



ARTIGO

Lei Federal faculta utilização de Registro de Preços do FNDE

* *Marcus Augusto Gomes Cerávolo*

Foi publicada, na edição de 06/06/2013 do Diário Oficial da União, a Lei nº 12.816 de 05/06/2013¹, fruto de conversão da Medida Provisória nº 593, de 05/12/2012², que visou alterar a Lei nº 12.513, de 26/10/2011, ampliando o rol de beneficiários e ofertantes da Bolsa-Formação Estudante na órbita do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec).

Todavia, por ocasião da conversão de referida medida provisória em lei, foram incluídos cinco novos artigos, não previstos originalmente no texto da MP nº 593/12³.

Se, por um lado, os artigos 2º⁴, 3º⁵ e 4º⁶ cuidaram de promover modificações legais intimamente relacionadas com o 'Pronatec', os demais abordaram aspectos que, em uma primeira análise, refogem ao campo de abrangência de mencionado programa nacional.

Isto porque o artigo 5º dispõe sobre o apoio da União às redes públicas de educação básica na aquisição de veículos para o transporte de estudantes, ao passo que o artigo 6º permite que os entes federados usem o registro de preços do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) para a aquisição de bens e para a contratação de serviços em ações e projetos educacionais, nos seguintes termos:

¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12816.htm>. Acesso em 26 jul. 2013.

² Publicada no Diário Oficial da União de 06/12/2012 e cuja vigência foi prorrogada pelo período de sessenta dias mediante o Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 8, de 08/03/2013, publicado no Diário Oficial da União de 11/03/2013.

³ Consoante se infere da leitura da exposição de motivos da MP nº 593/12.

⁴ O artigo 2º visou promover alterações na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, mas foi objeto de veto.

⁵ O artigo 3º alterou a Lei nº 9.250, de 26/12/1995, com o fito de estabelecer que as bolsas recebidas pelos servidores das redes públicas de educação profissional, científica e tecnológica, no âmbito do Pronatec, não caracterizam contraprestação de serviços nem vantagem para o doador, para efeito do imposto sobre a renda.

⁶ O artigo 4º visou promover alterações na Lei nº 6.687, de 17/09/1979, mas foi objeto de veto.



ARTIGO

Art. 5º A União, por intermédio do Ministério da Educação, apoiará os sistemas públicos de educação básica dos Estados, Distrito Federal e Municípios na aquisição de veículos para transporte de estudantes, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Desde que não haja prejuízo às finalidades do apoio concedido pela União, os veículos, além do uso na área rural, poderão ser utilizados para o transporte de estudantes da zona urbana e da educação superior, conforme regulamentação a ser expedida pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 6º Os registros de preços realizados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação poderão ser utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para aquisição de bens e contratação dos serviços necessários à execução das ações e projetos educacionais, inclusive quando empregados recursos próprios.

Ao bem da verdade, tais dispositivos versam sobre questão que há muito vinha sendo objeto de discussões e debates no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), qual seja, a possibilidade dos Municípios e do próprio Estado de São Paulo aderirem a Atas de Registro de Preços (ARP) firmadas pelo FNDE, em particular para aquisição de veículos escolares - Programa Caminho da Escola⁷ – e também de computadores portáteis novos para uso nas redes públicas de educação básica – ‘Programa Um Computador por Aluno’ (PROUCA)⁸⁻⁹.

⁷ Consoante informado no sítio eletrônico do FNDE, o ‘Programa Caminho da Escola’ “foi criado em 2007 com o objetivo de renovar a frota de veículos escolares, garantir segurança e qualidade ao transporte dos estudantes e contribuir para a redução da evasão escolar, ampliando, por meio do transporte diário, o acesso e a permanência na escola dos estudantes matriculados na educação básica da zona rural das redes estaduais e municipais”, visando “à padronização dos veículos de transporte escolar, à redução dos preços dos veículos e ao aumento da transparência nessas aquisições” e consistindo “na aquisição, por meio de pregão eletrônico para registro de preços realizado pelo FNDE, de veículos padronizados para o transporte escolar”, sendo que “Existem três formas para estados e municípios participarem do Caminho da Escola: com recursos próprios, bastando aderir ao pregão; via convênio firmado com o FNDE; ou por meio de financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), que disponibiliza linha de crédito especial para a aquisição de ônibus zero quilômetro e de embarcações novas”. Disponível em <<http://www.fnde.gov.br/programas/caminho-da-escola/caminho-da-escola-apresentacao>>. Acesso em 12 jul. 2013.

