



Acórdão 00540/2023-9 - Plenário

Processos: 09221/2022-1, 10259/2022-3

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMS - Prefeitura Municipal de Serra

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: LUZA TRANSPORTES E TURISMO LTDA

Responsável: KARLA VIANNA GOMES, DAYSE MARIA OSLEGHER LEMOS, FABIANA NEGRELI PASSOS MOREIRA

Procuradores: RENAN GOUVEIA FURTADO (OAB: 21123-ES), EDMAR LORENCINI DOS ANJOS (OAB: 12122-ES), DOS ANJOS E CRUZEIRO ADVOGADOS

FISCALIZAÇÃO / REPRESENTAÇÃO – IMPROCEDENTE – RECOMENDAR – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR

1. É vedada a participação de cooperativas em licitação nos casos em que a natureza do serviço exigir subordinação, conforme a Súmula nº 281 do Tribunal de Contas da União – TCU.
2. Existem situações em que não se mostra viável permitir adesões a ata de registro de preço, quando os serviços contratados são específicos (singulares) ao ente licitante, em especial, quando a prévia pesquisa de preços alcançar um valor razoável e adequado às características singulares do Órgão Gerenciador, o que não pode ser estendido a outros entes.
3. Quando não constatada ilegalidade ou irregularidade na representação, o Colegiado decidirá pela improcedência, conforme dispõe o artigo 178, I da Resolução TC nº 261/2013.

VOTO DO RELATOR

O EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada por **LUZA TRANSPORTES E TURISMO LTDA.**, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face da Prefeitura Municipal de Serra, em que alega irregularidades no **Edital de Pregão Eletrônico nº 154/2022**, cujo objeto consiste na *“escolha da proposta mais vantajosa de Registro de Preços, visando a Contratação de empresa para prestação de serviços de transporte escolar para atendimento aos alunos da Rede Municipal de Ensino da Serra/ES”*.

Alega a representante, em síntese, vício manifesto na especificação do objeto, com exigência ilegal e desprovida de motivação para aglutinação do objeto em apenas dois lotes, quando a regra legal seria o parcelamento do objeto, nos termos do art. 23, § 1º, da Lei nº 8666/93.

Afirma sobrepreço no objeto do certame, haja vista falhas nos procedimentos de coleta de preços de mercado, que desprezou contratos vigentes em execução, inclusive no próprio município, o que fará com que o preço praticado no futuro contrato, com idêntico objeto ao atual, seja majorado em 70% (setenta por cento).

Por fim, requer:

IV – DOS PEDIDOS:

Diante do exposto, requer-se:

a) a admissibilidade da exordial como REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO promovida pela Prefeitura Municipal de Serra, tendo por responsáveis os seguintes agentes públicos:

a.1) o Prefeito Municipal, Sr. SÉRGIO VIDIGAL;

a.2) a Secretária Municipal de Administração e Recursos Humanos, Sra. Dayse Maria Oslegher Lemos;

a.3) a *Pregoeira Oficial*, Sra. Karla Vianna Gomes, e integrantes da equipe de apoio, Sr. Gustavo Martins Tavares e Viviane Valentina Vervloet, que conduziram o certame.

a.4) a *Secretária Municipal de Educação*, Sra. Fabiana Negrelli Passos Moreira.

b) a concessão de medida cautelar inaudita altera pars, em caráter de urgência, de forma monocrática pelo eminente Relator, haja vista a presença dos pressupostos autorizadores, no sentido de determinar à municipalidade que promova a suspensão imediata do certame veiculado pelo PREGÃO ELETRÔNICO N° 154/2022, da Secretaria Municipal de Administração e Recursos Humanos – SEAD, na fase em que se encontrar, até ulterior decisão desse Egrégio Tribunal de Contas, com posterior referendo da decisão pelo colegiado; e determinar à municipalidade que não promova eventual contratação dela decorrente por parte da Secretaria Municipal de Educação;

c) a notificação da Prefeitura Municipal de Serra e dos agentes públicos indicados como potenciais responsáveis dos atos inquinados como ilegais, conforme indicados nas alíneas a.1, a.2 e a.3, para a prestação de informações e, após a concessão da medida, para o cumprimento da cautelar pleiteada e a publicação de extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão⁴ para ampla e inequívoco conhecimento dos licitantes e da sociedade;

d) após instrução pela unidade técnica, a citação dos responsáveis, para que seja assegurado o contraditório e ampla defesa;

e) no mérito, seja a presente representação considerada procedente, com comando dirigido à Prefeitura Municipal de Serra para que:

e.1) sejam excluídas as cláusulas ilegais e restritivas à ampla competitividade do certame, determinando-se ainda o exato cumprimento da lei, no sentido de determinar à municipalidade que proceda ao devido e necessário parcelamento do objeto, nos termos do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93;

e.2) seja indicado forma clara, precisa e suficiente, nos autos, o objeto a ser contratado, nos termos da legislação de regência;

e.3) sejam adotadas fontes idôneas para fins de composição de custos do objeto, em especial contratos vigentes com o mesmo objeto.

f) por fim, com a procedência da representação, sejam aplicadas multa pecuniária aos agentes públicos responsáveis pela inserção e/ou aprovação de cláusulas restritivas à competitividade no edital do certame, nos termos da Lei Orgânica do TCEES.

Por meio da Decisão Monocrática 01112/2022-1 (evento 11), determinei a notificação das autoridades competentes para que no prazo de 05 (cinco) dias, apresentassem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Pregão Eletrônico nº 154/2022 e justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários para melhor apreciação do feito.

Após as devidas notificações, foram apresentadas justificativas prévias, cópia do processo administrativo/documentação de apoio (eventos 18 a 35).

Por meio da **Decisão Monocrática 1140/2022-1** (evento 38), decidi por:

[...]

2. DO DISPOSITIVO:

Diante de todo o exposto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e ausente o *periculum in mora* reverso, conforme fundamentação acima, **DECIDO:**

2.1 EXPEDIR MEDIDA CAUTELAR, no sentido de determinar à Secretária Municipal de Educação da Serra, Sra. Fabiana Negreli, que se abstenha de executar a Ata de Registro de Preços n. 230/2022, decorrente do Pregão Eletrônico n. 154/2022, ou de qualquer outro instrumento, como contratos e/ou outras atas eventualmente assinados que sejam decorrentes do Pregão Eletrônico n. 154/2022, até ulterior decisão desta Corte de Contas.

2.2 NOTIFICAR a autoridade acima para que cumpra de imediato essa decisão, publicando extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicando, no prazo de 10 dias, as providências adotadas ao Tribunal, bem como para que se pronuncie, nos termos do artigo 307, §3º, no prazo de 10 dias, apresentando justificativas que entender pertinente.

2.3 DAR CIÊNCIA à representante, na forma regimental.

Na sequência, a referida Decisão Monocrática foi ratificada pelo Colegiado do Plenário, por meio da Decisão 04004/2022-8 (evento 44).

Após a apresentação da Resposta de Comunicação 01738/2022-1 e Peça Complementar 60.651/2022-7 (eventos 42-43), os autos foram encaminhados à Área Técnica, que procedeu à Manifestação Técnica 04879/2022-8 (evento 50), por meio da qual propõe que se proceda à análise de admissibilidade da representação, e à avaliação da eventual necessidade de apensamento dos autos a outro sobre mesma temática.

Assim, por meio da Decisão Monocrática 01253/2022-1 (evento 52), conheci da representação e encaminhei os autos à Área Técnica para a análise preconizada no artigo 307, § 2º do RITCEES, que, então, procedeu à Instrução Técnica Conclusiva 04507/2022-5 (evento 54), que trouxe a seguinte proposta de encaminhamento:

[...]

5.1 – Rever a Cautelar expedida, denegando-a por considerar inexistente o *fumus bonis iuris*.

5.2 – Considerar improcedente a presente Representação, conforme análise posta no subitem específico;

5.3 – Uma vez jugado, acompanhar os autos TC 7649/2022 que cuida de matéria assemelhada (parcialmente idêntica), no intuito de evitar julgamentos distintos.

5.4 – Dar ciência ao Representante;

5.5 – Arquivar estes autos, após trânsito em julgado.

O *Parquet* de Contas, no Parecer 00075/2023-9 (evento 58), pugnou pelo conhecimento da representação e, no mérito, pela improcedência, bem como pela reunião dos processos que tratam do mesmo Edital ora analisado, e pela cassação da liminar concedida através da Decisão 04004/2022-8.

Ato contínuo, houve a Decisão 00551/2023-7 (evento 64) do Colegiado do Plenário, no sentido de revogar a medida cautelar determinada na Decisão Monocrática 1140/2022 e ratificada pelo Plenário na Decisão 4004/2022-8, que determinou a abstenção quanto à execução da Ata de Registro de Preços nº 230/2022, decorrente do Pregão Eletrônico nº 154/2022, restringindo o emprego da referida Ata ao Município de Serra, no período da sua vigência, ou então até que esta Corte de Contas se manifeste de modo definitivo sobre a correção/adequação do sistema de registro de preços para fins de contratação dos serviços de transporte escolar; bem como encaminhar os autos à área técnica para análise do conteúdo das notas taquigráficas 004/2023-9 e, caso entenda necessário, complementar a Instrução Técnica Conclusiva 4507/2022-5.

