de classificação e os quantitativos de contratação definidos pelos participantes da Ata (§2º, VII do art. 3º do Decreto 3.931/2001);

c - conduzir os procedimentos relativos a **eventuais renegociações dos preços registrados** e a **aplicação de penalidades** por descumprimento do pactuado na Ata de Registro de Preços (§2º, VIII do art. 3º do Decreto 3.931/2001).

Entre as penalidades passíveis de serem impostas pelo Órgão Gerenciador está o **cancelamento de registro de fornecedor** (art. 13 do Decreto 3.931/2001).

Como se nota, admitir tal hipótese equivaleria a anuir com a terceirização de atividades típicas e exclusivas do Estado, sem qualquer previsão legal a ampará-la. A abundante doutrina e jurisprudência repelindo vigorosamente tal hipótese já foram

abordadas no bem lançado Parecer da Consultoria Técnica desta Corte, razão pela qual peço vênia para não repeti-las.

Ademais, as atividades relacionadas à implantação do SRP envolvem custos relacionados à realização de pesquisas, elaboração de editais etc. Como a receita da AMM é composta de contribuições dos Municípios, isso implicaria no aumento do valor das contribuições, inclusive por Municípios não interessados em aderir ao SRP. Ou, *a contrario sensu*, qual é a previsão legal para o ressarcimento de tais custos pelos Municípios eventualmente interessados em aderir a Ata celebrada pela Associação?

Tampouco se pode admitir a "flexibilização" do princípio da legalidade em nome da implantação do Estado Gerencial. Nas palavras de Lucas Rocha Furtado (Curso de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Fórum, 3ª ed. revista e ampliada, p. 22), **"a importância assumida pelo princípio da legalidade em matéria de licitação decorre do fato de que a Constituição Federal é expressa ao exigir que lei aprovada pela União (art. 22, XXVII) estabeleça as normas gerais sobre o tema"**.

Em decorrência, rendendo minhas homenagens aos eminentes Conselheiros VALDIR TEIS e VALTER ALBANO, VOTO na essência acompanhando o Conselheiro Relator ALENCAR SOARES, com algumas alterações na redação original, no sentido de propor a aprovação de Resolução de Consulta nos seguintes termos:

"Resolução de Consulta nº ___/2012. Licitação. Registro de Preços. Ata de Registro de Preços realizada por entidades de direito privado não integrantes da Administração Pública. Adesão por entes ou órgãos públicos. Impossibilidade.

1) As entidades de direito privado, quando gestoras de recursos públicos, devem observar os princípios norteadores aplicáveis ao setor público, como: isonomia, igualdade, ampla concorrência, publicidade, dentre outras, aplicando no que couber a Lei nº 8.666/93 no tocante a licitações e contratos;

2) Não há previsão legal para que entidades de direito privado, não integrantes da Administração Pública, realizem registros de preços para atender órgãos e entidades da Administração Pública;

3) É ilegal a adesão por órgãos e entes públicos à ata de registro de preços realizada por entidades

de direito privado estranhas à Administração Pública, tendo em vista que:

a) não há previsão legal para delegação dos serviços de licitação;

b) há o risco, em abstrato, de infração a preceitos da Lei de Licitações eventualmente não inseridos nos regulamentos próprios das pessoas jurídicas de direito privado, que são de observância obrigatória nas contratações realizadas pela Administração Pública;

c) nas avenças entre a entidade privada e as empresas registradas não há submissão ao regime jurídico de direito público, e, portanto, aplicam-se as normas de direito privado que não dão primazia ao interesse público.

4) A implantação do Sistema de Registro de Preços na administração pública exige procedimentos rigorosos, entre eles: inventário de dados para diagnóstico de necessidades e expectativas de aquisição; tratamento dos dados e especificação de qualidade e padrões; definição de quantidades; ampla pesquisa de preços no mercado; entre outros, a serem conduzidos por Órgão Gerenciador integrante da Administração Pública."

É como voto.

Cuiabá, 24 de abril de 2012.

LUIZ HENRIQUE LIMA
Conselheiro Substituto