⁸ O ‘Programa Um Computador por Aluno’ (PROUCA) foi instituído pela Lei nº 12.249, de 14/06/2010 e regulamentado pelo Decreto nº 7.243, de 26/07/2010 e pela Resolução CD/FNDE nº 17, de 10/06/2010, tendo por objetivo promover a inclusão digital pedagógica e o desenvolvimento dos processos de ensino e aprendizagem de alunos e professores das escolas públicas brasileiras, mediante a utilização de computadores portáteis denominados laptops educacionais.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

A celeuma se dava em função de que, até a sanção da Lei nº 12.816/13, o entendimento predominante era de que tais adesões – que ocorriam em momento posterior à homologação do certame e à formalização da ARP – nada mais seriam do que o tão conhecido e combatido ‘carona’¹⁰ sem respaldo legal, apenas regulamentar e/ou normativo¹¹, demandando, assim, um exame mais aprofundado de mencionadas adesões.

É o que se evidencia no levantamento jurisprudencial empreendido por este autor no sítio do Tribunal de Contas paulista, na medida em que, nos 24 (vinte e quatro) processos em que o tema foi tratado¹² – todos eles, diga-se de passagem, decorrentes de apontamentos realizados

⁹ Em pesquisa efetuada junto ao sítio eletrônico do FNDE, constatou-se que a autarquia não está mais celebrando convênios, tampouco liberando recursos para o PROUCA, eis que referido programa foi descontinuado. Disponível em <<http://www.fnde.gov.br/component/finder/search?q=prouca&Itemid=711>>. Acesso em 20 jul. 2013.

¹⁰ Questão já abordada por este autor no artigo “Decreto do Estado de São Paulo mantém a Adesão Prévia e põe fim ao ‘Carona’”. Disponível em <<http://www4.tce.sp.gov.br/decreto-do-estado-de-sao-paulo-mantem-adesao-previa-e-poe-fim-ao-carona>>. Acesso em 20 jul. 2013.

¹¹ No caso do ‘Programa Caminho da Escola’, o Decreto Federal nº 6.768/2009 e diversas resoluções do FNDE.

¹² Segue quadro informativo contendo o resultado do levantamento:

EVENTO	PROCESSO	CONSELHEIRO RELATOR	MUNICÍPIO/ANO
Determinação de abertura de autos próprios (13)	TC-002022/026/08	Cláudio Ferraz de Alvarenga	Orindiúva - 2008
	TC-000152/026/09	Renato Martins Costa	Riolândia - 2009
	TC-000536/026/09	Eduardo Bittencourt Carvalho	São Bento do Sapucaí - 2009
	TC-0002417/026/10	Josué Romero ^A	Balbinos - 2010
	TC-0002454/026/10	Antonio Carlos dos Santos ^A	Floreal - 2010
	TC-0002460/026/10	Antonio Carlos dos Santos ^A	Getulina - 2010



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

	TC- 002462/026/10	Antonio Roque Citadini	Guaiçara - 2010
	TC- 002695/026/10	Antonio Carlos dos Santos ^A	Narandiba - 2010
	TC- 002945/026/10	Dimas Eduardo Ramalho	São Simão - 2010
	TC- 002979/026/10	Alexandre Manir Figueiredo Sarquis ^A	Pedrinhas Paulista - 2010
	TC- 001047/026/11	Dimas Eduardo Ramalho	Torrinha - 2011
	TC- 001064/026/11	Cristiana de Castro Moraes	Álvares Machado - 2011
	TC- 001251/026/11	Sidney Estanislau Beraldo	Aguai - 2011
Recomendação (08)	TC- 001858/026/08	Robson Marinho	Piratininga - 2008
	TC- 002065/026/08	Edgard Camargo Rodrigues	Santa Rosa de Viterbo - 2008
	TC- 000187/026/09	Cláudio Ferraz de Alvarenga	Valparaíso - 2009
	TC- 000470/026/09	Robson Marinho	Mirassol - 2009
	TC- 000487/026/09	Edgard Camargo Rodrigues	Orindiúva - 2009
	TC- 002453/026/10	Edgard Camargo Rodrigues	Fernandópolis - 2010