Dessa forma, foi produzida a Manifestação Técnica 00761/2023-6 (evento 71), opinando por considerar improcedente a representação e expedir recomendação ao Município de Serra para que não prorrogue a Ata de Registro de Preços analisada.

O Ministério Público de Contas, por meio do Parecer 01789/2023-1 (evento 75), exarado pelo Procurador Dr. Luciano Vieira, anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na Manifestação Técnica mencionada acima.

É o relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

De início, cabe ressaltar que os fundamentos expostos na Petição Inicial de representação já foram considerados insubsistentes pela Instrução Técnica Conclusiva 4507/2022-5, entendimento técnico este, que acompanho independente da transcrição.

Na 04ª Sessão Plenária (14/02/2023) o Conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo pontuou que a adequação da utilização do sistema de registro de preços para fins de contratação de empresa para prestação de serviços de transporte escolar encontra-se sob questionamento; ressaltou, também, a possibilidade de mudanças no entendimento decorrente da nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), em especial quanto à vedação de participação de cooperativas em licitações, já que a nova Lei menciona expressamente, no art. 16, ser possível a participação de cooperativa em licitações.

Assim, os autos foram encaminhados à área técnica para manifestação quanto aos pontos acima.

No que se refere à proibição pelo Edital de Pregão em questão da participação de cooperativas, a Manifestação Técnica 0761/2023-6 pontuou que a matéria está em discussão nos autos do Processo TC 6.288/2022, neste a área técnica se manifestou, em síntese, por atualmente, estar vigente a Súmula nº 281 do TCU que veda a participação de cooperativas em licitação nos casos em que a natureza do serviço exigir subordinação.

Já em relação à possibilidade de utilização de registro de preço para transporte escolar, a área técnica ressalta ser válida tal utilização, posicionamento que acompanho, haja vista que o Decreto 4.904/2014 do Município de Serra consignou a possibilidade de ato de registro de preço para contratação de serviços.

A Lei 8.666/93, em seu art. 15, faz menção ao registro de preço apenas para compras, motivo pela qual houve decretos regulamentadores dos entes (inclusive da

União), estendendo para serviços. Ressalta-se que a nova de Lei de Licitação já amplia tal utilização para serviços.

Importante analisarmos aqui o comando da Decisão 00551/2023 no sentido de restringir o emprego da ata em questão ao Município da Serra, no período da sua vigência, ou então até que esta Corte de Contas se manifeste de modo definitivo sobre a correção/adequação do sistema de registro de preços para fins de contratação dos serviços de transporte escolar.

Fato é que, na prática, não seria possível a adesão, pois conforme bem pontuado pela área técnica na Manifestação Técnica 00761/2023, os lotes registrados “são específicos (singulares) de serviços a serem prestados na região estabelecida com suas características, topografia, extensão, trânsito de veículos, etc., de forma que, qualquer adesão que fosse diferente destas regiões implicaria em irregularidade”.

Assim, caso um outro município realize uma adesão, **há uma série de fatores que, quando da realização da pesquisa de preço foram específicos do município licitante, o que impede que outro ente aplique o mesmo valor.**

No que pese isso, é fato que a Ata 230/2022 prevê a possibilidade de adesão, motivo pela qual entendo importante e necessária a vedação presente na Decisão 00551/2023, porém como “recomendação”, já que não houve contraditório quanto a este ponto (que não foi levantado na inicial de representação).

Assim, entendendo pela confirmação da improcedência da representação, considero pertinente a transcrição de parte da fundamentação da Manifestação Técnica 00761/2023, a qual acompanho na integralidade no presente voto:

[...]

2 – TEMAS E AVALIAÇÕES

Em relação aos fatos representados nestes autos, tendo em vista precedentes desta Corte acerca de divisão em lotes, como efetivamente ocorreu no PE 154/2022 (tratado no TC 7.649/2022), bem como, da ausência de elementos capazes de validar notícias de sobrepreço na locação de veículos para transporte escolar, de igual forma como posto na ITC 4.507/2022, mantem-se entendimento que a presente Representação deve ser julgada pela improcedência.

Por outro lado, na Decisão Plenária TC 551/2023 e nas notas taquigráficas, em debate e fundamentação, outros fatos foram trazidos à luz, e embora não interfiram e não alteram o entendimento posto em conclusiva, uma vez que foi

conclamada manifestação da área técnica, em contribuição, para reflexão e eventuais deliberações, a seguir, realiza-se as avaliações pertinentes.

2.1 – Vedação de participação de Cooperativas em licitações:

O tema surge nestes autos em razão de chamar atenção quando de discussão de sobrepreço trazido na Representação e, conseqüentemente, na avaliação de que o Edital de Pregão em questão “veda a participação de cooperativas” (clausula 12.2.10) na licitação, entretanto, para formar preços de mercado buscou cotação de preços junto a empresa “cooperativa”.

Esta matéria, entretanto, está em debate nesta Corte, entre outros (possíveis), nos autos TC 6.288/2022, em que na unidade técnica posicionou-se:

Este Tribunal, nos autos TC 2792/2020 do Município de Serra tratando de matéria equivalente, à ocasião, especialmente na discussão de emissão de medida cautelar, houve voto do Relator, voto de vista, voto complementar e desempate expedido pelo Presidente do Tribunal.

Nos termos do voto vencedor (No desempate, o Presidente acompanhou o Relator), trechos em que restou concretizado (TC 2792/2020 – Acórdão TC 558/2021 e apreciação da cautelar):

No que se refere às alegações de irregularidades nos editais 022/2020 e 306/2019, contidas no processo TC 2792/2020-6, **que denunciam a vedação da participação de cooperativas nos certames, o corpo técnico afirmou que não foram encontradas irregularidades**, uma vez que, em apertada síntese, quanto ao edital 306/2019, as vedações não mais subsistiam, **e no que se refere ao edital 022/2020, a proibição de participação de cooperativas em licitações públicas guarda fundamento na Súmula nº 281 do TCU** e na probabilidade de ser reconhecida relação de emprego entre o licitante e o cooperado, o que não se permite. (negritou-se)

E no mencionado Acórdão deixou registrado:

Compulsados os autos, no que se refere ao tema “proibição de cooperativas em licitações públicas”, nota-se que este Relator se manifestou, em sede de deliberação acerca do pedido de medida cautelar (Voto Relator 01997/2020 – evento 054 e Voto Relator 02326/2020-2 – evento 056) **pela defesa da plena vigência, e portanto, aplicação da Súmula nº 281 do TCU, que veda a participação de cooperativas em licitação** nos casos em que a natureza do serviço exigir subordinação, o que se aplica ao caso sob análise. Transcrevo meu voto, em parte, ressaltando que cuida de Voto Complementar lavrado após o Voto Vista 00043/2020 da lavra do Conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, que a esse respeito (aplicação da Súmula nº 281 do TCU) manifestou entendimento contrário. Voto Relator 02326/2020-2:

(...)

De início, entendo ser pertinente reiterar que o a **Súmula nº 281 do Tribunal de Contas da União**, mencionada, inclusive, no corpo do voto-vista do Conselheiro Rodrigo Coelho, **continua em plena vigência**. Neste aspecto, transcrevo trecho do voto-vista 43/2020:

O tema encontra-se pacificado pelo TCU mediante a publicação da Súmula 281 (É vedada a participação de

cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de personalidade e habitualidade).

Há também farta jurisprudência do STJ no mesmo sentido. Bem como, tem sido o entendimento desta Corte de Contas em diversos julgamentos, como nos casos dos Acórdão TC 1578/2018-Plenário; Acórdão TC576/2017-Plenário, Acórdão TC 1170/2019-Segunda Câmara. –Segunda Câmara.

(grifo nosso).

Sobre este fato, é interessante observamos o que prescreve o princípio jurídico do *tempus regit actum*, isto é, o “tempo rege o ato”. Este determina que as relações jurídicas devam ser analisadas sob a lei vigente à época dos fatos.

Digo isso, pois, em se fazendo uma adequação da sua aplicação neste caso concreto, é preciso que se respeite o **entendimento atual** acerca da aplicação da Súmula 281 do TCU, acompanhada de **farta jurisprudência no mesmo sentido**, a exemplo dos julgados do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.204.186/RS e RMS 25.097/GO), sendo, inclusive, aplicada em diversos julgados no âmbito desta Corte de Contas.

Assim, não há como ignorarmos a plena vigência do juízo prescrito na Súmula 281 e demais julgados.

Ainda que o Exmo. Conselheiro entenda **estarmos caminhando para uma mudança sobre a concepção do assunto**, o que provocaria a consequente revisão da Súmula 281 do TCU, é necessário que está Corte de Contas deva obediência ao que é aplicado e pacificado **atualmente, respeitando a segurança jurídica que se espera das suas decisões**.

Advirto que a superação de um precedente normativo deve, necessariamente, observar as formalidades procedimentais para que se mantenha a ordem dos julgamentos. É dessa forma que o sistema é capaz, inclusive, de evitar o se profiram decisões arbitrárias ou conflitantes.

O papel dos precedentes vai muito além da mera função de orientador da interpretação dos atos normativos, servindo, inclusive, como forma de persuasão da atuação do julgador, fazendo com que o mesmo desenvolva sua atividade de forma a adotar o fundamento das decisões anteriores (a tese paradigmática), seguindo a expressão em latim “*stare decisis et non quieta movere*”, em uma tradução livre: mantenha-se a decisão e não se mexa no que foi estabelecido).

