

Processo n.º	14068-6/2011
Interessado	Associação Matogrossense dos Municípios
Assunto	Voto-vista em Consulta
Revisor	Conselheiro Waldir Júlio Teis

VOTO-VISTA

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros e Senhor Procurador,

Após o voto do Conselheiro Alencar Soares Filho, relator neste processo, pedi e obtive vistas destes autos digitais, diante do permissivo regimental contido no artigo 67, da Resolução nº 14/2007, razão pela qual trago à apreciação do Tribunal Pleno este Voto.

O questionamento feito pelo consulente, Meraldo Figueiredo Sá, Presidente da Associação Matogrossense dos Municípios - AMM, foi no sentido da possibilidade dessa instituição realizar registro de preços, ao qual os municípios e ela associados possam vir a aderir.

Assim, entendo que a indagação a ser analisada e respondida é sobre a possibilidade de os municípios associados poderem aderir a ata de registro de preços feito pela AMM.

Entretanto, vislumbro que, diante dos pareceres expedidos pela Consultoria Técnica e pelo Ministério Público de Contas, em contraponto com a fundamentação e a proposta de verbete formulada pelo Excelentíssimo Conselheiro relator, surgiram vertentes distintas de interpretação com relação à solução desta consulta.

Dessa forma, a minha posição segue por uma via alternativa a todos esses entendimentos, principalmente quanto à conclusão que deve ser dada a esta consulta.

Com relação ao questionamento central, entendo que deve haver uma análise mais acurada, pois várias questões controvertidas são perceptíveis como pano de fundo dessa questão.

Como o assunto é complexo, será dividido e tratado em tópicos para melhor dissecar as polêmicas que o envolvem, na forma seguinte:

1. A AMM é uma entidade sem fins lucrativos, que apesar de ser constituída sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, tem sua existência pautada exclusivamente em função dos municípios associados.

Em um primeiro momento, a primeira questão a ser esclarecida é, afinal, qual seria a natureza jurídica da consulente? O tema causa certa perplexidade inicial, diante da natureza privada da entidade, que, como o próprio nome diz, consitui-se em uma associação de municípios.

A Associação Matogrossense dos Municípios – AMM, é consituída sob regime jurídico de direito privado e visa exclusivamente atuar em prol dos municípios a ela associados, sem nenhum fim lucrativo ou de interesse econômico, bem como sem nenhuma atuação direta frente às populações respectivas desses municípios.

Ou seja, é um ente fora das respectivas estruturas municipais, mas que visa dar-lhes suporte em suas atividades e ao qual os municípios

aderem espontaneamente. Portanto, em que pese atuar em regime privado, possui nítida atuação exclusiva de prestação de serviços públicos, ainda que somente às respectivas estruturas administrativas, sem atuação diretamente em relação às populações desses municípios. Com isso, conclui-se que a sua existência (ou motivo de “ser”), decorre somente em função dos seus associados, ou seja: dos municípios.

Marçal Justen Filho¹, mediante sua peculiar visão, fornece subsídios para esclarecer a questão da posição jurídica da AMM em nosso ordenamento jurídico. Segundo ele, de acordo com a doutrina majoritária, é possível reconhecer a distinção entre as entidades estatais exploradoras de atividade econômica e aquelas que prestam serviços públicos (ou atividades de suporte à administração pública). Essa distinção é imposta pelos artigos 173 e 175, da Constituição da República.

As entidades estatais exploradoras de atividade econômica aludem à intervenção do Estado no domínio econômico e submetem-se em regime de igualdade aos entes privados, portanto, não vêm ao caso nesta discussão.

As entidades prestadoras de serviços públicos, por sua vez, na qual estão abrangidos estes entes de suporte administrativo, são alcançadas pelo regime próprio da atividade administrativa estatal, de direito público.

Em suma, para melhor compreensão, entende-se que algumas das entidades prestadoras de serviços públicos, podem ser denominadas como **entidades prestadores de serviços públicos de suporte**, pois são:

aquelas entidades administrativas que, embora organizadas como pessoas de direito privado, não atuam propriamente no mercado. Sua atividade é dirigida ao fornecimento de bens e serviços em favor da Administração Pública. Não é possível reconhecer a prestação de serviço público, eis que não atuam diretamente em face da comunidade.