ARTIGO

na análise de contas anuais de Prefeituras nos exercícios de 2008 a 2011¹³ – 13 (treze) contiveram determinação dos Relatores para que os contratos originados de adesões a atas do FNDE fossem autuados e instruídos individualmente, sendo que no TC-524/001/12¹⁴ – único caso julgado até o momento da realização da pesquisa – a sentença caminhou no sentido da irregularidade do ajuste, nos seguintes termos:

Acolho a manifestação do Órgão Técnico da Casa, visto que as irregularidades constatadas na instrução processual não foram afastadas pela defesa.

A adesão à Ata de Registro de Preços de outros órgãos ou entes, instituto conhecido como “carona”, embora previsto em Decreto, consiste em burla ao processo licitatório, com infração de dispositivo constitucional, qual seja, o artigo 37, XXI.

Por todo o exposto, à vista dos elementos que instruem os autos e dos posicionamentos desfavoráveis dos Órgãos Técnicos da Casa, e nos termos do que dispõe a Resolução nº 03/2012 deste Tribunal, JULGO IRREGULARES a Adesão à Ata de Registro de Preços e o subsequente Contrato de fls. 25/32, aplicando-

	TC-002504/026/10	Edgard Camargo Rodrigues	Mendonça - 2010
	TC-002516/026/10	Edgard Camargo Rodrigues	Nhandeara - 2010
Relevamento (02)	TC-002592/026/10	Robson Marinho	Álvares Machado - 2010
	TC-003028/026/10	Edgard Camargo Rodrigues	Trabiju - 2010
Alerta (01)	TC-001220/026/11	Renato Martins Costa	Santo Anastácio - 2011

A Auditor do TCE-SP, atuando na condição de Substituto de Conselheiro.

¹³ Isto porque, via de regra, as despesas envolvidas com as aquisições de veículos no âmbito do ‘Programa Caminho da Escola’ não atingem o valor automático de remessa de contratos ao TCE-SP previsto nas Instruções vigentes, sendo tais ajustes examinados tão somente por ocasião da fiscalização ordinária anual *in loco* nos órgãos sob a jurisdição do Tribunal.

¹⁴ Sentença proferida pelo Auditor Josué Romero e publicada no DOE em 27/10/2012. Disponível em http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/197505.pdf. Acesso em 20 jul. 2013.



ARTIGO

se, por via de consequência, o disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar Estadual nº 709/93.

Outrossim, nos termos do artigo 104, inciso II da Lei Complementar nº 709/93, aplico ao Responsável, multa no valor de 200(duzentas) UFESP's.

Merece destaque, ainda, a decisão proferida nos autos do TC-20721/026/11¹⁵⁻¹⁶, no qual foi considerado irregular contrato decorrente de adesão a ata do FNDE no âmbito do 'Programa Um Computador por Aluno' (PROUCA)¹⁷:

Da mesma forma, não prospera o argumento de que eventual decisão desfavorável desta Corte resultaria em esvaziamento do programa federal no Estado de São Paulo. Tal questão não exige grande reflexão. É que o artigo 7º, § 4º, da Lei n. 12.249/10, preceito repetido no artigo 1º, § 2º do Decreto n. 7.243/10, simplesmente estabelece que a aquisição de equipamentos de informática para o PROUCA "será realizada por meio de licitação pública, observados termos e legislação vigentes".

Assim, bastaria o Município realizar certame licitatório com obediência às normas da Lei n. 8.666/93 e, caso adotado o pregão, também da Lei n. 10.520/02, atendendo diretriz da própria legislação que criou o programa governamental, que certamente receberia o beneplácito desta Corte.

[...]