O que quero dizer com as colocações aqui expostas é que, caso ocorra a superação da Súmula supra, isso ocorrerá seguindo os trâmites procedimentais necessários para tal. Quando isso vier a ocorrer, aí sim poderemos aplicar o novo entendimento nas decisões deste Tribunal. Sucede que este não é o caso dos autos.

Quando se utiliza a técnica de superação de teses, é necessário que se observem determinadas formalidades.

Este fenômeno decorrerá, portanto, quando da substituição expressa do precedente (por ser considerado ultrapassado ou equivocado) – per incuriam ou per ignorantia legis (overruling), a revogação do antigo paradigma hermenêutico – *ratio decidendi* – que perde seu valor vinculante (**overruling**), aí ocorrendo o *overrullin* (forma de superação de precedentes que ocorre tanto no plano horizontal (quando o órgão supera seu próprio precedente) como também no plano vertical (ocorre quando um tribunal superior revoga um precedente de um órgão hierarquicamente inferior.)

Todavia, esclareço que ainda não houve a superação da tese adotada, não há prazo para que isso ocorra, e nem a certeza que ocorrerá.

Atualmente o Tribunal de Contas da União, continua por validar o entendimento, **inclusive por força da Súmula 281 ainda em plena vigência** de que é vedada a participação de cooperativas em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o “obreiro” e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade, sendo este, exatamente, o caso dos autos, sendo os julgamentos citados no respeitoso voto-vista, apenas exceções em casos pontuais ainda não compoem um arcabouço de decisões suficientes para originar o *overrullin*.

Tem-se também, os autos TC 1449/2020 mencionado pelos notificados, e que se tratou de uma Consulta. Conforme Decisão TC 516/2021, não foi conhecida. Sabe-se que, em matéria de ordem técnica, o posicionamento de um Auditor, ou de Membro do Ministério Público de Contas e ou de um Conselheiro, isoladamente, não necessariamente representa o entendimento do colegiado. Contudo, merece destaque posicionamento da unidade técnica e do Relator, que a princípio emitiu seu voto, acerca do tema, e que à ocasião comungaram com os termos da já mencionada súmula 281.

Ou seja, interpreta-se que há uma corrente caminhando no sentido de acatar-se os termos da súmula 281 do TCU.

(...)

O caso concreto merece ser julgado por improcedente. Porém, a matéria é controversa, complexa, e merece maiores cuidados. Refere-se ao tema central da Representação: “participação de cooperativas em licitações”.

O próprio TCU, onde se pode dizer nasce a celeuma e a matéria em discussão, vem flexibilizando suas decisões sobre o tema: Como exemplos:

Acórdão 2777/2017 – Plenário, Relatoria Ministra Ana Arraes

É recomendável que nas licitações em que seja admitida a participação de cooperativas, as empresas públicas exijam a apresentação, como condição de aceitabilidade das propostas, de modelo de gestão operacional, bem como realizem análise, nas contratações, das regras internas de funcionamento contidas nos atos constitutivos de sociedades cooperativas, para evitar eventual desvirtuação ou fraude, nos moldes das disposições contidas nos art. 10, § 1º, e 11, respectivamente, da IN - Seges/MP 5/2017.

Acórdão: 2463/2019 - Primeira Câmara, Relatoria Ministro Bruno Dantas

A vedação à participação de cooperativas em licitação não deve levar em conta a natureza do serviço a ser contratado, sob pena de violação do art. 10 da Lei 12.690/2012, o qual admite a prestação, pelas cooperativas, de qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que prevista em seu objeto social.

Evidente que há todo um contexto envolvendo a discussão na Corte Federal, e uma ponderação de princípios, contudo, entende o subscritor, que normas que autorizam e preconizam o alijamento de potenciais licitantes, s.m.j., vai em confronto aos comandos de pelo menos da Lei 12.690/2012, da Lei 8.666/93, e da Lei 11.488/2007 (em seu art. 34, garante-lhes aplicabilidade dos capítulos V a VII da LC 123/2006), todas, portanto, com previsão de contratação de cooperativas.

Lei 12.690/2012

Art. 10. A Cooperativa de Trabalho poderá adotar por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social.

(...)

§ 2º A Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.

Lei 8.666/93 em seu artigo 3º:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

No campo dos precedentes, nesta Corte, tem a já mencionada discussão travada nos autos TC 2792/2020 (Acórdão TC 558/2021 e apreciação da cautelar):

No que se refere às alegações de irregularidades nos editais 022/2020 e 306/2019, contidas no processo TC 2792/2020-6, **que denunciam a vedação da participação de cooperativas nos certames, o corpo técnico afirmou que não foram encontradas irregularidades**, uma vez que, em apertada síntese, quanto ao edital 306/2019, as vedações não mais subsistiam, **e no que se refere ao edital 022/2020, a proibição de participação de cooperativas em licitações públicas guarda fundamento na Súmula nº 281 do TCU e na probabilidade de ser reconhecida relação de emprego entre o licitante e o cooperado, o que não se permite.** (negritou-se)

Por outro lado, nos autos TC 13141/2015 (Acórdão 576/2017 - Plenário), consta:

Alega o representante que o edital deveria vedar a participação no certame de microempresas (ME's) e empresas de pequeno porte (EPP's) e Cooperativas.

A Lei 12.690/2012 que dispõe sobre a organização e funcionamento das Cooperativas de Trabalho, em seu artigo 10 §2º, traz a seguinte redação:

Art.10. A Cooperativa de Trabalho poderá adotar por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social.

[...]

§2º A Cooperativa de Trabalho não poderá ser impedida de participar de procedimentos de licitação pública que tenham por escopo os mesmos serviços, operações e atividades previstas em seu objeto social.

Através do referido dispositivo, **verifica-se que a participação de cooperativas em licitação não pode ser proibida.**

Observo que a Lei 8.666/1993 não traz qualquer vedação, e em seu artigo 3º, §1º, inciso I, estabelece que é vedado aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedade cooperativas”.

Ou seja, por esta ótica, entre outros, porém ficando nestes dois casos, presentes estão as divergências em decisões, que autorizam que seja suscitado um incidente de uniformização de jurisprudência (art. 356 do RITCEES).

De se registrar também, que ao final do exercício de 2022, muito provavelmente várias licitações (onde estará em voga participação de cooperativa), especialmente acerca de transporte escolar, estará em evidência. Trata-se de matéria relevante e de aplicação geral, portanto, ao que tudo indica, passível de ser apreciada por intermédio de incidente de prejudgado (art. 348 do RITCEES).

Contudo, para requisição de quaisquer destes incidentes, o Auditor de Controle Externo não está entre os legitimados. O momento para marcar o posicionamento desta Corte acerca do tema parece ser oportuno.

Registra-se estes fatos, portanto, para que sirva de reflexão aos agentes legitimados na demanda por instauração de incidentes (uniformização de jurisprudência e ou de prejudgado), no caso, Conselheiro, Conselheiro Substituto ou Ministério Público junto ao Tribunal.

Aqueles autos TC 6.288/2022, após pronunciamento da unidade técnica foram impulsionados ao Ministério Público de Contas, e nesta data, 22/03/2023, ainda não houve manifestação (Parecer). Registra-se que membros do MPC são legitimados para suscitar a discussão sugerida.

Assim, quanto a este tema, “participação de cooperativas em Licitação”, a matéria (ou sugestão para que seja, especificamente, debatida) já se encontra sob análise.

Não é demais registrar alinhamento com o bem colocado posicionamento do Conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo e os que o seguiram (voto vista, inclusive), conforme Notas Taquigráficas, no sentido que em uma eventual discussão sobre o tema, a base legal a ser enfrentada deve passar pelos termos da nova Lei de Licitações 14.133/2021.

2.2 – Registro de Preços para Transporte Escolar:

A questão não é tema alvo da Representação, porém, adquiriu e se tornou

relevante em razão de se tratar de “transporte escolar” que é específico de cada localidade e o Registro de Preços.

O comando da Decisão TC 551/2023, subitem 1.2, para que os autos fossem encaminhados a área técnica para análise do conteúdo das Notas Taquigráficas e, se fosse o caso, complementar a ITC 4.507/2022: Acerca da questão constou das mencionadas notas:

(...)

A primeira delas é o fato de estarmos aprovando uma ata de registro de preço para o transporte escolar. Por mais que nós saibamos que é possível ata de registro de preço para modalidade de transporte e que a adesão numa ata de registro de preço se dê pelo item e não pelo lote, parece muito específico, a meu ver, licitar em registro de preço um lote de transporte escolar. Ora! Vejamos. Eu posso aderir a um item da ata, uma Van para o transporte escolar que acontece na Serra, no Município de Divino São Lourenço, a Van pode ser a mesma, mas o custo operacional daquele veículo não será o mesmo, adstrito à rota que será estabelecido. Então entendo que nós temos aqui a oportunidade de revisitar a nossa jurisprudência na análise de mérito.

Estou devolvendo sem alterar o voto do conselheiro relator por conta da velocidade que se determina. Porém, já trago aqui, como a ITC traz que a jurisprudência do Tribunal é de permitir a construção de licitação com ata de registro de preço para transporte, me vem a especialidade do caso do transporte escolar, que eu gostaria de trazer à luz para que nós possamos revisitar, inclusive por estarmos num momento de transição da legislação, onde eu vou falar disso em seguida.