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 17.

Ainda sim sua situação jurídica é extremamente próxima à das entidades prestadoras de serviço público².

Tenho claro que essa definição amolda-se perfeitamente à AMM, tendo em conta que ela possui todas essas características, seja porque ela existe apenas em razão de auxiliar a melhoria da gestão e do incremento de recursos para os municípios associados, seja porque possui toda a legitimidade institucional e social nesse sentido, algo que até mesmo o eminente Conselheiro relator reconhece em seu voto, ao mencionar a ampla representatividade da consulente em nosso estado.

Assim, considerando-se a AMM como uma entidade de suporte dos municípios associados, irrefutavelmente prestadora de serviços públicos, nada impede que ela venha a promover licitações.

Mais ainda, além de nada impedir que a consulente realize licitações, em verdade ela é obrigada a tanto, ainda de acordo com entendimento de **Marçal Justen Filho**³. Para ele:

as entidades do art. 175 [da Constituição Federal] (prestadoras de serviço público) subordinam-se ao regime jurídico da Administração direta, ressalvadas apenas situações estritamente derivadas da sua estruturação como pessoas de direito privado.

Se é assim, as entidades prestadoras de serviço público (ou equiparadas a elas, como é o caso da AMM) não podem estar fora do âmbito das normas gerais sobre licitação e contratação administrativa.

Portanto, a AMM não somente pode realizar processos licitatórios, como é obrigada a tanto, em decorrência de seu caráter de entidade equiparada à prestadora de serviços públicos, haja vista que, ainda que não atue diretamente em benefício das respectivas populações, inegavelmente presta verdadeiro serviço público de suporte administrativo aos municípios.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 17, nota de rodapé n. 13.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 18.

2. A AMM é uma entidade que visa interesses exclusivamente públicos, em prol das melhorias de gestão dos municípios mato-grossenses.

Como visto, a AMM é uma entidade de suporte às administrações municipais. Ela tem sua razão de ser exclusivamente no auxílio a esses municípios, sem que preste outros serviços, nem públicos e muito menos privados, diretamente às populações interessadas ou a particulares.

Sua atuação é somente de caráter complementar e colaborativo ao desenvolvimento das estruturas administrativas dos entes associados, além de, em muitas vezes, intermediar ações na melhoria das receitas dos seus associados, assim como reivindicar direitos, principalmente nas questões relacionadas aos índices de participações de receitas, tanto que é associada da Confederação Nacional dos Municípios.

Portanto, nada mais natural que seja considerada como órgão que tem a obrigação de utilizar seus recursos com toda a transparência, o que leva à conclusão que necessariamente deve adquirir seus produtos e serviços por meio de licitação, haja vista que sua destinação final será para esses mesmos municípios, ainda que indiretamente.

3. Os seus recursos são exclusivamente obtidos por meio dos repasses que fazem os municípios associados, com base em critérios pré-estabelecidos.

Conforme apontam as contas de gestão da AMM nos exercícios anteriores, este Tribunal atesta que os recursos oriundos da AMM são públicos, pois advêm dos repasses dos entes associados e dos contratos firmados com estes, bem como de receitas derivadas dessas mesmas fontes.

Desse modo, ressalta-se novamente que tais recursos somente podem ser empregados mediante a realização de licitação. Não se confunde, porém, esse repasse, ao que se assemelha aos feitos para entidades do terceiro setor, no qual se audita o órgão de origem dos recursos, mas não a entidade recebedora. Nesses casos, o emprego dos recursos é auditado, mas a entidade em si não é auditada pelo Tribunal de Contas.

As entidades do terceiro setor caracterizam-se por terem existência independente do poder público, em que pesem atuarem em atividades complementares, e em muitas vezes, em estreita colaboração com ele. Dessa maneira, eventuais recursos públicos que ingressem em seus cofres serão considerados como repasses específicos e não exclusivos, e somente esses estarão sujeitos à auditoria do TCE, não o ente como um todo.

Com a AMM ocorre algo diverso, pois ela é auditada por inteiro, em todos os seus recursos, em função de sua situação peculiar de entidade de suporte às administrações municipais associadas, como se fosse órgão da administração direta ou indireta, ou equiparado, haja vista que somente existe em função e mediante repasse financeiro de seus associados, conforme exposto.