A aparente vantagem econômica advinda do confronto entre o certame revogado e o preço obtido na contratação também não pode ser motivo exclusivo para aprovação da matéria.

Primeiro porque a especificação do produto registrado não é a mesma nos dois torneios mencionados. O parecer do Consultor Técnico da Secretaria de Educação (fls. 171/172) indica que o modelo licitado pela Municipalidade já contemplava os *softwares* educacionais, enquanto no produto da ata esses *softwares* haveriam que ser adquiridos futura e separadamente em outro certame licitatório. Portanto, o comparativo feito "restringiu-se ao hardware e ao sistema operacional", sendo anotado, ainda, que "o produto constante da ata de registro de preços não é comercializado no varejo, por ter características próprias, o que inviabiliza a ocorrência de uma pesquisa com a amplitude sugerida pelo senhor procurador".

¹⁵ Sessão de 20/11/2012 da E. Segunda Câmara, sob a relatoria da Auditora Substituta de Conselheiro Silvia Monteiro. Acórdão publicado no DOE em 15/12/2012. Disponível em http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/201640.pdf. Acesso em 26 jul. 2013.

¹⁶ O exame de referido contrato não decorreu de apontamento em processo de contas municipais, porquanto o valor do ajuste superou o limite mínimo para remessa obrigatória do contrato ao TCE-SP.

¹⁷ A título de registro, contratação da mesma natureza é objeto de exame no TC-33946/026/11, que se encontra em tramitação nas dependências técnicas do TCE-SP.



ARTIGO

Segundo porque a Administração poderia se habilitar no PROUCA sem abrir mão de realizar ela própria a licitação, conforme sugeriu a ilustre Procuradoria Municipal, e, com isso, possibilitar à empresa vencedora do certame ser beneficiária da isenção prevista no RECOMPE, consoante artigo 8º da Lei n. 12.249/10, que, certamente, resultaria na possibilidade de preços mais competitivos sem ofensa aos princípios constitucionais e licitatórios alhures mencionados.

Terceiro porque compras governamentais não podem ser realizadas apenas sob a ótica econômico-financeira em detrimento de todo ordenamento jurídico vigente sob pena de subversão ao Estado Democrático de Direito apregoado na Constituição da República.

[...]

Por fim, há embargo da competência constitucional desta Corte, pelo fato de a entidade que realizou a licitação e firmou a ata que deu origem à contratação, não ser jurisdicionada a esta Corte, mas sim, ao Tribunal de Contas da União, acrescentando-se, ainda, não existir nos autos comprovação de que referida Corte tenha se pronunciado sobre aqueles procedimentos.

Portanto, são inúmeros os motivos que me levam a permanecer fiel ao posicionamento contrário ao instituto “carona”.

Mais recentemente, o tema foi suscitado por ocasião da abertura da 8ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno de 10/04/2013¹⁸, na qual os Eminentes Conselheiros, rebatendo declarações do titular do Ministério da Educação¹⁹, externaram, com muita propriedade o entendimento da Corte de Contas paulista.

Responsável pela Presidência do TCE-SP em 2013 e também pela condução dos trabalhos do E. Plenário, o decano Conselheiro Antonio Roque Citadini iniciou a sessão com a seguinte manifestação:

Por último, quero esclarecer aos Senhores Conselheiros, que, tendo em vista a manifestação do Ministro da Educação no Encontro com os Prefeitos que tivemos em Santos, a respeito da utilização, por um órgão, de editais de outro, prática conhecida como “caronas”, de pronto, solicitei que fosse colocado no nosso site, com grande destaque e de forma bem pormenorizada e didática, a posição consolidada deste Tribunal sobre a matéria [...] A questão equivocada do Senhor Ministro é que nos casos em que os recursos não são municipais, nem estadual, ou seja, o financiamento é do Ministério da Educação nós nem fiscalizamos, pois a competência para fiscalizar é do TCU. Então, nossa competência não diz

¹⁸ Disponível em <http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/2013_04_10_pleno_08so.pdf>. Acesso em 26 jul. 2013.