O Registro de Preços tem alicerce no art. 15 da Lei 8666/93, este se referia especificamente:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

Ocorre que Decretos regulamentadores para os Órgãos Federais, definiu (reprodução art. 1º do Decreto Federal 7.892/2013):

Art. 1º - As contratações **de serviços** e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços - SRP, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto.

No Município de Serra, Decreto 4.904/2014, positivou-se:

Art. 1º As contratações **de serviços** e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços - SRP, no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta obedecerão ao disposto neste Decreto.

Como se pode observar, a Lei 8.666/93 traz fundamento para Registro de Preços relacionados a compras, porém, de normativos “infralegais” nasce a oportunidade de Registro de Preços para serviços e a Jurisprudência lhes agasalha.

Serviços de Transporte Escolar são rotineiros e comuns, especialmente em Municípios (em regra contratam também para o Estado, por meio de convênios).

Assim, até então, na falta de maiores discussões, nesta Corte, serviços de transporte escolar estiveram amparados em sistemas de registro de preços.

Doravante, abril em diante, estará em vigor, exclusivamente, a nova Lei de Licitações, Lei 14.133/2021, onde consta uma seção específica do sistema de registro de preços (seção V, art. 82 a 86). Nesta Lei é mais clara a possibilidade de registro de preços para serviços comuns, inclusive de engenharia.

É evidente que com a prática e execução da nova Lei, interpretações possam vir a ocorrer, no entanto, por hora não há o que proclamar contrário ao que se aplicava.

Naturalmente que se houver desejo em fomentar discussão para um prejudgado, traz a Lei Complementar 621/2012:

Art. 174. Por iniciativa de Conselheiro, Auditor ou Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, poderá o Plenário, mediante **decisão normativa, pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica ou procedimento da administração, reconhecida a relevância da matéria de direito e sua aplicabilidade de forma geral**, observada a forma estabelecida no Regimento Interno.

A possibilidade de incidente de prejudgado é viável e possível, nos termos da Legislação, e assim também regrou o Regimento Interno do TCEES:

Art. 348. Reconhecida, preliminarmente, a relevância da matéria de direito e sua aplicabilidade de forma geral, **o Plenário poderá pronunciar-se sobre a interpretação de qualquer norma jurídica ou procedimento da Administração.**

Na verdade, *mutatis mutantes*, é a possibilidade de formar uma Decisão com repercussão geral, pois que resta explícita na Lei: “reconhecida a relevância da matéria de direito e sua aplicabilidade de forma geral”. Os pressupostos para admissão estão regradados regimentalmente.

III - **Instrução Normativa**, quando se tratar de:

- a) instruções gerais ou especiais relativas ao controle externo;
- b) fixação de critérios e orientações gerais;
- c) outras matérias que envolvam pessoa física, órgão ou entidade sujeita à jurisdição do Tribunal;

IV - **Decisão Normativa**, quando se tratar de fixação de critério ou orientação, e não se justificar a expedição de Instrução Normativa ou Resolução;

O instrumento a ser utilizado, ao que tudo indica, deve ser a Decisão Normativa.

Voltando ao tema e as normas e entendimentos então vigentes, tem-se que é possível o registro de preços para serviços de transporte escolar. Naturalmente que, em regra, estes são estabelecidas em rotas específicas, singulares.

E, a princípio, isto não significa nenhuma anormalidade. É preciso ter em mente que o Registro de Preços é efetuado no interesse da administração que o realiza, “infelizmente” (divagação do subscritor) transformou-se em um “nicho” de mercado nas famosas “caronas” em atas de registros de preços.

A *priori* é fato que o registro de preços é uma forma de agilizar e já possuir valor definido para uma futura contratação, sendo certo que esta não é obrigatória, porém, se for pela aquisição do serviço a ela (ARP) deve se socorrer.

Ou seja, é possível registrar preço para rota “a” até “b”, e caso a Administração resolva pela prestação do serviço realiza a contratação (para isto serve a Ata), não significa que a “gerenciadora” possa autorizar que outrem faça adesão à respectiva Ata de Registro de Preços – ARP ante seu caráter específico e singular. Portanto, incorrerá em irregularidade aquele que aderir e ou autorizar adesão a ARP sem que as características do item sejam idênticas.

E mais uma vez voltando ao caso concreto, o Município de Serra não realiza a contratação com base em rotas específicas, até existem, mas não são por quilômetros rodados como é costume, e sim, por diárias.

Neste sentido, até o registro de preços em Ata (diária de veículos), ocorrer-se-ia possíveis adesões, efetivadas as rotinas de praxe, inclusive estudo técnico preliminar.

O que acontece para que haja as definições da melhor forma de contratar (km rodado ou diária) é que elas devem estar embasadas no instrumento de estudo técnico preliminar. Porém, aí já é um outro tema que não faz parte da Representação, não está no questionamento das notas taquigráficas e é um método de contratação de exercício anterior em que o Tribunal avaliou e não contestou. Ademais, que também está regrado na nova Lei de Licitações, art. 18, §1º e que dela não poderá fugir:

§ 1º O **estudo técnico preliminar** a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

§ 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

Portanto, com as informações constante dos autos, especificamente quanto a opção pelo registro de preços, por hora, mesmo considerando a nova Lei de Licitações, não há elementos para tê-los por irregulares.

Em voto-vista o Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges sugere e é encampado, inclusive constando da Decisão Plenária, que a referida Ata deve se restringir ao Município de Serra.

Tal decisão, a princípio seria dispensável, pois que conforme a Ata 230/2022, foram registrados preços de dois lotes do certame, um referente a serviços de transporte escolar na Região Litorânea de Serra e outro na Região Noroeste de Serra, portanto, são específicos (singulares) de serviços a serem prestados na região estabelecida com suas características, topografia, extensão, trânsito de veículos, etc., de forma que, qualquer adesão que fosse diferente destas regiões implicaria em irregularidade.

Possibilitar adesão a ARP para situações específicas, como é o transporte escolar, é potencializar o risco de admitir contratação de serviços por valores registrados cujos custos sejam totalmente dispares. Este fato é visível, inclusive, neste certame, haja vista registro de valores distintos entre um lote e outro, ainda que no mesmo município e cotado em diárias.

Ainda assim, evitando conflito, e como se refere a diárias de veículos e a Ata de Registro de Preços prevê possibilidade de Adesão, entende-se salutar que a vedação posta na Decisão do Colegiado permaneça, inclusive, seja incluída em eventual Acórdão.

Neste sentido a determinação posta, *s.m.j*, extra fato representado (*extra petita*), por arrasto em questão incidental, *quicá* possa ser considerado como complementação na ITC, como ponto de alerta (recomendação).

Embora, considerando a metodologia atualmente empregada, uma vez que o Registro de Preços de transporte escolar é admitido, subentende-se, que somente para contratações pelas “participantes” da Ata.

E o motivo para entender possível o registro de preços em questão é que, por exemplo, no fim de um ano letivo as escolas promovem a pré-matrícula de alunos

e naquele momento, em uma escola, hipoteticamente (lembrando que Serra possui, no total, mais de 65 mil alunos segundo informou), e no primeiro momento comparecem 100 alunos (portanto, 2 veículos) e neste mesmo fim de ano promove-se certame, a princípio prevendo dois veículos. Inicia ano seguinte e vem a matrícula propriamente dita e comparecem 150 alunos (portanto, passa-se a necessitar de 3 veículos), daí iniciam-se as aulas e começam algumas transferências e matrículas atrasadas e alcança-se um número de alunos em 200 (necessário, então, 4 veículos). Ou seja, havendo preços registrados, à medida que se faz necessário mais veículos de transporte, contrata-se com base na ARP. Nesta situação, nem mesmo dentro do próprio município, no caso concreto, admite-se contratar ao preço (do lote) na região litorânea o transporte de alunos da região noroeste, pois, não possuem mesmas características. Muito menos, seria viável as “caronas” na Ata.

Isto é, alguns serviços, entre eles o de transporte escolar, possuem uma especificidade (percurso certo) e singularidade tal, que, embora possam ter preços registrados, não suportam compartilhamento com entidades não participantes da ARP, limitando-se ao objetivo específico da licitação, no caso, as rotas delimitadas.

É distinto, por exemplo, dos casos (genéricos) em que determinado município resolva registrar preços e depois firmar contratos para aquisição de veículos, zero quilômetro, motor 1.0, sedan, mínimo 65 cv, etc. e é registrado o Ford ka. Um Ente que não tenha participado da Ata e deseje adquirir veículos com as mesmas características poderá realizar adesão (seguindo os procedimentos de praxe) e contratar para adquirir Ford Ka.