Assim, esse é mais um argumento para a possibilidade aventada nesta consulta, haja vista que os municípios podem ganhar em escala ao aderirem a registro de preços que se mostre eventualmente vantajoso, ao invés de realizarem licitações individuais, com mais trabalho e maior dispêndio de recursos humanos e materiais. Afinal, os recursos utilizados para a realização desse sistema são, em última análise, oriundos dos próprios municípios associados.

- 4. A AMM é um organismo fiscalizado pelo TCE-MT, o qual exige que as suas aquisições sejam feitas somente mediante licitação, o que a iguala aos municípios nessa situação específica.**

A AMM vem sendo auditada sistematicamente pelo TCE-MT há vários anos, como é natural que o fosse, dado o seu caráter de prestação de serviços públicos de suporte aos municípios e da natureza de seus recursos.

Caso o TCE-MT deixasse de considerar a AMM como um órgão equivalente aos demais fiscalizados por ele, seria uma incoerência suscetível de se invocar a chamada “proibição de comportamento contraditório”, apontada pelos civilistas.

O brocardo latino *venire contra factum proprium* define bem a situação daquele que age reiteradamente de uma determinada forma, mas posteriormente comporta-se contrariamente com aquilo que sempre praticou, e dá sinais contraditórios de suas próprias posições.

Esse agir contraditório é rechaçado pelo direito, tendo em vista que a reiteração de um comportamento, ainda que em desconformidade com a regra pré-estabelecida, gera uma expectativa de legitimidade e coerência na atuação cotidiana, que deve ser respeitada.

Neste caso, algo semelhante acontece, pois o TCE-MT audita sistematicamente o organismo em questão, e passa para toda a sociedade, a legitimidade dessa atuação, inclusive com a eventual aplicação de penalidades aos gestores. Então, para todos os efeitos, a AMM é tratada por este Tribunal de maneira equânime com os demais entes municipais da administração indireta auditados por ele. Ora, se assim é, como se poderia rechaçar neste momento a atuação da AMM como tal, ou seja, um equivalente aos órgãos da administração indireta dos municípios?

A meu ver, isso seria um comportamento contraditório inaceitável, nos termos do *venire contra factum proprium*, e que deve ser repellido, a bem da coerência dos comportamentos e da equanimidade do tratamento dos órgãos auditados.

5. A AMM é dirigida pelos prefeitos dos municípios associados e a sua finalidade estatutária não vincula as ações de nenhum desses entes.

A AMM é regida pelo seu Estatuto Social, de 22/1/2004, e pelo seu Regimento Interno (Resolução da Diretoria nº 2/2005), de 14/2/2005.

Desses regulamentos, resulta que os dirigentes máximos da entidade serão necessariamente eleitos dentre os prefeitos dos municípios associados, em escolha feita por eles mesmos.

Por outro lado, segundo o artigo 2º, de seu Estatuto Social, são objetivos da AMM:

- a) Congregar os Municípios do estado de Mato Grosso;
- b) **Realizar congressos estaduais e regionais, seminários, cursos, fóruns, de debates e demais eventos correlatos, objetivando o estudo dos problemas de cada região e de interesse local, bem como os de interesse geral de todos os municípios matogrossense, visando sempre o desenvolvimento do ideal municipalista, nos aspectos: econômico, técnico e administrativo;**
- c) Incumbir-se do desenvolvimento institucional das administrações públicas, direta e indireta, no âmbito do poder executivo;
- d) **Difundir, por meio de publicações e edições, os princípios da doutrina municipalista;**
- e) **Providenciar junto aos poderes públicos e a iniciativa privada a execução de ações capazes de assegurar o desenvolvimento econômico, administrativo, social e cultural dos municípios matogrossense;**
- f) Manter intercâmbio e colaboração com as entidades municipalista nacionais, estaduais e regionais;
- g) Promover o intercâmbio de conhecimentos e informações de caráter técnico-administrativo e político entre municípios do Estado e as das demais unidades da Federação, bem como as associações congêneres nacionais;
- h) Manter serviço de consultoria e assistência técnica, jurídica, administrativa e educativa aos municípios;