¹⁹ De que o Tribunal de Contas, ao vedar adesões a atas de registro de preços do FNDE, trazia um prejuízo importante às parcerias que aquele Ministério pretendia estabelecer com os municípios de São Paulo.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

respeito à fiscalização de projetos para os quais os recursos sejam de origem federal; agora, quando os recursos são municipais, ainda que parcialmente, cabe a este Tribunal fiscalizar, e nestes casos não se admite a utilização de licitações ou atas de registro de preços, feitas pelos Ministérios sem que eles dêem o dinheiro, quer dizer, não podem, os municípios, apenas encampar o processo licitatório do Ministério da Educação, ou de outro.

Conforme nossa jurisprudência, o Tribunal entende que a prosperar esse sistema acabariam as licitações dos municípios, bastando que feita uma licitação na área federal os municípios viessem a ela aderir para suas aquisições, ainda que não houvesse recursos da área federal. Então, o Ministério da Educação, numa situação dessas, passaria a ser um efetuidor de licitações, que ele divulgaria para o País.

Ato contínuo, o Conselheiro Renato Martins Costa, lembrando fato ocorrido em sua gestão como Presidente do TCE-SP no ano de 2012, complementou:

Cabe, efetivamente, ao Tribunal de Contas dar uma satisfação à opinião pública paulista a respeito da sua posição e dos atos. Apenas pedi a palavra, Senhor Presidente, para lembrar que no ano passado, quando ocupava a Presidência do Tribunal, comuniquei, inclusive neste Plenário, que recebi o então Ministro Interino da Educação e o Secretário Executivo do Ministério hoje, acompanhado da direção da FDE, ocasião em que vieram expor as razões pelas quais se sentiam tolhidos ou cerceados para apresentação do produto das aquisições do Ministério aos Municípios Paulistas; [...] explicamos ao Ministro as razões que determinavam a postura do Tribunal de Contas no enfrentamento dessa matéria e inclusive dissemos que a nossa posição é de estrita observância à lei, que o Ministério com os recursos que tem, com a liderança parlamentar, que é expressiva, se entendesse que o caminho fosse outro, que promovesse uma proposta junto ao Poder Legislativo de alteração da lei, que nós seguiríamos o regime estabelecido na lei; dissemos, igualmente, bem na linha da preocupação que Vossa Excelência muito bem expressou, que uma providência para não deixar essas compras em aberto, adequada à lei, seria abrir uma consulta aos municípios brasileiros, inclusive, e dizer: Quem precisa de ônibus escolar? Quantos ônibus são necessários? Quem precisa de equipamentos de informática? E aí, sim, previamente, com autorização expressa da lei, os municípios poderiam se credenciar e usufruir de eventual ganho de escala, ganho de qualidade, facilidades tributárias que aquisições dessa natureza possam oferecer.

Em seguida, a palavra foi concedida ao Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, que contribuiu apresentando relevantes informações sobre o tema:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Esse programa repassa recursos para os Municípios abaixo de cinquenta mil habitantes, no caso de transporte, o recurso é integral, os recursos são todos do Ministério²⁰; dos seiscentos e quarenta e cinco Municípios que temos no Estado de São Paulo, mais de quinhentos municípios tem uma população abaixo de cinquenta mil habitantes, então, já é matéria pacífica, desde que os recursos sejam integrais, nós não fiscalizamos, não criamos nenhum obstáculo. Agora, quando entra num segundo ponto, que trata de financiamento do BNDES, que o município tem que pagar, quando se trata de contrapartida do município, a lei é clara: este Tribunal tem que fiscalizar e tem uma posição muito clara com relação à carona. Acho importante trazer este assunto ao Pleno e possamos esclarecer, não só ao Ministro, mas também aos Prefeitos e principalmente à Sociedade, que podem ficar com a impressão de que o Tribunal esteja criando algum obstáculo para o estabelecimento dessas parcerias do Ministério com os municípios de São Paulo.

No entanto, a despeito do firme posicionamento da Corte de Contas bandeirante, não se pode olvidar que, mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 12.816/13, já havia quem sustentasse a regularidade de procedimentos da espécie.