De todo modo, por lealdade, cabe registro que não é de conhecimento a existência de conflito da matéria nesta Corte, porém, em outros Tribunais, é controversa, cita-se o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE/MG, Processo 1040578, Relatoria Conselheiro Substituto Telmo Passareli, Decisão de 15/09/2022¹ - 2ª câmara, descreveu em ementa:

“4 - o sistema de registro de preços não é apropriado para a contratação de transporte escolar por não conter esse serviço as incertezas que justifiquem a utilização de tal forma especial de contratação, já que o quantitativo a ser contratado e o período do seu fornecimento são certos e determinados, não se tratando de hipótese sujeita à discricionariedade do administrador. De igual modo, também não se verifica a necessidade de contratações frequentes dentro do mesmo exercício financeiro, já que se sabe previamente o quantitativo total e a quantidade de vezes em que o serviço é demandado. Não se cogita, ainda, de serviço remunerado em regime de tarefa ou por unidade de medida, tendo em vista que o preço da contratação depende das características do terreno, do relevo do trajeto, da quantidade de alunos etc”.

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia – TCE/RO, Processo 0001/2018, Acórdão APL-TC 00212/18², Relatoria do Conselheiro José Euler Potyguara Pereira de Mello, e considerou irregular “a utilização do sistema de registro de preços no caso de contratação de transporte escolar, em afronta ao art. 3º, II, do Decreto nº 7.892/2013”.

Sintetizando, posiciona-se, nesta peça, pela desnecessidade de mudar posicionamento que se adota nesta Corte até então, acolhendo registro de preços para serviço de transporte escolar, haja vista, referir-se a preço para aquele “percurso” específico, portanto, imprestável para Adesão por outro jurisdicionado (União e Estado até poderiam ter idêntico percurso em transporte de alunos,

¹ file:///C:/Users/t203053/Downloads/Documento_2886338.pdf

² <http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/-212-2018.pdf>

porém, legislação não lhes permite “carona” em ARP de Municípios). A servidão da ARP para transporte escolar, por exemplo, da Região Litorânea da Serra somente se presta à necessidade de contratação pelo município naquela região.

2.3 – Licitação em lotes

A questão é tema nesta Representação, no entanto, sobre a matéria já ocorreu discussão e entendimento, inclusive no mesmo PE 154/2022, junto ao TC 7.649/2022. Porém, antes de referir-se ao precedente, destaca-se passagem das Notas Taquigráficas:

Outro item que chamou bastante a atenção foi o fato da aglutinação dos lotes. O contrato, o Município de Serra, como todos nós sabemos, é um município de extensões muito grandes, não vou usar nenhum termo aqui que seja exagerado, mas é um município grande, com bastante complexidade, e haviam vários lotes sendo administrados, geridos, no Município de Serra para fins de transporte escolar. Foi feita uma aglutinação em dois lotes, fazendo com que as empresas que tenham possibilidade de disputar esse certame se dê de caráter reduzido, até porque a exigência da apresentação da frota disponível para execução do contrato foi em tempo curto. Nenhuma empresa que queira disputar esse certame e que não tenha o volume total de veículos, os adquirirá antes de saber o resultado do certame. Então a restrição fica maior, mas essa é uma questão que deve ser melhor analisada no âmbito do processo.

O mesmo Pregão Eletrônico 154/2022, em agosto de 2022, portanto, relativo ao que cuida estes autos, foi objeto de Representação nos autos TC 7.649/2022, onde é tema em discussão, conforme consta da Decisão TC 3.720/2022:

1 - Aglutinação do objeto em apenas 2 lotes, quando a regra geral é o parcelamento do objeto, nos termos do art. 23 §1º, da lei nº 8.666/93;

Conforme Acórdão TC 186/2023, à unanimidade, aqueles autos, no caso, Representação, foi considerada improcedente.

Para licitações de transporte escolar “por rotas”, vários são os precedentes de que devem se dar por item, todavia, esta Corte, anteriormente aos presentes autos, se pronunciou quanto a possibilidade de licitar transporte escolar “por rotas” em lotes (ou em grupos), inclusive com recomendação, como se extrai do Acórdão TC 922/2018:

1.2.12.3. Que nos futuros certames para contratação de serviço de transporte escolar, caso entenda ser necessário aglutinar rotas, o faça de modo a garantir que o itinerário potencialmente menos interessante seja conjugado a um mais vantajoso para que haja um equilíbrio entre os prestadores de serviço, evitando-se a deserção de linhas menos atrativas e a consequente contratação emergencial.

Para o caso concreto e discutido nestes autos, em consonância com posicionamento no Pregão anterior (093/2021) e neste Pregão 154/2022 (TC 7.649/2022), o parcelamento do objeto, como ocorrido, foi considerado regular.

Portanto, trata-se de um tema que não comporta discussões isoladas, mas sim, enfrentamento em casos concretos.

De toda sorte, sem os estudos e metodologias adequadas, mas em reflexão, uma vez que afirma o jurisdicionado que o Município de Serra possui 143 unidades de ensino para mais de 65 mil alunos, a divisão em lotes é bem provável que necessárias, contudo, o quantitativo destes (lotes) é que carecem de avaliações.

Uma vez mais deve-se socorrer a estudos técnicos preliminares e termos de referência para inserção nas avaliações de casos concretos. Alegar que é mais econômico, que é mais fácil controlar (com as devidas *vênias* facilidade nem de longe é sinônimo de interesse público), e outras justificativas sem demonstrar (comprovar) efetivamente que é o mais adequado e não frustra o caráter competitivo do certame é regra que se impõe.

Assim é que, com a nova Lei de Licitações, a exigência explícita de estudos técnicos preliminares avaliando todas as possibilidades, poderá trazer mais solidez para as discussões e deliberações, inclusive, amenizar a “preocupação” posta nas notas taquigráficas sobre o tema.

Em síntese, os casos concretos e passados, Pregões Eletrônicos 093/2021 e o tratado nestes autos, PE 154/2022, foram julgados regulares, entretanto, não significa que os lotes como divididos (únicos dois) e a modalidade contratada (por diária e não quilômetro rodado) em outra ocasião não possam a vir ser questionado e considerados irregulares. No futuro, com a nova Lei de Licitações, por encontrar-se explícito, a exigência de estudos técnicos preliminares é fato concreto e onde o jurisdicionado deverá demonstrar cabalmente que as opções adotadas (diárias e dois lotes, ou qualquer outra escolhida), é a que melhor atende ao interesse público e os Princípios da licitação.

2.4 – Considerações importantes:

A preocupação no Colegiado quanto à aplicabilidade da nova Lei de Licitações é pertinente, adequada e oportuna. Entretanto, (a bem da verdade não se verifica que tenha sido essa a intenção), registra-se que não se aplica a este caso concreto que é regrado pela Lei 8.666/93, Lei esta que ultrapassados quase 30 anos de vigência ainda há regras e temas que não se consolidaram.

Como exemplo, tem-se a questão de estudos técnicos preliminares, em tese, essenciais para avaliação de muitas das questões arguidas, embora não especificamente na Representação.

A Lei 8.666/93 apresenta no conceito de Projeto Básico (art. 6º, IX) a necessidade de que este seja embasado em estudo técnico preliminar - ETP, e em verdade, durante muito tempo nas auditorias deste Tribunal não se exigia este documento formal (ETP).

No artigo 38 a 40 da Lei 8666/93 encontra-se informações acerca da formatação dos processos licitatórios (fase interna – preparatória) e do conteúdo necessário nos Editais de Licitação. Não consta especificamente um documento “estudos técnicos preliminares”.

A Lei do Pregão, Lei 10520/02, não menciona o documento em discussão, porém no Decreto Regulamentador Federal, Decreto 10.024/19, em ser art. 8º, passou constar:

Art. 8º - O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo:

I - estudo técnico preliminar, quando necessário;

Ou seja, o documento que não era mencionado em decretos anteriores, em 2019, passa constar da regulamentação, ainda assim com uma condicionante: “quando necessário”.

Em 2020, esta Corte de Contas foi provocada a levantar a discussão sobre o documento em questão. Tratou-se de uma consulta, cujo parecer aprovado possui caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, conseqüentemente,

norteando os jurisdicionados deste tribunal. Trata-se do Parecer Consulta TC 019/2020 publicado em 23/11/2020, e a questão a ser respondida foi quanto a obrigatoriedade de Estudos Técnicos Preliminares para todas as contratações.

Na oportunidade, antes da instrução, observação de muita importância foi que o Núcleo de Jurisprudência e Súmula, informou a inexistência de deliberações que respondam aos questionamentos formulados na Consulta.

Em busca da verdade material, disposta na LC 621/12 em seu art. 52, é de notório conhecimento que a esmagadora maioria dos processos que resultam em contratos públicos não constavam com estudo técnico preliminar, ao menos formal e juntado aos respectivos autos.

Como exemplos, o TC 3.499/2020, bem como, internamente, em processos administrativos do TCEES de nº TC 3.375/2019 e TC 2.166/2020, buscando contratação de serviços (mesmo que não relativo a transporte escolar), mas por serem processos formatados e instruídos antes de novembro de 2020 quando esta Corte se posicionou derradeiramente nos termos do já citado Parecer em Consulta.

Disto se extrai que até novembro de 2020, com a publicação do Parecer Consulta 019/2020 não havia uma deliberação impositiva sobre o documento. Também é fato que não se pode afirmar que todos jurisdicionados tenham ciência da deliberação, ainda que tenha ocorrido sua publicação. Aqui, fato emblemático que a Lei 8.666/93 se reporta a ETP “*en passant*”, sem regras e informações necessárias, o que, com as devidas *vênias* atenua, seja até o caso de não existir. De toda forma de 1993 a 2020 houve uma regra sem as devidas discussões e deliberações.