- i) Colaborar no estudo histórico dos municípios matogrossenses;
- j) Estimular a colaboração entre municipalidades e as Administrações Federais e estaduais e outros órgãos de assistência aos municípios; e
- k) **Elaborar, aprovar e acompanhar a execução e implantação de planos, programas e projetos de desenvolvimento das regiões que compõe a área de jurisdição da Associação Matogrossense dos Municípios.** (sem destaques no original)

Desse modo, diante desses objetivos e regras de organização, não se verifica a obrigatoriedade para que os municípios sigam estritamente aquilo que a entidade se propõe a fazer. Ao contrário, os entes federativos é que voluntariamente se congregam a tal entidade, porque nela vislumbram parceria útil e significativa para a solução de problemas comuns aos demais municípios.

Assim sendo, pode-se dizer que eventual sistema de registro de preços (SRP) efetuado pela AMM, não vinculará a adesão de nenhum de seus associados. A adesão ou não de qualquer entidade ao SRP da AMM, bem como a conveniência e oportunidade de tal ato, deverão ser aferidos na prática, como seria de se esperar com relação à adesão em qualquer outro SRP, de qualquer outro ente da federação.

Dessa maneira, deve ser rejeitada qualquer afirmação apriorística de lesão à economicidade (ou outra situação desfavorável às respectivas municipalidades) na adesão em um SRP nesses moldes, tendo em vista que a aferição efetiva da obediência à legalidade - e dos demais princípios norteadores das aquisições públicas pelos municípios - somente poderá ser aferida na prática.

Nesse sentido, este Tribunal poderá ser chamado a atuar, inclusive preventivamente, para evitar lesões ao erário respectivo, porém, sem que se possa afirmar de antemão que uma conduta de aderir a um sistema desses está vedada, por mera suspeita de que não seria mais vantajosa para os entes respectivos.

6. O jornal da AMM funciona como diário oficial dos municípios associados a ela.

O jornal periódico de circulação estadual editado pela AMM, denominado de “Gazeta dos Municípios”, faz as vezes de diário oficial municipal para vários dos seus entes associados, o que somente reforça o caráter de suporte que essa entidade tem para tais municípios.

Essa situação assemelha-se à ora posta nesta consulta, tendo em vista que é muito mais prático e barato esse entes editarem suas publicações em um mesmo diário, do que criarem cada qual o seu veículo de divulgação, com os custos e aparatos inerentes. De igual modo, pode ser muito mais vantajoso fazer uma licitação com âmbito ampliado, algo que a AMM pode realizar em âmbito estadual, que redunde em um sistema de registro de preços ao qual os municípios interessados possam aderir, do que, cada município realizar sua própria licitação, com os custos e a perda de escala inerentes a certames individualizados dessa maneira.

Assim, vislumbra-se que o ganho de escala e a economia de meios que podem ser obtidos com a concentração dos certames, podem vir a ser vantajosos e não podem ser considerados como prejudiciais ao interesse público, levando-se em consideração que a economicidade é um dos princípios norteadores da atuação dos Tribunais de Contas.

7. Não há vedação legal para que a AMM realize licitações para constituir SRP – Sistema de Registro de Preços – nem para que os municípios venham aderir a ele.

Um dos argumentos mais contundentes utilizados neste processo para rechaçar a possibilidade de a AMM realizar licitação, seria a ausência de autorização legal expressa. Para tanto, utilizou-se do conhecido bordão de que “ao contrário do particular, a Administração Pública somente pode fazer aquilo que estritamente está previsto em lei.”

Neste caso, não se pode afirmar que a Lei de Licitações alberga as normas de aquisições somente para o Poder Público, pois quem delas quiser se valer, é só estabelecer as normas de aquisições, pois se assim não fosse, este Tribunal também não poderia submeter a obrigatoriedade de entidades similares, a esses mesmos preceitos, como ocorre com os consórcios públicos constituídos antes do advento da Lei nº 11.107/2005.

Não se descarta que esse conceito tradicional explicita o princípio constitucional da legalidade, que deve ser observado inequivocamente pelos administradores públicos. Todavia, o direito não é estanque. As mudanças são necessárias para a adaptação aos novos paradigmas da atuação estatal.