Neste sentido, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, reformando²¹ o Prejulgado nº 1895, de 06/08/2007²², vazou a seguinte orientação a seus jurisdicionados:

²⁰ O Conselheiro faz alusão ao 'Programa Territórios da Cidadania' (PTC) – tratado na Resolução FNDE nº 64 de 16/11/2011 – por meio do qual o FNDE transfere, aos municípios com menos de 50 mil habitantes e habilitados em referido programa, 100% dos recursos necessários para a aquisição de veículos escolares para o transporte diário dos alunos da educação básica pública no âmbito do 'Programa Caminho da Escola'. (arts. 2º, caput e 4º, II de referida resolução). Disponível em <<http://www.fnde.gov.br/fnde/legislacao/resolucoes/item/3491-resolucao-cd-fnde-n-64-de-16-de-novembro-de-2011>>. Acesso em 26 jul. 2013.

²¹ O item 2 foi reformado pelo Tribunal Pleno em sessão de 04/08/2010, mediante a Decisão nº 3446/2010, exarada no Processo CON-10/00095069. Eis a redação original do item:

2. Por se considerar que o sistema de "carona", instituído no art. 8º do Decreto (federal) n. 3.931/2001, fere o princípio da legalidade, não devem os jurisdicionados deste Tribunal utilizar as atas de registro de preços de órgãos ou entidades da esfera municipal, estadual ou federal para contratar com particulares, ou permitir a utilização de suas atas por outros órgãos ou entidades de qualquer esfera, excetuada a situação contemplada na Lei (federal) n. 10.191/2001.

²² Disponível em <http://consulta.tce.sc.gov.br/cog/asp/prejulgado.asp?nu_prejulgado=1895>. Acesso em 26 jul. 2013.



ARTIGO

1. O Sistema de Registro de Preços, previsto no art. 15 da Lei (federal) n. 8.666/93, é uma ferramenta gerencial que permite ao Administrador Público adquirir de acordo com as necessidades do órgão ou da entidade licitante, mas os decretos e as resoluções regulamentadoras não podem dispor além da Lei das Licitações ou contrariar os princípios constitucionais.

2. Regra geral, o sistema de adesão ("carona") à ata de registro de preços, instituído pelo Decreto (federal) n. 3.931, de 2001, que regulamenta o art. 15 da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, conflita com o princípio da legalidade, não devendo ser utilizado pelos jurisdicionados deste Tribunal com relação a outros órgãos de qualquer das esferas de Governo, nem permitir a utilização das suas atas por outros órgãos de qualquer esfera de Governo, ressalvado quando vinculado a Programa do Governo Federal, de abrangência nacional, de comprovado interesse público, nas áreas de assistência social, educação e saúde pública, a exemplo da Lei (federal) n. 10.191/2001 (aquisição de bens relativos às ações de saúde) e do Decreto (federal) n. 6.768/2009 (que dispõe sobre o Programa "Caminhos da Escola"), desde que o ato convocatório da licitação contenha expressa previsão sobre a hipótese de adesão à Ata de Registro de Preços. *(grifos do autor)*

No campo doutrinário, Marcelo Palavéri defendeu, em artigo intitulado 'A Aquisição de Ônibus por Intermédio da Ata de Registro de Preços do FNDE – Carona Legal'²³, que

[...] o Governo Federal, por intermédio do Ministério da Educação, através do FNDE, não licitou nada para aquisição própria, para depois os municípios se aproveitarem de sua ata e nela 'pegarem carona' [...]. Apenas está servindo de instrumento para implementar um programa de cunho nacional, o 'Programa Caminho da Escola', regularmente instituído por decreto [...].

rematando que

[...] o procedimento adotado por centenas de Municípios e pelos Estados não se confunde com o tão criticado 'carona', sendo procedimento regular, admitido pelas normas de regência, inexistindo óbices a que adquira veículos (ônibus) para o 'Programa Caminho da Escola' através do processo de adesão à ata de registro de preços formalizada pelo FNDE, do Ministério da Educação.

²³ De 10/01/2011. Disponível em <<http://www.mrpm.adv.br/ARTIGOS/aquisicao.pdf>>. Acesso em 26 jul. 2013.