Nos termos da nova Lei de Licitações 14.133/2021, o Estudo Técnico Preliminar se torna obrigatório sendo conceituado e tratado de maneira que não haverá dúvidas de sua exigência. A título de registro, não se está a afirmar que não ocorreu estudos técnicos preliminares para a contratação em discussão, isto porque a Administração não foi conclamada a se manifestar acerca desta. Como a matéria seria discutível, ainda que possa não existir, sugere-se, neste momento, relevar o debate (a Lei 8.666/93, perderá vigência em 1 de abril de 2023)

De outro giro, a Lei de Licitações, ainda que sem dados estatísticos, encontra-se presente na maioria esmagadora dos processos administrativos tanto nos jurisdicionados quanto que em trâmite nos Tribunais de Contas.

É uma questão que deve ser discutida em colegiado, no entanto, com a responsabilidade de julgar irregularidades de procedimentos licitatórios, é entendimento nesta peça, que seria adequado normatizar e orientar interpretação do Tribunal, por intermédio de Decisão Normativa, formando-se, se e quando for o caso, prejudgado, para garantir a correta aplicação da Lei (no caso, 14.133/2021).

Chama-se atenção para dois fatores essenciais e que carecem de regramentos (normatização), se ainda não providenciado, em relação ao tema aqui discutido (embora sem reflexo nestes autos), uma em relação a cautelares que esteve envolvida nesta Representação, e outra, em relação as Notas Taquigráficas e preocupação com a Lei 14.133/2021, que, embora não de forma exclusiva, está em vigor há praticamente dois anos:

Art. 171

§ 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º

deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

§ 2º Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação:

I - informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão;

II - prestar todas as informações cabíveis;

III - proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.

§ 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.

§ 4º O descumprimento do disposto no § 2º deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade e a obrigação de reparação do prejuízo causado ao erário.

(...)

Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.

Dessa forma, ante os elementos constantes nos autos, nas considerações acima delineadas, bem como no posicionamento técnico acima esposado, entendo por adotar como razões de decidir o entendimento da área técnica, nos termos da Instrução Técnica Conclusiva 04507/2022-5, complementada pela Manifestação Técnica 00761/2023-6, acompanhada pelo *Parquet* de Contas, conforme Pareceres 00075/2023-9 e 01789/2023-1, de forma a considerar improcedente a representação e recomendar ao Município de Serra que não permita adesão da Ata de Registro de Preços discutida nos presentes autos.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Diante do exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aprovelem a seguinte minuta de Acórdão que submeto à consideração.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão colegiada, ante as razões expostas pelo relator, em:

- 1. CONSIDERAR IMPROCEDENTE** a presente representação, na forma do artigo 178³, inciso I da Resolução TC 261/2013 – RITCEES;
- 2. RECOMENDAR AO MUNICÍPIO DE SERRA** que não permita adesões, por parte de outros Municípios, à Ata de Registro de Preços nº 230/2022, decorrente do Pregão Eletrônico nº 154/2022, conforme fundamentação acima.
- 3. DAR CIÊNCIA** aos interessados, bem como ao representante, conforme mandamento do art. 307⁴, § 7º da Resolução TC 261/2013 - RITCEES;
- 4. ARQUIVAR** os presentes autos, na forma regimental

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

VOTO VISTA

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I - RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada por particular em face do Edital de Licitação nº. 154/2022, de responsabilidade do Município de Serra/ES, cujo objeto visa a “escolha da proposta mais vantajosa de Registro de Preços, visando a Contratação de empresa para prestação de serviços de transporte escolar para atendimento aos alunos da Rede Municipal de Ensino da Serra/ES”.

³ **Art. 178.** Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida à Câmara ou ao Plenário, que decidirá:

I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

(...)

⁴ **Art. 307.** Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

(...)

§ 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.

Após a instrução processual o Relator, Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, proferiu voto julgando, no mérito, improcedente a Representação formulada sem prejuízo da expedição de recomendação para que o Município de Serra/ES não autorize a adesão de terceiros à ata de registro de preços proveniente do Edital de Licitação nº. 154/2022.

Durante a 21ª. Sessão Ordinária do Plenário solicitei vista dos autos para melhor analisar os argumentos fáticos e jurídicos que embasaram a prolação do voto do Relator, Conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo.

De pronto, faço remissão aos demais termos do relatório de voto produzido pelo Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha para os presentes autos, eis que retratam com fidelidade todas as etapas percorridas pelo processo até o presente momento.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme acima exposto, trata-se de Representação formulada por particular em face do Edital de Licitação nº. 154/2022, de responsabilidade do Município de Serra/ES, cujo objeto visa a “escolha da proposta mais vantajosa de Registro de Preços, visando a Contratação de empresa para prestação de serviços de transporte escolar para atendimento aos alunos da Rede Municipal de Ensino da Serra/ES”.

O voto proferido pelo eminente Relator, Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, em consonância aos termos da **Instrução Técnica Conclusiva 04507/2022-5**, complementada pela **Manifestação Técnica 00761/2023-6**, acompanhada pelo Parquet de Contas, conforme **Pareceres 00075/2023-9** e **01789/2023-1**, julga improcedente a Representação formulada fazendo constar, porém, recomendação dirigida ao Município de Serra/ES para que não permite a adesão de terceiros à ata de registro de preços oriunda do procedimento licitatório.

Analisando a questão, e o voto proferido, divirjo do entendimento apresentado pelo Relator unicamente quanto à recomendação, tendo em vista os fundamentos de fato e de direito que passo a expor.

Reitero, antes de prosseguir, estar filiado às conclusões que conduziram à improcedência da Representação, especialmente em relação aos pontos referentes à utilização de sistema de registro de preços, vedação à participação de cooperativas no certame e quanto à divisão dos lotes levadas a efeito no Edital de Licitação nº. 154/2022.

No tocante à recomendação, entretanto, verifico que o fundamento utilizado para sua presença no voto reside no seguinte argumento apostado na Manifestação Técnica nº. 761/2023, senão vejamos:

“(…)

Possibilitar adesão a ARP para situações específicas, como é o transporte escolar, é potencializar o risco de admitir contratação de serviços por valores registrados cujos custos sejam totalmente dispare. Este fato é visível, inclusive, neste certame, haja vista registro de valores distintos entre um lote e outro, ainda que no mesmo município e cotado em diárias.

Ainda assim, evitando conflito, e como se refere a diárias de veículos e a Ata de Registro de Preços prevê possibilidade de Adesão, entende-se salutar que a vedação posta na Decisão do Colegiado permaneça, inclusive, seja incluída em eventual Acórdão.

Neste sentido a determinação posta, s.m.j, extra fato representado (extra petita), por arrasto em questão incidental, quiçá possa ser considerado como complementação na ITC, como ponto de alerta (recomendação).

Embora, considerando a metodologia atualmente empregada, uma vez que o Registro de Preços de transporte escolar é admitido, subentende-se, que somente para contratações pelas “participantes” da Ata.

E o motivo para entender possível o registro de preços em questão é que, por exemplo, no fim de um ano letivo as escolas promovem a pré-matrícula de alunos e naquele momento, em uma escola, hipoteticamente (lembrando que Serra possui, no total, mais de 65 mil alunos segundo informou), e no primeiro momento comparecem 100 alunos (portanto, 2 veículos) e neste mesmo fim de ano promove-se certame, a princípio prevendo dois veículos. Inicia ano seguinte e vem a matrícula propriamente dita e comparecem 150 alunos (portanto, passa-se a necessitar de 3 veículos), daí iniciam-se as aulas e começam algumas transferências e matrículas atrasadas e alcança-se um número de alunos em 200 (necessário, então, 4 veículos). Ou seja, havendo preços registrados, à medida que se faz necessário mais veículos de transporte, contrata-se com base na ARP. Nesta situação, nem mesmo dentro do próprio município, no caso concreto, admite-se contratar ao preço (do lote) na região litorânea o transporte de alunos da região noroeste, pois, não possuem mesmas características. Muito menos, seria viável as “caronas” na Ata.

Isto é, alguns serviços, entre eles o de transporte escolar, possuem uma especificidade (percurso certo) e singularidade tal, que, embora possam ter preços registrados, não suportam compartilhamento com entidades não participantes da ARP, limitando-se ao objetivo específico da licitação, no caso, as rotas delimitadas.

(...)"

Muito embora tenha ciência que em momento anterior consignei a necessidade de se recomendar a vedação de adesão de terceiros à ata de registro de preços registro, neste ponto da instrução processual, minha discordância.

Inicialmente porque a pretérita alusão à proibição de adesão tinha por fundamento a necessidade de se aguardar, por parte da área técnica, o deslinde da análise das supostas irregularidades apresentadas na Representação. Ou seja, naquela fase processual, compreendi ser recomendável que futuramente esta vedação fosse apresentada ao Município da Serra/ES.

Ocorre, no entanto, que após o encerramento da instrução processual as supostas irregularidades suscitadas no Edital de Licitação nº. 154/2022 não se sustentaram, carecendo de afastamento e, conseqüentemente, proposta de encaminhamento de julgamento pela improcedência. Logo, não havendo qualquer razão de ordem jurídica a macular o procedimento licitatório, especialmente, seu edital, não verifico como possível tal recomendação.