Nesse sentido, o princípio da legalidade atualmente deve ser visto à luz dos demais preceitos normativos, e principalmente em confronto sistemático com os comandos constitucionais, principalmente após o advento da chamada reforma do estado brasileiro, ocorrida na década de noventa do século passado, a qual culminou com a passagem do Estado burocrático, para o denominado Estado gerencial.

Essa transformação significou o abandono de conceitos que viam na atuação estatal ideal, a conformação a regras e procedimentos rígidos (que garantiam a impessoalidade, mas que por outro lado engessavam a atuação estatal), para a adoção de modelos de atuação priorizadores dos resultados, que visam dotar de agilidade e racionalidade nos gastos dos recursos públicos.

Com isso, a rígida visão de que algo somente poderia ser feito pelo administrador público desde que expressamente previsto em norma, cedeu lugar a análises mais ampliadas.

Lúcia Valle de Figueiredo, em escrito ainda no calor de tais transformações, nos idos de 1995, lembra que:

Giannini, ao abordar o princípio da legalidade, diz que a concepção doutrinária do século passado era muito rigorosa. Nos provimentos

administrativos as normas deveriam regular cada um de seus elementos. Porém, hoje o princípio da legalidade atenuou-se, requerendo-se que a norma discipline os tratamentos evidentes do provimento, admitindo-se que possa fazê-lo ainda que modo implícito⁴.

Nesse sentido, a concepção extremada do princípio da legalidade, deve ter uma nova concepção mais flexível, para a devida adaptação a esses novos paradigmas do estado brasileiro gerencial, no qual se procure ver a legalidade como um todo, na plêiade de normas aplicáveis ao sistema, e não apenas em um comando direto e objetivo que autorizaria a ação do gestor público, sob pena de não se permitir nenhuma evolução ou inovação em sua atuação.

Por sinal, os manuais de gestão pública contemporânea enfatizam que a busca por alternativas e principalmente a associação colaborativa, devem ser metas dos órgãos públicos, como forma de melhoria de suas atuações.

Nesse sentido, **José Matias-Pereira**⁵ enfatiza:

Esse cenário mostra a relevância da cooperação entre organizações, seja do setor privado ou público, visto que uma empresa ou um órgão público, atuando individualmente, dificilmente deverá desenvolver todos os recursos, competências e tecnologias indispensáveis para sobreviver ou ter legitimidade num ambiente exigente. Nesse sentido, é factível que o setor público adote com mais intensidade estratégias que já são adotadas pelas empresas privadas, por meio da formação de alianças que tem por objetivo, em geral, complementar recursos entre parceiros, restringir incertezas e alcançar vantagens competitivas.

Coaduno integralmente com essa posição e vislumbro que essa é exatamente a situação vivenciada pela própria existência da entidade consulente, pois a busca pela associação entre os entes municipais é uma resposta criativa à busca pela solução de dificuldades comuns. Essa experiência deve ser estimulada, como uma criativa ação na procura de

4 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 40.

5 MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de gestão pública contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33.

soluções para os problemas enfrentados pelos entes municipais, e não a criação de óbices e barreiras, sob a alegação de ausência de autorização legal para a tal atuação. Tal proceder seria mantenedor da inércia na busca por resultados satisfatórios, o que não se coaduna com os novos paradigmas da atuação gerencial do Estado contemporâneo.

Para mim, isso se assemelha à criação pretérita dos consórcios municipais, os quais visam conjugar recursos e esforços, na busca para melhores soluções em aspectos de saúde, educação e desenvolvimento econômico, dentre outros, sem que houvesse anteriormente norma expressa que autorizasse tais associações (o que ocorreu em larga medida antes do advento da Lei dos Consórcios Públicos – Lei nº 11.107/2005).

Nem por isso, mesmo sem lei federal expressa que autorizasse tal união de esforços entre os entes municipais, este Tribunal deixou de reconhecer a legitimidade de atuação, bem como exigir a realização de licitação, assim como da aplicação das demais normas de direito público, e principalmente considerar como órgão a ser fiscalizado (passíveis de auditoria), haja vista que esses consórcios utilizam recursos públicos, assim como a AMM.

Assim, até por simetria e coerência, neste caso a solução não pode ser diferente.

Ao analisar o art. 37, XXI, da Constituição Federal, em confronto sistemático com o art. 1º, parágrafo único, em sua última parte, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), outra não pode ser a conclusão senão a de que a AMM se submete à Lei de Licitações tal qual os demais entes da administração direta e indireta do município.

Ou seja, não fere a legalidade a possibilidade dessa entidade realizar sistema de registro de preços, mas ao contrário, a observância ao princípio da legalidade é que exige que este organismo realize licitação para adquirir produtos e serviços.

Por outro lado, em um primeiro momento poderia parecer que a interpretação que se pretende dar à situação em questão caracteriza a criação de uma norma paralela ou alternativa ao ordenamento vigente.

Com a análise feita, não se pretende dar uma interpretação conforme ou qualquer outro instrumento similar, que por via transversa ou camuflada, invada a competência exclusiva do legislador, com relação às competências do administrador público.

Pelo contrário, apenas pretende-se dar efetividade ao poder normativo que os Tribunais de Contas possuem nas respostas de consultas. Não se está dizendo que, *a priori*, a atuação pretendida pela AMM é inconstitucional ou ilegal, mas apenas que a legislação deve ser interpretada de maneira sistemática, tecnicamente adequada e factível.

De nada adiantaria aplicar a norma de maneira açodada, negando de plano a atuação pretendida, sob a alegação de que não tem amparo expresso na lei, diante de mera interpretação literal das normas aplicáveis, porque isso poderia gerar enormes prejuízos (não somente financeiros) no âmbito das diversas administrações municipais de nosso estado.

Neste caso, em qualquer aquisição, obrigatoriamente devem ser respeitados os princípios norteadores da gestão pública, ou seja, publicidade, isonomia, legalidade, impessoalidade, celeridade, economicidade e moralidade. Assim, onde está o problema em se permitir a realização de registros de preços nesses moldes?

O Tribunal não poderia deixar de se manifestar neste caso, sob o argumento de que não deveria adentrar na questão da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, no caso a lei de licitações, de forma a dizê-la incorreta ou incompatível com outra norma, ou ainda inaplicável.

Se o fizesse, deixaria de cumprir seu papel e sua obrigação perante a sociedade. Ademais, violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual o julgador não pode deixar de examinar uma questão por

ausência de norma a ampará-la, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Se o TCU tem posição de que os Tribunais de Contas podem analisar a constitucionalidade de uma norma, em caráter difuso, mesmo que essa norma já esteja sob análise do STF em controle concentrado (Acórdão nº 913/2005, Relator Min. Ubiratan Aguiar), com muito mais razão lhes é permitido dar a interpretação devida à norma, no seu âmbito de atuação, em resposta a questionamentos formulados pelos legitimados a realizar consultas, acerca de dúvidas sobre sua aplicação, porém, respeitando sempre a hierarquia das leis, e nesse caso, os princípios gerais de licitação e contratação administrativa.

Responder essa consulta da maneira como ora se propõe, apontando as possibilidades existentes de aplicação da norma em questão, e principalmente dar a devida orientação de como ela deve ser aplicada na prática, representa a efetivação da autorização legal normativa que o Tribunal possui nas respostas de consultas. Significa também o exercício do papel preventivo-didático que deve nortear as atividades dos Tribunais de Contas (como profilaxia a evitar punições futuras e prejuízos ao erário).

Em monografia sobre o controle de constitucionalidade do TCU, há passagem interessante - que serve também como parâmetro para as consultas no âmbito dos Tribunais de Contas -, conforme segue abaixo:

Não obstante, a interpretação das leis e atos normativos, a partir de parâmetros estabelecidos na Constituição, realizada nas decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas, deverá possuir caráter informativo e orientador para todos os órgãos jurisdicionados. Assim, o efetivo controle de constitucionalidade exercido pelo TCU poderá prevenir a ocorrência de despesas inconstitucionais, contribuindo para a prevenção de danos ao patrimônio público federal.⁶

Ou seja, se no controle de constitucionalidade realizado pelos Tribunais de Contas existe o relevante papel de prevenção à

⁶ SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. **Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/769534.PDF>. Acesso em 9/4/2011.

administração pública (mediante informação e orientação aos órgãos jurisdicionados), ainda mais evidente isso se verifica nas respostas às consultas formuladas, quando há dúvidas objetivas acerca da aplicação de normas legais.

Nas palavras de **Jorge Ulisses Jacoby Fernandes**:

O pragmatismo do procedimento a ser adotado pelo Tribunal quanto à constitucionalidade de lei poderá dar um tom de uma nova postura atenciosa aos desígnios constitucionais tão amplamente invocados, e em respeito aos anseios de evolução do controle da despesa pública. Sem embargo, o dinamismo da atual realidade sociopolítica recomenda postura pragmática mais consentânea na defesa ágil e efetiva da legalidade, em oposição à visão misoneísta do controle jurisdicional mais conservador e restrito da constitucionalidade⁷.

Isto é, o excesso de formalismo, ou o apego excessivo a conceitos tradicionais, não pode atrapalhar a missão dos Tribunais de Contas de esclarecer os jurisdicionados quando questionados sobre questões com alto grau de indeterminação de conceitos, como essa em discussão.

Em tempos de pós-positivismo, em que a tecnologia acelera de maneira alucinante as relações humanas, e por isso mesmo a sociedade tem cada vez mais pressa na resposta às suas demandas, não há mais espaço para o culto à forma em detrimento da essência. Há de haver efetividade na prestação do serviço público, sob pena dele mesmo tornar-se questionável, ante sua ausência de utilidade perante as demandas sociais.

Portanto, somente vejo sustentabilidade na atuação da entidade consulente, se lhe for dada uma interpretação de abrangência que seja possível de ser validada, e que atenda em toda sua extensão as necessidades dos seus associados, em confronto com outras normas que lhe são superiores, principalmente a Constituição Federal e a Lei de Licitações. Fora desses parâmetros, essa consulta não pode ser

⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os Tribunais de Contas e o Exame de Constitucionalidade de Lei. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, v.26,p.33-53,jan./dez.2000, p. 38. *Apud* SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Op. cit.

respondida, em razão dos motivos exaustivamente expostos.

Dessa forma, em divergência à posição adotada pela Consultoria Técnica e pelo Ministério Público de Contas, bem como em divergência ao entendimento exarado no voto lido na sessão do Tribunal Pleno do dia 6/3/2012, pelo Excelentíssimo Conselheiro relator deste processo, entendo que a consulta deve ser respondida objetivamente, nos moldes propostos na minuta de verbete que segue abaixo:

RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº / 2012. ASSOCIAÇÃO MATOGROSSENSE DOS MUNICÍPIOS - AMM. OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO. INSTITUIÇÃO DE SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. ADESÃO POR MUNICÍPIOS ASSOCIADOS. POSSIBILIDADE.

- 1. É obrigatório que a Associação Matogrossense dos Municípios - AMM adquira seus bens e serviços por meio de licitação, nos moldes da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista ser uma entidade prestadora de serviços públicos na modalidade de suporte aos entes associados;**
- 2. É possível a AMM realizar processo licitatório para a constituição de sistema de registro de preços, ao qual os municípios associados possam vir a aderir.**

Desse modo, está sendo atendida a dúvida do consulente nos termos acima, que é dotada de normatividade a partir de sua publicação.

DISPOSITIVO

Posto isso, não acompanho o entendimento da Consultoria Técnica exposto no Parecer nº 93/2011, bem como não acolho o Parecer nº 7.387/2011, do Ministério Público de Contas, representado pelo

Excelentíssimo Procurador de Contas Dr. Gustavo Coelho Deschamps, e em divergência ao entendimento exarado pelo Excelentíssimo Conselheiro relator, **voto no sentido de conhecer essa consulta, e no mérito responder ao consulente** no sentido de que: 1. É obrigatório que a Associação Matogrossense dos Municípios - AMM adquira seus bens e serviços por meio de licitação, nos moldes da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista ser uma entidade prestadora de serviços públicos na modalidade de suporte aos entes associados; 2. É possível a AMM realizar processo licitatório para a constituição de sistema de registro de preços, ao qual os municípios associados possam vir a aderir.

É como voto.

Cuiabá-MT, 12 de março de 2012.

WALDIR JÚLIO TEIS
Conselheiro