ARTIGO

Contextualizado o tema, imperioso se faz examinar as implicações das novéis disposições legais nas contratações públicas realizadas pelos entes federativos, notadamente para aqueles sob a jurisdição do TCE-SP.

Com efeito, a autorização constante na Lei nº 12.816/13 guarda alguma semelhança com aquela presente na Lei nº 10.191, de 14/02/2001²⁴, que assim dispõe:

Art. 2º O Ministério da Saúde e os respectivos órgãos vinculados poderão utilizar reciprocamente os sistemas de registro de preços para compras de materiais hospitalares, inseticidas, drogas, vacinas, insumos farmacêuticos, medicamentos e outros insumos estratégicos, desde que prevista tal possibilidade no edital de licitação do registro de preços.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como as respectivas autarquias, fundações e demais órgãos vinculados, também poderão utilizar-se dos registros de preços de que trata o caput, desde que expressamente prevista esta possibilidade no edital de licitação.

Tal se verifica, pois, em ambos os casos, as adesões posteriores de Estados e Municípios a atas de registro de preços de órgãos federais possuem respaldo legal, não apenas regulamentar ou normativo. Assim, quer parecer que a edição do diploma legal ora em exame, a exemplo do que se verifica com as adesões nos termos da Lei nº 10.191/01, afasta um dos principais óbices à prática do 'carona', qual seja, a ausência de expressa previsão em lei.

Contudo, não obstante sua inegável relevância, o princípio da legalidade não é o único a ser observado antes de se decidir pela utilização de referido procedimento de adesão.

Neste sentido, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório poderia ser atendido na medida em que os editais para registro de preços contivessem não apenas autorização para a adesão, como também uma previsão, ainda que estimada, de consumo dos quantitativos registrados pelos diversos entes federados, o que poderia ser levado a efeito mediante

²⁴ Dispõe sobre a aquisição de produtos para a implementação de ações de saúde no âmbito do Ministério da Saúde. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10191.htm>. Acesso em 26 jul. 2013.



ARTIGO

consulta prévia a todos os possíveis interessados – ampliando o que já ocorre, no âmbito de órgãos e entidades da União, na Intenção de Registro de Preços (IRP)²⁵⁻²⁶.

Mas a grande questão que se impõe é como superar a afronta aos princípios da isonomia, da competitividade e da economicidade nas hipóteses de adoção do ‘carona legal’.

Para tanto, há que se saber, em primeiro lugar, qual o percentual de recursos próprios (do Estado ou do Município que pretende aderir) a ser utilizado na aquisição do bem ou do serviço que se almeja obter, eis que, no âmbito do Programa Caminho da Escola, há 3 (três) diferentes formas de aquisição²⁷, quais sejam:

- 1ª Financiamento junto Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (exceto para bicicletas);
- 2ª Via assistência financeira, pelo FNDE, no âmbito do Plano de Ações Articuladas (PAR); e
- 3º Com recursos próprios.

No melhor dos cenários – isto é, nas situações em que o Município conte com menos de 50 mil habitantes e se habilite no ‘Programa Territórios da Cidadania’ (PTC)²⁸ – o repasse federal poderá ser de 100%, o que, de plano, sequer se configura como ‘carona’, porquanto o ente federativo aderente não terá que onerar seu orçamento para adquirir o bem. Nesta hipótese, o próprio Governo Federal se incumba de licitar e de registrar o preço do ônibus, bem como de transferir todo o recurso para que o Município possa aderir à ata de registro de preços, o que,

²⁵ Sistema implantado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - com fulcro no art. 3º, § 2º, I do Decreto Federal nº 3.931/01 - e que vigorava no Comprasnet desde 20/08/2008, sendo instituído, mais recentemente, pelo Decreto Federal nº 7.892, de 23/01/2013 (art. 4º).

²⁶ Na Intenção de Registro de Preços, o órgão/entidade licitador divulga, com antecedência, os itens a serem licitados para que outros órgãos/entidades interessados possam participar dos procedimentos iniciais de registro de preços, vindo a se constituírem como ‘órgãos participantes’.