Associado a isto, tem-se que a possibilidade de adesão a atas de registro de preços encontra-se prevista em regramento legal, notadamente no art. 22, do Decreto nº. 4904/2014, responsável por regulamentar o Sistema de Registro de Preços, previsto no art. 15, da Lei Federal nº. 8.666/93, senão vejamos:

Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, 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 anuência do órgão gerenciador.

A interpretação do referido dispositivo permite entrever que a análise da vantajosidade econômica para adesão à ata de registro de preços não é de responsabilidade do Município da Serra/ES, mas sim do órgão ou entidade da administração pública que não tenha participado do certame. Tenho que a previsão

da recomendação tal qual aposta, transfere para o Município da Serra/ES a responsabilidade prevista em lei como de terceiros.

Por fim, e com base no mesmo dispositivo legal, infere-se que a oposição da recomendação presente no voto do relator acarreta violação à liberdade de contratar dos órgãos ou entidades públicas que não participaram do procedimento licitatório.

Decerto, caso o aderente pretenda valer-se dos termos da ata de registro de preços deve buscar as informações acerca das características e peculiaridades da contratação originária e verificar a adequação e compatibilidade com as suas necessidades próprias.

Assim sendo, apesar de comungar com o entendimento apresentado pelo Relator, Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, quanto a improcedência da Representação apresentada a esta Corte de Contas dirirjo a respeito da manutenção da recomendação presente no corpo do voto.

Diante disso, acompanhando o entendimento da Área Técnica⁵ e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aproveem a seguinte minuta de Acórdão que submeto à consideração.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão colegiada, ante as razões expostas pelo relator, em:

1. **CONSIDERAR IMPROCEDENTE** a presente representação, na forma do artigo 178, inciso I da Resolução TC 261/2013 – RITCEES;
2. **DAR CIÊNCIA** aos interessados, bem como ao representante, conforme mandamento do art. 307, § 7º da Resolução TC 261/2013 - RITCEES;
3. **ARQUIVAR** os presentes autos, na forma regimental.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro

⁵ Acompanhando no mérito, parcialmente divergente quanto a expedição de recomendação.

VOTO COMPLEMENTAR DO RELATOR

O EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada por **LUZA TRANSPORTES E TURISMO LTDA.**, perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face da Prefeitura Municipal de Serra, em que alega irregularidades no **Edital de Pregão Eletrônico nº 154/2022**, cujo objeto consiste na “*escolha da proposta mais vantajosa de Registro de Preços, visando a Contratação de empresa para prestação de serviços de transporte escolar para atendimento aos alunos da Rede Municipal de Ensino da Serra/ES*”.

Alega a representante, em síntese, vício manifesto na especificação do objeto, com exigência ilegal e desprovida de motivação para aglutinação do objeto em apenas dois lotes, quando a regra legal seria o parcelamento do objeto, nos termos do art. 23, § 1º, da Lei nº 8666/93.

Afirma sobrepreço no objeto do certame, haja vista falhas nos procedimentos de coleta de preços de mercado, que desprezou contratos vigentes em execução, inclusive no próprio município, o que fará com que o preço praticado no futuro contrato, com idêntico objeto ao atual, seja majorado em 70% (setenta por cento).

Por fim, requer:

IV – DOS PEDIDOS:

Diante do exposto, requer-se:

a) a admissibilidade da exordial como REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO promovida pela Prefeitura Municipal de Serra, tendo por responsáveis os seguintes agentes públicos:

a.1) o Prefeito Municipal, Sr. SÉRGIO VIDIGAL;

a.2) a Secretária Municipal de Administração e Recursos Humanos, Sra. Dayse Maria Oslegher Lemos;

a.3) a Pregoeira Oficial, Sra. Karla Vianna Gomes, e integrantes da equipe de apoio, Sr. Gustavo Martins Tavares e Viviane Valentina Vervloet, que conduziram o certame.

a.4) a Secretária Municipal de Educação, Sra. Fabiana Negrelli Passos Moreira.

b) a concessão de medida cautelar inaudita altera pars, em caráter de urgência, de forma monocrática pelo eminente Relator, haja vista a presença dos pressupostos autorizadores, no sentido de determinar à municipalidade que promova a suspensão imediata do certame veiculado pelo PREGÃO ELETRÔNICO N° 154/2022, da Secretaria Municipal de Administração e Recursos Humanos – SEAD, na fase em que se encontrar, até ulterior decisão desse Egrégio Tribunal de Contas, com posterior referendo da decisão pelo colegiado; e determinar à municipalidade que não promova eventual contratação dela decorrente por parte da Secretaria Municipal de Educação;

c) a notificação da Prefeitura Municipal de Serra e dos agentes públicos indicados como potenciais responsáveis dos atos inquinados como ilegais, conforme indicados nas alíneas a.1, a.2 e a.3, para a prestação de informações e, após a concessão da medida, para o cumprimento da cautelar pleiteada e a publicação de extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão para ampla e inequívoco conhecimento dos licitantes e da sociedade;

d) após instrução pela unidade técnica, a citação dos responsáveis, para que seja assegurado o contraditório e ampla defesa;

e) no mérito, seja a presente representação considerada procedente, com comando dirigido à Prefeitura Municipal de Serra para que:

e.1) sejam excluídas as cláusulas ilegais e restritivas à ampla competitividade do certame, determinando-se ainda o exato cumprimento da lei, no sentido de determinar à municipalidade que proceda ao devido e necessário parcelamento do objeto, nos termos do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93;

e.2) seja indicado forma clara, precisa e suficiente, nos autos, o objeto a ser contratado, nos termos da legislação de regência;

e.3) sejam adotadas fontes idôneas para fins de composição de custos do objeto, em especial contratos vigentes com o mesmo objeto.

f) por fim, com a procedência da representação, sejam aplicadas multa pecuniária aos agentes públicos responsáveis pela inserção e/ou aprovação de cláusulas restritivas à competitividade no edital do certame, nos termos da Lei Orgânica do TCEES.

Por meio da Decisão Monocrática 01112/2022-1 (evento 11), determinei a notificação das autoridades competentes para que no prazo de 05 (cinco) dias, apresentassem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Pregão Eletrônico nº 154/2022 e justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários para melhor apreciação do feito.

Após as devidas notificações, foram apresentadas justificativas prévias, cópia do processo administrativo/documentação de apoio (eventos 18 a 35).

Por meio da **Decisão Monocrática 1140/2022-1** (evento 38), decidi por:

[...]

2. DO DISPOSITIVO:

Diante de todo o exposto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, e ausente o *periculum in mora* reverso, conforme fundamentação acima, **DECIDO:**

2.1 EXPEDIR MEDIDA CAUTELAR, no sentido de determinar à Secretária Municipal de Educação da Serra, Sra. Fabiana Negreli, que se abstenha de executar a Ata de Registro de Preços n. 230/2022, decorrente do Pregão Eletrônico n. 154/2022, ou de qualquer outro instrumento, como contratos e/ou outras atas eventualmente assinados que sejam decorrentes do Pregão Eletrônico n. 154/2022, até ulterior decisão desta Corte de Contas.

2.2 NOTIFICAR a autoridade acima para que cumpra de imediato essa decisão, publicando extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicando, no prazo de 10 dias, as providências adotadas ao Tribunal, bem como para que se pronuncie, nos termos do artigo 307, §3º, no prazo de 10 dias, apresentando justificativas que entender pertinente.

2.3 DAR CIÊNCIA à representante, na forma regimental.

Na sequência, a referida Decisão Monocrática foi ratificada pelo Colegiado do Plenário, por meio da Decisão 04004/2022-8 (evento 44).

Após a apresentação da Resposta de Comunicação 01738/2022-1 e Peça Complementar 60.651/2022-7 (eventos 42-43), os autos foram encaminhados à Área Técnica, que procedeu à Manifestação Técnica 04879/2022-8 (evento 50), por meio da qual propõe que se proceda à análise de admissibilidade da representação, e à avaliação da eventual necessidade de apensamento dos autos a outro sobre mesma temática.

Assim, por meio da Decisão Monocrática 01253/2022-1 (evento 52), conheci da representação e encaminhei os autos à Área Técnica para a análise preconizada no artigo 307, § 2º do RITCEES, que, então, procedeu à Instrução Técnica Conclusiva 04507/2022-5 (evento 54), que trouxe a seguinte proposta de encaminhamento:

[...]

5.1 – Rever a Cautelar expedida, denegando-a por considerar inexistente o *fumus bonis iuris*.

5.2 – Considerar improcedente a presente Representação, conforme análise posta no subitem específico;

5.3 – Uma vez julgado, acompanhar os autos TC 7649/2022 que cuida de matéria assemelhada (parcialmente idêntica), no intuito de evitar julgamentos distintos.

5.4 – Dar ciência ao Representante;

5.5 – Arquivar estes autos, após trânsito em julgado.

O *Parquet* de Contas, no Parecer 00075/2023-9 (evento 58), pugnou pelo conhecimento da representação e, no mérito, pela improcedência, bem como pela reunião dos processos que tratam do mesmo Edital ora analisado, e pela cassação da liminar concedida através da Decisão 04004/2022-8.