²⁷ Fonte: Site do FNDE. Disponível em <<http://www.fnde.gov.br/programas/caminho-da-escola/caminho-da-escola-perguntas-frequentes>>. Acesso em 26 jul. 2013.

²⁸ Para maiores detalhes acerca do programa, faz-se remissão à nota de rodapé nº 21 deste artigo.



ARTIGO

do ponto de vista orçamentário-financeiro, descaracteriza o procedimento como sendo 'carona'²⁹.

Cabe então analisar as possibilidades em que, de fato, existe o emprego de recursos próprios pelo ente federativo que planeja aderir à ata federal.

Em tais casos, a pesquisa de preços se revela de suma importância para que o administrador possa ter em mãos subsídios para uma correta tomada de decisão, observando os princípios da economicidade, da isonomia e da competitividade, já que, a depender do montante a ser despendido pelo Município como contrapartida, é possível que a deflagração de uma licitação redunde em uma contratação mais vantajosa para a Administração.

Tal se deve em função da dinâmica do mercado e da natural concorrência entre empresas do mesmo ramo de atividade. Explica-se. Considerando a existência de inúmeros fornecedores de um mesmo bem (seja ônibus ou computadores), não é absurdo se imaginar que uma ou mais empresas – que não lograram ter seus preços registrados na ata federal – possam acorrer ao certame promovido pelo Município e, eventualmente, apresentar valores em patamar inferior àquele registrado pelo FNDE.

Por certo que, em tais situações, é bem provável que estas empresas tenham que trabalhar com margens de lucro mais 'enxutas', mas, no contexto de um mercado capitalista muitas vezes 'predatório' e com forte tendência à concentração de receita nas mãos de poucos grupos empresariais, pode ser preferível reduzir o lucro a não efetuar qualquer venda³⁰.

²⁹ Outro exemplo neste sentido são as adesões a atas de registro de preços da CDHU - Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo, no âmbito do 'Programa Parcerias com Municípios' – Administração Direta. Em tais casos, os municípios paulistas celebram convênios com a CDHU para a construção de unidades habitacionais, aportando como contrapartida, de forma geral, o terreno, por meio de doação, além de responsabilizarem-se pela realização do trabalho social. Assim, a CDHU promove licitação para registrar os preços dos materiais de construção e repassa aos municípios conveniados 100% dos recursos necessários para a aquisição de mencionados bens, que se dá por meio de adesão a ata da Cia. Disponível em <http://www.cdhu.sp.gov.br/programas_habitacionais/provisao_de_moradias/parceria_com_municipios.asp>. Acesso em 26 jul. 2013.

³⁰ Com efeito, em mais de uma oportunidade este autor, ao ministrar curso de 'Licitações e Contratos' pela Escola de Contas Públicas do TCE-SP, se deparou com testemunhos de representantes de Prefeituras que promoveram



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Pode-se inferir, então, que a licitação seria mais do que cabível nas hipóteses em que o aporte de recursos próprios do ente federativo seja expressivo, restando então analisar os casos em que o Município não conte com qualquer repasse federal.

Ora, se o certame licitatório pode ser benéfico até nas situações em que há alguma contribuição financeira por parte do governo federal, é de todo razoável e recomendável que o ente federativo, antes de se decidir pela adesão, promova sua própria licitação, que pode, inclusive, usar como referencial de preços aqueles registrados na ata do FNDE.

Se, após a realização do procedimento licitatório, for constatado ser mais vantajoso para a Administração efetuar a adesão à ata, que tal se dê nos exatos termos e limites da autorização contida na Lei nº 12.816/13.

Afinal, apesar de não estar obrigado a licitar nos casos abrangidos pelo novo diploma legal, deve o gestor responsável e zeloso pelo erário prestigiar, sempre que possível, o princípio da licitação insculpido no artigo 37, XXI da Constituição Federal, motivando e justificando adequadamente eventual afastamento de princípio tão caro à noção de República e ao Estado Democrático de Direito.

**** Marcus Augusto Gomes Cerávolo é Assessor Técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP)***

licitação e obtiveram preços inferiores àqueles registrados pelo FNDE para aquisição de ônibus escolares, o que vem a corroborar, na prática, a tese apresentada.