Ato contínuo, houve a Decisão 00551/2023-7 (evento 64) do Colegiado do Plenário, no sentido de revogar a medida cautelar determinada na Decisão Monocrática 1140/2022 e ratificada pelo Plenário na Decisão 4004/2022-8, que determinou a abstenção quanto à execução da Ata de Registro de Preços nº 230/2022, decorrente do Pregão Eletrônico nº 154/2022, restringindo o emprego da referida Ata ao Município de Serra, no período da sua vigência, ou então até que esta Corte de Contas se manifeste de modo definitivo sobre a correção/adequação do sistema de registro de preços para fins de contratação dos serviços de transporte escolar; bem como encaminhar os autos à área técnica para análise do conteúdo das notas taquigráficas 004/2023-9 e, caso entenda necessário, complementar a Instrução Técnica Conclusiva 4507/2022-5.

Dessa forma, foi produzida a Manifestação Técnica 00761/2023-6 (evento 71), opinando por considerar improcedente a representação e expedir recomendação ao Município de Serra para que não prorrogue a Ata de Registro de Preços analisada.

O Ministério Público de Contas, por meio do Parecer 01789/2023-1 (evento 75), exarado pelo Procurador Dr. Luciano Vieira, anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na Manifestação Técnica mencionada acima.

Na 21ª Sessão Ordinária do Plenário deste Tribunal de Contas, realizada em 11/05/2023, apresentei meu voto com o seguinte dispositivo:

4. **CONSIDERAR IMPROCEDENTE** a presente representação, na forma do artigo 178⁶, inciso I da Resolução TC 261/2013 – RITCEES;
5. **RECOMENDAR AO MUNICÍPIO DE SERRA** que não permita adesões, por parte de outro Municípios, à Ata de Registro de Preços nº 230/2022, decorrente do Pregão Eletrônico nº 154/2022, conforme fundamentação acima.
6. **DAR CIÊNCIA** aos interessados, bem como ao representante, conforme mandamento do art. 307⁷, § 7º da Resolução TC 261/2013 - RITCEES;
7. **ARQUIVAR** os presentes autos, na forma regimental.

Discordando parcialmente da decisão acima, o Excelentíssimo Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges apresentou Voto Vista no seguinte sentido:

1. **CONSIDERAR IMPROCEDENTE** a presente representação, na forma do artigo 178, inciso I da Resolução TC 261/2013 – RITCEES;
2. **DAR CIÊNCIA** aos interessados, bem como ao representante, conforme mandamento do art. 307, § 7º da Resolução TC 261/2013 - RITCEES;
3. **ARQUIVAR** os presentes autos, na forma regimental.

No intuito de esclarecer os pontos de divergência do meu posicionamento frente ao Voto Vista acima, passo a apresentar o presente:

V O T O C O M P L E M E N T A R

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

De início cabe ressaltar que não há divergência entre meu voto e o voto vista em relação à improcedência da representação, de modo que ratifico a fundamentação já explanada anteriormente.

⁶ **Art. 178.** Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida à Câmara ou ao Plenário, que decidirá:
I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

(...)

⁷ **Art. 307.** Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

(...)

§ 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.

O voto vista do Eminentíssimo Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges trouxe fundamentação propondo o afastamento da recomendação presente em meu voto inicial. No que pese a respeitável argumentação realizada pelo Ilustre Conselheiro, apresento divergência ao posicionamento por ele adotado, conforme será explicitado a seguir.

Para afastar a recomendação dirigida ao Município de Serra de não permitir eventuais adesões, que venham a ser solicitadas por outro ente ou Município à Ata de Registro de Preços nº 230/2022, o Conselheiro Sérgio Borges realiza, em síntese, as seguintes ponderações:

- a) O fato de o dispositivo ser pela improcedência da representação, por ter sido afastada as supostas irregularidades suscitadas;
- b) Haveria uma transferência ao Município de Serra/ES da responsabilidade prevista em lei como de terceiros (os possíveis municípios carona), responsabilidade essa de justificar a vantajosidade;
- c) Violação à liberdade de contratar dos órgãos ou entidades públicas que não participaram do procedimento licitatório.

Pois bem. Passo a apresentar minhas argumentações, o que inicio a partir da última fundamentação, dentre as que foram mencionadas em seu voto vista.

Como ponto de partida, vale frisar que os órgãos ou entidades públicas que não participam de procedimento licitatório na modalidade do Registro de Preços, e que apenas poderiam se utilizar do instrumento de “Carona”, devem, como primeira opção realizar um procedimento próprio de contratação que seja mais aderente às suas especificidades e interesses e, somente se demonstrar de forma justificada a sua vantajosidade, poderá adotar a utilização de ata oriunda de procedimento licitatório liderado por outro ente.

Esse entendimento é reforçado ante a ideia de que o ato de adesão dependerá da vontade e autorização de outro ente político (no caso o Município de Serra/ES), o que demonstra ser inadequada a alegação de existir certa liberdade/direito de outros municípios de realizarem a adesão, pelo simples fato de ser discricionário ao órgão gerenciador da ata permitir ou não eventual pedido de adesão.

Além disso, não há que se falar em liberdade de contratar quando está presente ato potencialmente gravoso e lesivo ao erário; pois se pelo princípio da legalidade no âmbito privado o particular só pode realizar aquilo que não é proibido, no âmbito público só lhe é permitido realizar aquilo que está previsto em lei e de acordo com os princípios legais e constitucionais.

Perceba que não há irregularidade na realização do sistema de registro de preços no presente caso, porém, a possibilidade de sua adesão por outros órgãos mostra-se incompatível com o instituto. O que explico.

Especificamente, os orçamentos realizados pelo Município da Serra/ES foram amparados em condições singulares do Município (topografia, trânsito de veículos, etc.), **tanto que a Região Litorânea desse Município obteve um orçamento diverso da Região Noroeste**, e isso nos indica que tais condições poderiam inviabilizar o uso da Ata de Registro de Preços para servir a região localizada em outro Município e que não possua exatamente as mesmas características, o que acarretaria na impossibilidade de futuras adesões, **embora o procedimento de registro de preços objeto dos autos não possua nenhuma irregularidade, frisa-se.**

Quanto à argumentação do voto vista de que estaria sendo transferida a responsabilidade prevista em lei como de terceiros (os possíveis municípios caronas), também considero que esta não merece prosperar. Ora, a obrigação de terceiros seria a de demonstrar a vantajosidade econômica, o que, como descrito acima, **seria de difícil viabilidade prática.**

Ademais, cabe **ao órgão gerenciador da ata o poder administrativo discricionário de, em seu juízo de conveniência e oportunidade, permitir possíveis adesões**, e por essa razão a destacada recomendação estaria sendo a ele dirigida e não aos possíveis órgãos aderentes.

Frisa-se, portanto, tratar-se apenas de uma importante e justificada **recomendação**, uma vez que não está sendo imposta o Município nenhuma determinação.

De modo que, adentrando na primeira fundamentação do voto vista, entendo não existir nenhuma incompatibilidade entre considerar a improcedência de

representações e emitir recomendações, já que a conclusão de improcedência está amparada na ausência de irregularidade quanto à utilização do sistema de registro de preço na forma realizada pelo Município de Serra/ES, porém, sua eventual adesão por outros municípios, entendo, mostra-se um ato potencialmente gravoso e lesivo, diante da inviabilidade prática de analisar a vantajosidade econômica, considerando que o orçamento foi realizado com base nas características próprias das regiões definidas pelo município condutor da Ata de Registro de Preços.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Por todo o exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas e divergindo parcialmente do Voto Vista, **VOTO** no sentido de que o colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão colegiada, ante as razões expostas pelo relator, em:

1. **CONSIDERAR IMPROCEDENTE** a presente representação, na forma do artigo 178⁸, inciso I da Resolução TC 261/2013 – RITCEES;
2. **RECOMENDAR AO MUNICÍPIO DE SERRA** que não permita adesões, por parte de outro Municípios, à Ata de Registro de Preços nº 230/2022, decorrente do Pregão Eletrônico nº 154/2022, conforme fundamentação acima.
3. **DAR CIÊNCIA** aos interessados, bem como ao representante, conforme mandamento do art. 307⁹, § 7º da Resolução TC 261/2013 - RITCEES;
4. **ARQUIVAR** os presentes autos, na forma regimental

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

⁸ **Art. 178.** Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida à Câmara ou ao Plenário, que decidirá:
I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

(...)

⁹ **Art. 307.** Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

(...)

§ 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.

1. ACÓRDÃO TC-00540/2023-9

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas em:

1.1. CONSIDERAR IMPROCEDENTE a presente representação, na forma do artigo 178¹⁰, inciso I da Resolução TC 261/2013 – RITCEES;

1.2. RECOMENDAR AO MUNICÍPIO DE SERRA que não permita adesões, por parte de outros Municípios, à Ata de Registro de Preços nº 230/2022, decorrente do Pregão Eletrônico nº 154/2022, conforme fundamentação acima;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados, bem como ao representante, conforme mandamento do art. 307¹¹, § 7º da Resolução TC 261/2013 - RITCEES;

1.4. ARQUIVAR os presentes autos, na forma regimental.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator, conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha. Parcialmente vencido o conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, quanto a recomendação.

3. Data da Sessão: 15/06/2023 - 27ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

¹⁰ **Art. 178.** Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida à Câmara ou ao Plenário, que decidirá:

I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

(...)

¹¹ **Art. 307.** Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

(...)

§ 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões