

SAULO FERREIRA LOPES

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

**Controvérsias jurídicas acerca de sua utilização frente aos
princípios de Direito Administrativo**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Carlos Bastide Horbach

BRASÍLIA

2010

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar as várias controvérsias jurídicas acerca da utilização do sistema de registro de preços, instituto inserido dentro do tema das licitações públicas. Investiga a origem do registro de preços o qual remonta ao início do século e que só começou a ser utilizado em larga escala após o Decreto Federal 3.931/01, o qual regulamentou o procedimento criado pela Lei 8.666/93. Verifica a obrigatoriedade de utilização ou não do sistema, inclusive nas esferas estaduais e municipais. Numa imersão do instituto no Direito Administrativo, esta monografia analisa várias controvérsias relativas aos seus princípios: isonomia, legalidade, moralidade, vinculação ao instrumento convocatório, publicidade, julgamento objetivo e parcelamento. Em seguida faz uma avaliação da adesão à Ata de Registro de Preços, prática também chamada de “carona”, buscando seu conceito e definindo sua natureza jurídica. Analisa o Acórdão do Tribunal de Contas da União através do qual aquele Órgão se pronunciou acerca do “carona”, limitando sua utilização. Examina a Adesão à Ata frente os princípios da isonomia, legalidade e moralidade, os quais geram, injustificadamente, controvérsias jurídicas quanto à sua criação e utilização. Por fim demonstra as vantagens do “carona”, o qual visa à simplificação dos procedimentos e à abolição dos ortodoxos processos de compras governamentais.

Palavras chave: Direito Administrativo, Licitação, Sistema de Registro de Preços, “carona”.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 4 |
| 1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS | 6 |
| 1.1 Origens..... | 6 |
| 1.2 Legislação Aplicada | 9 |
| 1.3 Obrigatoriedade do Sistema de Registro de Preços..... | 15 |
| 2 CONTROVÉRSIAS QUANTO AOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS – SRP | 19 |
| 2.1 Princípios aplicáveis | 19 |
| 2.2 Princípio da isonomia | 21 |
| 2.3 Princípio da legalidade | 23 |
| 2.4 Princípio da moralidade..... | 24 |
| 2.5 Princípio da publicidade | 25 |
| 2.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório..... | 26 |
| 2.7 Princípio do julgamento objetivo | 27 |
| 2.7 Princípio da padronização | 28 |
| 2.8 Princípio do parcelamento | 30 |
| 3 A ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – “CARONA” | 31 |
| 3.1 Conceito..... | 32 |
| 3.2 Natureza jurídica do “carona” | 34 |
| 3.3 Posicionamento do Tribunal de Contas da União | 36 |
| 3.4 Controvérsias jurídicas acerca da Adesão à Ata..... | 39 |
| 3.4.1 <i>Princípio da isonomia</i> | 39 |
| 3.4.2 <i>Princípio da legalidade</i> | 44 |
| 3.4.3 <i>Princípio da moralidade</i> | 47 |
| 3.5 Das vantagens do “carona” | 49 |
| CONCLUSÃO..... | 54 |
| REFERENCIAS | 57 |

INTRODUÇÃO

O assunto a ser tratado pelo presente trabalho reveste-se de grande importância, principalmente no tocante ao atual estágio de amadurecimento da Sociedade Brasileira, a qual exige cada vez mais de seus representantes e governantes, transparência e honestidade no trato com a coisa pública. Em razão desse maior amadurecimento, diariamente, na imprensa, observa-se o grande destaque que dá à matéria da corrupção, fatalmente envolvendo particulares e agentes públicos. Toda essa discussão, é claro, necessariamente permeia o tema da licitação pública.

Dentro daquele tema, extrair-se-á um de seus institutos, que, pela importância de sua aplicação, levará a um caminho esclarecedor da atividade administrativa dos órgãos governamentais, mais precisamente no que se refere às aquisições de materiais e serviços. Trataremos aqui do sistema de registro de preços, também conhecido pela sigla SRP, e também de seus desdobramentos como a adesão à Ata de Registro de Preços, mais conhecida como “carona”.

O assunto está, mais do que nunca, em discussão por toda a sociedade, principalmente dentro da Administração Pública. Por envolver grandes e pequenos interesses comerciais o sistema de registro de preços e a adesão à Ata de Registro de Preços são, sistematicamente, questionados e, conseqüentemente, analisados pelos órgãos de controle da União e dos Estados e Municípios, além, é claro, da própria Justiça.

Diante das muitas polêmicas envolvendo o registro de preços e o “carona”, faz-se necessária uma análise sistemática de todos os questionamentos e dúvidas relativas à

sua utilização. Várias são as interpretações, principalmente as relativas à legislação que rege o instituto. Buscar-se-á assim, respostas a algumas questões: o registro de preços é obrigatório? Qual o alcance da regulamentação do registro de preços perante a Administração Pública? A criação da adesão à Ata de Registro de Preços pelo Decreto 3.931/01 fere algum princípio de Direito Administrativo? As críticas ao “carona” são, antes de tudo, um apego exagerado aos ortodoxos processos licitatórios ainda existentes?

Tratando-se de um trabalho monográfico as técnicas ou tipos de pesquisa serão bibliográficas, documental e também abordarão os fatos ocorridos após a utilização em larga escala do sistema de registro de preços e, principalmente, do “carona”, fazendo-se uso, então, da técnica ex-post-facto.

A pesquisa jurídica aqui desenvolvida terá como método de abordagem o dedutivo. Pois partindo das idéias gerais do Direito, principalmente dos seus princípios, chegar-se-ão a conclusões acerca do sistema de registro de preços, mais precisamente de seus aspectos mais controversos. Utilizando-se para tal a linha de pesquisa dogmática, baseada na melhor forma de interpretação das diversas legislações, doutrinas e jurisprudências, todas relativas ao tema, métodos sistemáticos, lógico-gramatical, etc. Tudo dentro do Direito Nacional Público: Direito Administrativo.

Por todas as razões demonstradas acima, fica evidente que o estudo da sistemática de compras denominada de registro de preços e do “carona”, destacando-se suas maiores controvérsias, será de grande importância para todos que deles se utilizam, principalmente os operadores do Direito, que invariavelmente têm que emitir pareceres sobre sua legalidade e aplicabilidade.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

1.1 Origens

O sistema de registro de preços surgiu no Código de Contabilidade Pública da União (Decreto Federal nº 4.536, de 28.1.22), o qual regulamentou as licitações e os contratos administrativos apenas superficialmente. Tal decreto criou pela primeira vez o registro de preços na Administração pública, dando-lhe uma visão diferente da que se conhece hoje, bastante arcaica. Conforme Eliana Goulart Leão, assim dispunha o decreto:

Art. 52. Para os fornecimentos ordinarios ás repartições publicas, poderá o Governo estabelecer o regimen de concurrencias permanentes, inscrevendo-se, nas contabilidades dos Ministerios e nas repartições interessadas nos fornecimentos, os nomes dos negociantes que se propuzerem a fornecer os artigos de consumo habitual, com a indicação dos preços offerecidos, qualidade e mais esclarecimentos reputados necessarios.

§ 1º A inscrição far-se-á mediante requerimento ao chefe da repartição ou ao Ministro, conforme determinação regulamentar, acompanhado das informações necessarias ao julgamento da idoneidade do proponente, indicação dos artigos e preços dos fornecimentos pretendidos.

§ 2º Julgada dentro de 10 dias a idoneidade do proponente, será ordenada a sua immediata inscrição si este se subordinar ás condições exigidas para o fornecimento.

§ 3º Os preços offerecidos não poderão ser alterados antes de decorridos quatro mezes da data da inscrição, sendo que as alterações communicadas em requerimento só se tornarão effectivas após 15 dias do despacho, que ordenar a sua anotação.

§ 4º O fornecimento de qualquer artigo caberá ao proponente que houver offerecido preço mais barato, não podendo, em caso algum, o negociante inscripto recusar-se a satisfazer a encomenda, sob pena de ser excluido o seu nome ou firma do registro ou inscrição e de correr por conta d'elle a differença.¹

Não se tem notícia da utilização ou não de tal inscrição de preços, o que não surpreende, pois não se tinha detalhes suficientes para colocá-lo em prática. Porém se vislumbrou uma possibilidade de vinculação dos fornecedores cadastrados ou inscritos à Administração através de contratos que pudessem ser celebrados e futuramente utilizados.

¹ LEÃO, Eliana Goulart, *O Sistema de Registro de Preços*. Campinas: Bookseller. 1996.p.14

Em 25 de fevereiro de 1967 foi editado o Decreto-Lei nº 200 o qual versava sobre várias matérias, principalmente licitações e contratos, silenciando, porém, sobre o tema registro de preços.

Somente em 1975, no Município de São Paulo, é que se ouviu falar novamente do tema. Por meio da Lei 8.248, de 7 de maio daquele ano, aquela Administração Municipal autorizou as compras utilizando-se do sistema de registro de preços. Tal foi apenas citado, não se obtendo, daquele normativo, qualquer detalhamento. Assim ensina Eliana Goulart Leão:

A ausência de decreto regulamentador, todavia, reduziu a letra morta a abordagem do mecanismo do registro de preços nessa lei municipal. Apenas para demonstrar a forma titubeante do tratamento por ela dispensado ao instituto, passamos à transcrição da sua única referência a ele:

“Art. 12. Quando conveniente, as compras deverão ser processadas pelo sistema de registro de preços.

Parágrafo único. O registro de preços será precedido de licitação realizada na forma de concorrência, quando for o caso”.(Grifo nosso)²

Com a edição do Decreto-Lei 2.300, de 21.11.86, que revogou expressamente o Código de Contabilidade Pública da União (Decreto Federal nº 4.536/22), o sistema de registro de preços começou a ganhar maior visibilidade. Porém não foi suficiente para que o mesmo fosse introduzido no dia-a-dia das diversas Administrações, em virtude, novamente, da falta de regulamentação.

Era essa a redação do Decreto-Lei nº 2.300, comentado por Eliana Goulart Leão:

Art. 14. As compras, sempre que possível e conveniente, deverão:

² LEÃO, Eliana Goulart, *O Sistema de Registro de Preços*. Campinas: Bookseller. 1996.p. 17

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção e assistência técnica;

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

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado.

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado,

§ 2º Os preços registrados serão periodicamente publicados no Diário Oficial da União, para orientação da Administração.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto.(Grifo nosso).³

No ano de 1988, mais uma vez o Município de São Paulo, quase sempre à frente dos outros municípios e servindo até de modelo para a União, editou a Lei nº 10.544, de 31 de maio de 1988, revogando a Lei anterior e reafirmando a possibilidade de utilização do registro de preços para as compras. Naquela, ousou até inovar, incluindo as obras e os serviços dentro das possibilidades de utilização do instituto. Mais uma vez silenciou sobre os detalhes do sistema e seus procedimentos, inibindo, por completo, sua execução.

Foi então que em 1990, o próprio Município de São Paulo expediu o Decreto nº 29.347, de 23 de novembro, regulamentando o sistema de registro de preços e indicando os procedimentos a serem seguidos pela Administração Municipal. Tal Decreto, apesar de contar com algumas incorreções jurídicas, teve o dom de colocar em prática um sistema que há muito constava dos diversos normativos das várias Administrações Públicas do Brasil, porém nunca tinha sido utilizado.

No ano de 1993 o Governo Federal editou a Lei 8.666 a qual regulamentava o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. No seu art. 15 a Lei determina que as compras, sempre que possível, deverão ser processadas através de sistema de registro de preços. Também no parágrafo 3º determinava que o sistema fosse regulamentado por decreto. Estava, então,

³ LEÃO, Eliana Goulart, *O Sistema de Registro de Preços*. Campinas: Bookseller. 1996.p.18

criado o registro de preços, que, a partir daí e principalmente a partir do Decreto 3.931/01, começou a ser utilizado em larga escala por todos os entes dos mais diversos escalões da Administração Pública no Brasil.

Essa foi uma breve história do sistema de registro de preços, o qual foi introduzido no início do século dentro de nosso ordenamento jurídico, constando apenas como idéias, não sendo, porém, aplicado de forma efetiva por um longo período. Somente mais tarde, década de 90, é que a Administração pública descobriu a grande ferramenta que tinha nas mãos, começando realmente a colocá-la em prática.

1.2 Legislação Aplicada

Como assunto de Direito Administrativo, está o registro de preços incluso e delimitado na Constituição da República Federativa do Brasil, quando esta trata do tema licitação. Em razão desta inserção na Constituição Federal, o legislador viu-se obrigado a exercer sua função precípua, qual seja: regulamentar o instituto da licitação. Porém só o fez em 1993 com a celebrada Lei 8666. Tal normativo objetivou a regulamentação do item acima, instituindo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Vale ressaltar que mesmo antes da norma acima, foi editado o Decreto n °449, de 17 de fevereiro de 1992, o qual citava em seu artigo 3º que “fica instituído o SIREP”- sigla adotada para corresponder a Sistema de Registro de Preços- portanto já havia sido criado o Sistema, permitindo que os diversos órgãos pudessem se utilizar do mesmo. E, conforme Jacoby Fernandes, este Decreto foi abraçado pela nova Lei:

Em verdade, mesmo sendo anterior à Lei nº 8666/93, esse normativo foi recepcionado em sua força regulamentadora pela nova norma. Como esta norma declara implantado o sistema, faltando o detalhamento, era possível implementá-lo, aproveitando-se o espaço da pretendida regulamentação do tal SIREP.⁴

No artigo 15 da Lei 8666/93 foi exposto o instituto explorado aqui, isto é, o sistema de registro de preços. Ao dispor sobre como as compras deverão ser processadas, a lei estabelece o que e como deve ser tratado o tal sistema:

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

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

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

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano.

§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições. (Grifo nosso)⁵

⁴ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 70

⁵ BRASIL. Lei nº.8.666, de 21 de junho de 1993. *Dispõe sobre licitações e contratos da administração pública*. Publicado no Diário Oficial da União em 22 de junho de 1993. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 abr. 2010.

Observa-se que a Lei apenas autoriza o sistema de registro de preços para as compras, não citando que os serviços e outros objetos pudessem ser processados através daquele sistema. Conforme Joel de Menezes Niebuhr:

...A Lei 8.666/93 não autoriza que os serviços e outros objetos também sejam processados por registro de preços. Então, poder-se-ia argüir que, por força do princípio da legalidade, somente as compras poderiam ser objeto do registro de preços e não outros objetos.⁶

Porém, tal interpretação literal foi lentamente caindo por terra, pois o legislador não se preocupou em sistematizar a Lei acima, possibilitando, portanto, uma aplicação mais ampla da norma em questão. Assim o próprio Joel Niebuhr diz:

...Se o registro de preços é legítimo em relação às compras, é legítimo em relação a todos os demais objetos que se harmonizarem a sua sistemática. A propósito, o intérprete, com o mínimo de experiência com a Lei nº 8.666/93, sabe perfeitamente que o legislador não atentou a aspectos de ordem sistêmica. Logo, insista-se, não se deve apegar em detalhes de ordem literal e fazer um cavalo de batalha acerca do fato de o registro de preços ter sido posto na parte da Lei destinada às compras, frustrando a possibilidade de aplicá-lo, com muito sucesso, no tocante a outros objetos.⁷

Como será visto adiante, foi editado o Decreto 3.931/01, através do qual ficou esclarecida a dúvida acerca da utilização do registro de preços para serviços, pois aquele normativo consagrou a utilização do instituto também para esta espécie de aquisição. Desta forma a Administração Pública pode obter uma solução mais rápida e satisfatória nas suas contratações nos diversos serviços.

Somente em 1998 o Governo Federal, através do então MARE (Ministério da Administração e Reforma do Estado), hoje MPOG (Ministério do Planejamento

⁶ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 39.

⁷ Idem

Orçamento e Gestão), regulamentou o sistema de registro de preços, utilizando para tal o Decreto nº 2.743/98.

A partir daí surge uma grande polêmica, pois existem duas vertentes que julgam ser, tanto o Decreto acima quanto o que o substituiu mais adiante, de aplicação obrigatória ou não a todos os órgãos dos Governos Federal, Estadual ou Municipal. Na elaboração do Decreto acima houve um grande debate acerca do tema, questionando-se qual seria seu alcance dentro da Administração Pública.

A polêmica foi gerada em virtude da Lei 8666/93, no seu § 3º do art. 15, enunciar que o registro de preços deve ser regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais. Assim dispõe a Lei:

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:
I - seleção feita mediante concorrência;
II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;
III - validade do registro não superior a um ano (grifo nosso)⁸

De acordo com Jacoby:

A divergência doutrinária pode ser traduzida em duas grandes e opostas correntes de pensamento, assim sintetizadas:

1. Com fundamento na Lei de Licitações, cada esfera de governo deve regulamentar, por decreto, de abrangência restrita às respectivas administração direta, autarquias e fundações públicas;
2. Com fundamento na Lei de Licitações, o decreto regulamentador deveria ser federal e ter a mesma abrangência da lei.⁹

⁸ BRASIL. Lei nº.8.666, de 21 de junho de 1993. *Dispõe sobre licitações e contratos da administração pública*. Publicado no Diário Oficial da União em 22 de junho de 1993. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 abr. 2010.

⁹ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 74

A primeira corrente de pensamento considera que deve haver uma interpretação restritiva, isto é, ancora-se na tese de que os órgãos, diferentes da Administração Pública direta e indireta, além do Legislativo e Judiciário, podem editar normas próprias, regulamentando o SRP. Pensamento, este, lançado pela Lei 8.666/93, a qual manda considerar as peculiaridades regionais.

A segunda corrente defende que o art. 15 § 3º da Lei 8.666/93 obrigaria a todos os órgãos da Administração Pública a cumprirem o decreto da União, pois tal regulamentação seria de conteúdo geral, igualmente à Lei, abraçando todos os órgãos citados no art. 1º da Lei 8.666/93.

Verificando-se o Decreto nº 2.743/98 pode-se perceber que o Ministério da Administração e Reforma do Estado seguiu a primeira linha de pensamento e preferiu limitar sua aplicação ao âmbito federal.

Com a edição da Medida Provisória nº 2.026-3, de 28 de julho de 2000, e seu regulamento através do Decreto 3555, de agosto de 2000, ambos criando uma nova modalidade de licitação, denominada de pregão, motivaram a revisão do Decreto 2.743/98. Foi então editado o Decreto 3931/01, o qual dava novos contornos ao sistema de registro de preços.

Ainda com relação à polêmica da amplitude de aplicação dos decretos que regulamentaram o registro de preços, pois com a edição do Decreto 3931/01 o assunto voltou à tona, Joel de Menezes Niebuhr esclarece:

Malgrado, o artigo 1º do Decreto Federal nº 3.931/01 enuncia que ele incide sobre a Administração Direta Federal, autarquia, fundações, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União. Nesse sentido, o

Decreto Federal nº 3.931/01 rompe e ultrapassa os limites da sua competência, pretendendo usurpar a autonomia e a competência da Administração Indireta e das paraestatais.¹⁰

É interessante também considerar a divergência entre grandes autores quanto à amplitude dos decretos presidenciais, principalmente com relação à aplicação a outros poderes. A opinião de Marçal Justen Filho vai de encontro à de Jacoby:

Nesse ponto, pede-se vênia ao ilustre Jacoby Fernandes para uma pequena divergência. Referido autor reputa que a competência regulamentar seria assegurada também à órbita do Judiciário e ao próprio Tribunal de Contas (Sistema de Registro de Preços..., cit., p. 74). Adoto entendimento diverso, sob o pressuposto de que a competência regulamentar é reconhecida ao chefe do Poder Executivo (CF/88, art. 84, inc. IV). Admito a possibilidade de atribuição de competência regulamentar a outros órgãos administrativos, mas tal dependerá de determinação legislativa. Não se me afigura existente competência regulamentar para outra autoridade da Administração direta que não o chefe do Executivo. Pode admitir-se, com base no art. 119, que os regulamentos próprios das entidades da Administração indireta com personalidade de direito privado regulamentem a matéria.¹¹

Seguindo também nessa linha de entendimento, qual seja: a de que só o Chefe do Executivo tem poder para regulamentar, Lucas Rocha Furtado esclarece:

Trata-se de poder exclusivo do Chefe do Executivo vinculante para toda a Administração Pública, incluídas as administrações dos Poderes Legislativo e Judiciário. Definida determinada solução em decreto regulamentar editado pelo Presidente da República, os órgãos administrativos dos Poderes Judiciário e Legislativo não podem, apesar de disporem de autonomia administrativa, adotar solução diversa daquela permitida pela regulamentação.¹²

A necessidade de imposição de padrões procedimentais sujeita o Chefe do Executivo a regulamentar as matérias que exigem tal normatização, obrigando e padronizando

¹⁰ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 35.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12a Ed., São Paulo: Dialética, 2008. p. 185.

¹² FURTADO, Rocha Lucas. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 65

o agir de toda a Administração. Portanto não resta dúvida que os decretos que regulamentaram o registro de preços têm aplicação para a Administração, inclusive para o Legislativo e Judiciário. E como se trata de regulamentação de uma Lei Federal, referente à matéria que cabe somente à União legislar, também devem ser aplicados aos Estados e Municípios, podendo estes editar seus próprios decretos de regulamentação da matéria, porém não inovando em relação ao Decreto Federal, isto é, regulamentando o registro de preços nos mesmos moldes da União.

Apesar de vários autores considerarem inconstitucionais os decretos que regulamentaram o registro de preços, eles continuam a ser aplicados. O Decreto Federal nº 3.931/01 é utilizado amplamente em âmbito federal, o que significa dizer que é o mais utilizado do país.

Em 2002 foi editado o Decreto 4.342 dando nova redação a alguns dispositivos do Decreto 3.931/01, entre elas a retirada da autorização de utilização do dispositivo para locações, o qual gerava certa perplexidade. O decreto de 2002 alterou poucos itens do anterior, razão pela qual o de 2001 é o mais comentado e estudado.

Outra dúvida que paira sobre o instituto do registro de preços é com relação à sua obrigatoriedade. A interpretação da legislação leva à conclusões divergentes, as quais serão expostas adiante.

1.3 Obrigatoriedade do Sistema de Registro de Preços

Para muitos autores a utilização do sistema de registro de preços é obrigatória. Tal afirmação é resultado da interpretação literal do inciso II do art. 15 da Lei

8.666/93, o qual afirma que as compras sempre que possível deverão ser processadas através do sistema de registro de preços.

Para Benedicto Tolosa Filho é obrigatória a utilização do sistema:

Para atender a esses princípios o legislador, a exemplo do que já prescreviam as regras anteriores, previu no inciso II do art. 15, da LLCA, que a aquisição de bens seja precedida do sistema de registro de preços.

O art. 15, in comento, assim está grafado, in verbis:

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

I - (...)

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

A falta de conhecimento jurídico e, mais especificamente, das regras de Direito Público, dos aplicadores da LLCA, entenderam a redação do caput do art. 15, como de aplicação opcional ou facultativa, estribando-se na expressão "sempre que possível".

A correta interpretação do texto em exame, ao contrário, revela a determinação do legislador em estabelecer o sistema de registro de preços como regra exigível, e, em casos excepcionais, a adoção de outras formas legalmente estatuídas, mediante justificativa plausível, a ser inserida no processo administrativo correspondente.

Assim, o sistema de registro de preços é a regra para aquisição de bens de uso freqüente. As aquisições de bens de uso freqüente, mesmo que precedidas de licitação, devem ser encaradas como exceção.

Interpretar o dispositivo de outra forma torna o dispositivo em exame inócuo, o que contraria a técnica legislativa e interpretativa.¹³

Também nessa linha, a de que o sistema de registro de preços é obrigatório quando possível de ser aplicado, segue Marçal Justen Filho. O autor também critica a falta de vontade das Administrações de implementar o sistema. Assim comenta Marçal:

Há obrigatoriedade na adoção do sistema de registro de preços, quando viável. Esse sistema não dispensa a licitação nem a observância dos requisitos legais acerca de contratações administrativas. Uma das grandes críticas contra a atuação das diversas entidades políticas tem sido a ausência de implantação do sistema de registro de preços.¹⁴

¹³ FILHO, Benedicto de Tolosa. Licitação: O Sistema de Registro de Preços é de adoção obrigatória? Disponível em: < <http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=27>> Acesso em: 08 jun 2009

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12a Ed., São Paulo: Dialética, 2008. p. 182

Apesar de não haver muita discussão quanto à obrigatoriedade da utilização do registro de preços, a realidade nas diversas administrações públicas é bem diferente. Mesmo depois de vários normativos disporem sobre o assunto, ainda existe certa resistência à utilização do mesmo. Tal aversão não tem razão de ser e nem é o que determina a lei.

Ao definir que as compras sempre que possível deverão ser processadas pelo sistema de registro de preços, quis o legislador que a Administração observasse, sempre, a forma mais eficiente de realizar as aquisições governamentais. Dentro de um Estado de Direito o princípio da legalidade obriga aos administradores a colocar o Interesse Público sempre à frente do individual. Assim esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da república, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.¹⁵

Aprofundando-se ainda mais na questão e considerando que pode o Administrador adotar uma norma como justificativa para a prática de ato diverso da que era a intenção do legislador, estaria aquele satisfazendo ao princípio da legalidade e descumprindo outro: o da finalidade.

Ora, a intenção da obrigatoriedade da utilização do registro de preços é exatamente a de buscar a melhor forma de atingir os objetivos da Administração e, conseqüentemente, o do Interesse Público. Bandeira de Mello também comenta:

O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª Edição. São Paulo. Malheiros. 2006.p. 98

que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração.¹⁶

Portanto, quando couber, não pode o administrador se furtar a utilizar o registro de preços, sob pena de descumprir a lei e, mais ainda, sua finalidade.

O sistema constitucional como um todo e mais ainda o Estado de Direito, implicam na observância de vários princípios norteadores dos atos da Administração, aqui exemplificado quando da aplicação da sistemática do registro de preços, razão pela qual se fará, adiante, a imersão do instituto numa plêiade de princípios de Direito Administrativo com o fim de verificar sua regularidade.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª Edição. São Paulo. Malheiros. 2006.p. 103

2 CONTROVÉRSIAS QUANTO AOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS – SRP

2.1 Princípios aplicáveis

Para Pontes de Miranda o aprofundamento do estudo dos princípios traz vantagens:

...primeiro, porque é assim que tem progredido a ciência, e só assim se pode ficar em dia com ela; segundo, evita-se que se tenham problemas jurídicos com assuntos sobre os quais, sem preparação, todo mundo possa discorrer.¹⁷

Um estudo de Direito não estará completo se não colocar seu objeto frente aos diversos princípios nos quais está inserido. Far-se-á uma imersão na legislação e na sistemática de utilização do sistema de registro de preços, analisando-os perante os princípios norteadores dos institutos de Direito Administrativo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o regime administrativo é um complexo lógico, uma unidade, no qual estão inseridos vários princípios, alguns mais importantes outros apenas derivados daqueles, porém todos interligados entre si, vertical ou horizontalmente. Tais princípios se referem, somados ou alternativamente, a diversos institutos de Direito Administrativo.

Para aquele renomado autor:

Advirta-se, outrossim, que as regras, justamente por serem disposições expressas, encontram-se à imediata disposição do intérprete e, bem por isso, não apresentam qualquer dificuldade em ser localizadas. De extrema importância, isto sim, é desvendar os princípios acolhidos no sistema; isto é, os que se encontram vazados nas diversas normas administrativas, informando suas disposições, embora não se achem formal ou categoricamente expressos. Estes, genericamente acolhidos no sistema, presidem toda sua organicidade e, obviamente, podem ter generalidade

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. Atualizado por Sérgio Bermudes, 2001. p. 14

maior ou menor, aplicando-se, então, à totalidade dos institutos ou apenas a alguns deles. São estes princípios que compõem o equilíbrio do sistema e determinam a unidade e racionalidade interna do regime administrativo.¹⁸

Diante das muitas polêmicas envolvendo do registro de preços, é necessária sua análise perante os diversos princípios do Direito Administrativo. A diversidade de interpretações quando do confronto com os princípios levam a várias conclusões, acarretando, em consequência, controvérsias jurídicas insuperáveis. A obrigação da análise jurídica do SRP (Sistema de Registro de Preços) é comentada por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Mesmo numa visão objetiva e prática, é indispensável a análise dos princípios que regem um instituto regulamentado por norma jurídica, como é o SRP. Numa singela analogia, pode-se afirmar que os princípios estão para o Direito como os alicerces para o edifício: visível ou não, é o alicerce que dá sustentação à obra; expressos ou não na lei, são os princípios que garantem harmonia e consistência à ciência jurídica.¹⁹

Em sendo o registro de preços instituto inserido no âmbito das licitações públicas, atrai para si todos os princípios inerentes a estas, surgindo daí a necessidade de submissão a tais princípios. Somados aos que são preconizados na Constituição Federal, foram explicitamente citados na Lei 8.666/93 vários princípios, os quais serão colocados à prova quando da utilização do sistema de registro de preços. Desta forma a Lei estabelece:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos...

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio . *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. - São Paulo: Malheiros, 2006. P. 85

¹⁹ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 49

observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos...

Art. 11. As obras e serviços destinados aos mesmos fins terão projetos padronizados por tipos, categorias ou classes, exceto quando o projeto-padrão não atender às condições peculiares do local ou às exigências específicas do empreendimento...

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

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

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

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade...(Grifo nosso)²⁰

No capítulo três far-se-á uma análise, em separado, dos princípios aplicáveis à prática derivada do sistema de registro de preços chamada de “carona”, que será oportunamente apresentada e definida. Neste capítulo o registro de preços, como um todo, é que será posto à prova frente aos princípios.

2.2 Princípio da isonomia

Para alguns autores tal princípio possui o mesmo comando do princípio da igualdade, do qual decorrem também os da competitividade e impessoalidade. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia...²¹

²⁰ BRASIL. Lei nº.8.666, de 21 de junho de 1993. *Dispõe sobre licitações e contratos da administração pública*. Publicado no Diário Oficial da União em 22 de junho de 1993. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 abr. 2010.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª Edição. São Paulo. Malheiros. 2006.p. 509

Para Jacoby Fernandes, no entanto, a violação ao princípio da isonomia pode advir da própria lei, que estabelece limites ao princípio estudado, alijando alguns e beneficiando outros:

Preliminarmente, cabe registrar que, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, a isonomia não é uma garantia de igualdade absoluta, mas apenas se estabelece em função de determinado objeto ou sujeito de uma dada relação jurídica. Quando se afirma que “todos os cidadãos são iguais perante a lei”, como ensina Canotilho, significa, tradicionalmente, “a exigência de igualdade na aplicação da lei”.²²

Como o registro de preços se processa através de concorrência ou pregão, na execução propriamente dita da licitação, deverá o agente público seguir à risca o mandamento acima, sob pena de cometer uma ilegalidade, pois aquelas modalidades de licitação atraem para elas o princípio da isonomia.

O que se poderia argüir, no entanto, é como se analisaria tal princípio durante a validade da ata de registro de preços, pois nesse momento é que se questionaria que tal princípio esta ou não sendo abraçado, isto é, como justificar a não realização de outras licitações para aqueles mesmos itens? Durante a validade da ata, o tratamento dispensado aos demais possíveis concorrentes esta sendo isonômico?

A resposta a estas questões está na observância da Lei, pois só se é isonômico aos olhos da Lei. A norma foi feita para todos e é, também, de observância de todos. A oportunidade de participação e de ser o detentor daquela Ata de Registro de Preços era de todos quantos quisessem participar da licitação. Segundo Jacoby:

²² FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 52

No Direito, a isonomia é estritamente vinculada à Lei, porque a igualdade se estabelece ou não, segundo os ditames da norma, mas não se exaure na dimensão da legalidade.²³

Também se coaduna com a forma que deve ser aplicado o princípio da isonomia José dos Santos Carvalho Filho:

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em conseqüência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para o favorecimento de outros.²⁴

Ao divulgar uma licitação para registro de preços está a Administração tratando todos isonomicamente, sem distinção alguma, além de explicitar qual é a validade daquela Ata de Registro de Preços. Portanto não cabe ao não detentor da Ata registrada avocar para si a aplicação do princípio da isonomia, durante a validade da mesma, pois dessa forma estaria a Administração tratando o ganhador de forma desigual.

2.3 Princípio da legalidade

Ao se tratar de assuntos ligados ao Direito Administrativo, não se pode deixar de lado o princípio da legalidade, pois se trata de matéria capital deste ramo de Direito.

Como dito acima, o registro de preços é instituto incluso no da licitação pública. Norma regente desta, a Lei 8.666/93, em seu art. 4º, deixa clara a obrigatoriedade de obediência à lei. Tal comando tem observância obrigatória tanto aos administradores quanto

²³ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 52

²⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. Freitas Bastos, 1977, p. 12

aos licitantes e também a quaisquer cidadãos, tendo como balizamento o Interesse Público envolvido.

Como todos os atos dos administradores públicos são dirigidos pela legalidade, teoricamente não haveria o que se questionar com relação ao registro de preços, pois, como procedimento público que é, também está limitado pela lei.

No entanto, o que se poderia considerar é da possibilidade de flexibilização do princípio da legalidade, isto é, dar ao administrador certa liberdade no agir. Assim expõe Jacoby:

Até esse momento, há margem bastante razoável para integração das normas que regulam o SRP, tarefa que deve ser efetivada em consonância com o que foi exposto na parte relativa à importância prática dos princípios. Compete aos órgãos de controle verificar se a pertinência entre a conduta, não prevista expressamente na lei, e os princípios foi a que melhor atendeu ao ordenamento jurídico e ao interesse público. Como linha diretiva, parece importante abrir espaço às inovações que preservem os princípios do sistema, incentivando novos rumos em busca da eficiência.²⁵

É claro que isto não quer dizer agir fora do que a lei determina, apenas se daria incentivo aos administradores que busquem novas formas de aplicação do sistema de registro de preços, privilegiando outros princípios. Um exemplo dessas novas formas de aplicação seria exatamente a prática, estudada mais adiante, do “carona”, pois com ela se destaca outros princípios e, acima de tudo, alcança-se com maior eficácia o Interesse Público.

2.4 Princípio da moralidade

Tal princípio está ligado ao comportamento que a Administração deve ter no trato com os diversos atos que dela emergem. Tal deve ser não apenas lícito como primar pela

²⁵ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 55

moral, os bons costumes, as regras de boa administração, a justiça, a equidade, a ética, a lealdade, a boa-fé, a sinceridade, ausência de malícia, entre várias outras condutas que expressam a probidade dos procedimentos do Agente Público.

Dentre as várias legislações que tratam do assunto, entre elas a Lei 8.666/93, a Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade), destaca-se o Decreto nº 1.171/94 que instituiu o Código de Ética do servidor público federal.

Não cabem maiores considerações acerca deste princípio quando do estudo do registro de preços em si. Todas as análises referentes à moralidade são igualmente consideradas quando da realização de uma licitação “comum” que não visa o registro de preços. Discutir-se-á com maior afinco sobre a moralidade quando for tratada da prática do “carona”, esta sim, bastante polêmica em relação ao princípio ora considerado.

2.5 Princípio da publicidade

Este princípio, elencado expressamente no art. 37 da Constituição Federal, é de grande importância na sociedade democrática, possibilitando o conhecimento de todos os atos da Administração Pública. Assim elucida Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Por esse princípio a atuação administrativa terá que ser transparente, sem ocultações de atos e muito menos sigilo em relação aos mesmos. Não se admite mais, nos dias de hoje, que a Administração Pública, que é imbuída da finalidade em atingir o bem comum, se utilize de normas e metas que tenham o silêncio como a sua marca registrada de atuação.²⁶

Pode-se falar do princípio da publicidade, quando da realização e manutenção do registro de preços, em praticamente todas as fases do mesmo. Porém tal

²⁶ MATTOS, Mauro R. Gomes, *Licitações e seus princípios na Jurisprudência*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 40

princípio fica bastante evidente quando da necessidade da divulgação da Ata de Registro de Preços, trimestralmente, como prevê a Lei 8.666/93 no seu § 2º do art. 15: “Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial”.

Lembra Jorge Ulisses Jacoby que a publicidade só não vigora quando da obrigatoriedade de sigilo das propostas de preços. E coloca assim:

Sinteticamente, podem-se estabelecer as seguintes situações:

- Todos os atos do SRP, inclusive o próprio processo, com pareceres e decisões da Administração, são públicos e acessíveis aos interessados e a qualquer cidadão;
- A publicidade referida no item anterior abrange o registro dos atos, mas não alcança as reuniões de comissões, que para preservar a isenção dos trabalhos podem ser realizadas em recinto fechado ao público, exceto a sessão de abertura dos envelopes.²⁷

O objetivo da publicação da Ata teria duas funções: primeiro, seria possibilitar total acesso daqueles interessados em que a Ata seja anulada ou cancelada em virtude dos preços não serem mais atrativos. Com isso os pretendidos interessados poderiam participar da nova licitação. Segundo, seria a possibilidade da sociedade poder fiscalizar se os preços ainda continuam atraentes para a Administração.

2.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O registro de preços é realizado através de concorrência ou pregão, modalidades licitatórias que exigem, para sua divulgação, um edital com todas as regras a serem cumpridas tanto pelos participantes como pela própria Administração. Assim o Decreto

²⁷ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 58

3.931/2001 determina no seu art. 9º: “O edital de licitação para registro de preços contemplará, no mínimo: (Redação dada pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)...”.

As normas contidas no edital estão vinculadas à obediência aos princípios da legalidade e de todos os princípios e normas contidas na Lei 8.666/93. Assim ensina Jessé Torres:

... o princípio da vinculação ao instrumento convocatório faz do edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se a observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições; o art. 41 da Lei 8.666/93 ilustra a extensão do princípio ao declarar que “ A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” reconhecendo, no § 1º, a qualquer cidadão, legitimidade “ para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta lei.”²⁸

Todas as regras determinadas pelo instrumento convocatório deverão ser obedecidas no período de duração da Ata de Registro de Preços, o que exige, de todos aqueles envolvidos, atenção e disciplina redobrados, em razão da longa duração do compromisso.

2.7 Princípio do julgamento objetivo

Fixados os critérios de julgamento, obrigatoriamente objetivos, impõe-se à comissão de licitação ou ao pregoeiro adotá-los na apreciação das propostas. Estes julgamentos são assim mitigados por Jacoby:

²⁸ TORRES, Jessé. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública: Lei nº 8.666/93, redação da Lei nº 8.883/94*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 31

A aplicação prática do princípio não vai ao ponto de pretender que a comissão de licitação torne-se um autônomo examinador de papéis. A lei concede o poder de diligenciar, poder este aplicável ao SRP. Nos termos da lei, esse poder é limitado apenas à impossibilidade de incluir documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta.²⁹

Este princípio se aplica mais exatamente quando da realização da licitação para a implantação do sistema de registro de preços, sendo, no entanto, de grande importância. Pois, do resultado do julgamento, se conhecerá aquele licitante que será o grande fornecedor de material ou serviço para aquele órgão, além de o ser por um grande período.

2.7 Princípio da padronização

Considerando a sistemática de funcionamento do registro de preços, este princípio pode ser considerado um dos mais importantes do instituto. Assim também opina Jacoby:

Para o Sistema de Registro de Preços, como será visto no capítulo referente à descrição do produto, o princípio da padronização constitui um dos pilares, um vetor que pode interferir no êxito de todo o processo.³⁰

Longe de se querer determinar que tal princípio tenha prevalência sobre os demais, o que se deve considerar é que a própria Lei 8.666/93 determina nos seus art. 11 e 15 que a padronização deve ser realizada sempre que possível. Não se pode é padronizar para privilegiar determinado produto ou licitante, assim estar-se-ia restringindo participação do demais concorrentes.

Outrossim, a padronização, como já dito, está intimamente ligada à sistemática do registro de preços, inclusive quando se considera que a Administração estará vinculada àquele fornecedor durante um certo período de tempo, o que enseja uma constante

²⁹ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 61

³⁰ Idem

verificação, por parte desta, se a padronização ainda é justificada. Podendo levar, caso se modifique a decisão de padronização, ao cancelamento da Ata de Registro de Preços. Desta forma esclarece Marçal Justen Filho:

Também não significa que a Administração não possa manter a padronização para o futuro, renovando o “prazo de validade” de sua decisão anterior. A fixação de prazo para a padronização produz o único efeito de constranger a Administração a rever a situação existente, após certo período. Mantendo-se o panorama anterior, renova-se a padronização para o futuro.³¹

O administrador deve estar sempre preocupado quando deve ou não padronizar, pois sua decisão pode afetar mortalmente o princípio da isonomia. Tal insegurança também é comentada por Jacoby:

Felizmente, o ordenamento jurídico é consistente a ponto de afastar essas preocupações, desde que observados os ditames legais. No caso, invoca-se o art. 113 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual deve o administrador ser responsável pela demonstração de legalidade e regularidade dos atos que pratica. É pela aferição dos motivos elencados na justificativa da padronização com os fatos ocorrentes, contrastados com sabedoria, que os Tribunais de Contas, como os demais órgãos de controle, podem encontrar a descrição dos fatos que motivaram a aplicação do princípio da padronização e reconhecer a razoabilidade da ação.³²

Por esta razão, mais do que numa licitação normal, a que visa o registro de preços deverá ser melhor elaborada em relação à padronização, sob pena de prejudicar tanto a administração como o licitante.

Outra questão que aflora é a de que o princípio da padronização poderia ser usado como motivo para os maus agentes favorecerem apadrinhados, impossibilitando assim

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12a Ed., São Paulo: Dialética, 2008. p. 175

³² FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 62

a ampla disputa. Porém um princípio não tem prevalência sobre outro, fazendo com que o princípio da padronização respeite os demais, como os da isonomia e moralidade.

2.8 Princípio do parcelamento

Os comandos do art. 15 e do § 1º do art. 23, ambos da Lei 8.666/93, sugerem que as licitações deverão ser realizadas dividindo-se os objetos em quantas parcelas forem viáveis. Sendo clara a ampliação da participação de um maior número de licitantes em razão daquela divisão, não se pode negar que tal benefício é amplificado quando se realiza a licitação para registro de preços. Nesse entendimento segue Jacoby:

A aplicação do princípio ao SRP pode resultar num dos maiores avanços no fomento da economia pelo Estado, sem paternalismo ou injunções políticas. Por critérios científicos, num esforço revertido em prol do interesse público, esse princípio pode contribuir significativamente como instrumento para alavancar o progresso.³³

O Decreto nº 3.931/01, no seu art. 5º, assim estabelece com relação ao parcelamento:

Art. 5º A Administração, quando da aquisição de bens ou contratação de serviços, poderá subdividir a quantidade total do item em lotes, sempre que comprovado técnica e economicamente viável, de forma a possibilitar maior competitividade, observado, neste caso, dentre outros, a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.
Parágrafo único. No caso de serviços, a subdivisão se dará em função da unidade de medida adotada para aferição dos produtos e resultados esperados, e será observada a demanda específica de cada órgão ou entidade participante do certame. Nestes casos, deverá ser evitada a contratação, num mesmo órgão e entidade, de mais de uma empresa para a execução de um mesmo serviço em uma mesma localidade, com vistas a assegurar a responsabilidade contratual e o princípio da padronização.³⁴

³³ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 64

³⁴ BRASIL, Decreto nº 3.931, de 19 de julho de 2001. *Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências*. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 Abr 2010

Observa-se a grande importância de se parcelar as compras, tomando o cuidado de não dividir o objeto da compra em partes economicamente inviáveis, pois podem surgir itens com o custo de aquisição superior ao do próprio objeto. Outro cuidado que se deve considerar é o de não cometer o fracionamento da despesa, este sim, uma irregularidade combatida pelos diversos órgãos de controle, entre eles o Tribunal de Contas da União. Porém, até neste ponto para alguns autores o registro de preços pode ser útil ao extinguir o fracionamento de preços. Assim se expressou Rogério Santana do Ministério do Orçamento e Gestão no recurso ao Acórdão 1487/2007 do Tribunal de Contas da União:

Com o Sistema de Registro de Preços, o problema do fracionamento da despesa deixa de existir, porque se faz uma ampla concorrência ou pregão de tudo o que se quer comprar no exercício e o que faltar poderá ser então enquadrado na modalidade pertinente de licitação ou contratação direta.³⁵

Sem querer exaurir a análise de todos os princípios, a que está submetido o sistema de registro de preços, esta foi uma pequena amostra da complexidade que o tema inspira. Mais complexa e polêmica, ainda, é a prática, oriunda do registro de preços, denominada de “carona”, a qual se passará a estudar no capítulo próximo.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1487/2007. Relator: Ministro Valmir Campelo. 01ago2007. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>> Acesso em: 08 jun 2009.

3 A ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – “CARONA”

3.1 Conceito

Não bastasse a dificuldade de aceitação, tanto da Administração como dos Órgãos de Controle, do próprio sistema de registro de preços, uma de suas sistemáticas, a adesão à Ata de Registro de Preços, também denominada de “carona”, suscita grande discussão sobre sua legalidade e moralidade. Nesse sentido, no presente capítulo, será feita uma análise profunda de todas as controvérsias jurídicas acerca de sua utilização.

Na edição do Decreto Federal nº 3.931/01 foi inserido um artigo contendo a possibilidade de qualquer órgão ou entidade da Administração aderir à Ata de Registro de Preços elaborada por outro órgão. Disciplina o normativo:

Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da Ata de Registro de Preços, deverão manifestar seu interesse junto ao órgão gerenciador da Ata, para que este indique os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação.

§ 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da Ata de Registro de Preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento, independentemente dos quantitativos registrados em Ata, desde que este fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas.

§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços.³⁶

Dessa forma, o decreto autorizou a utilização da Ata de Registro de Preços por outro órgão que não tenha participado do certame. Tal sistemática disseminou-se nos

³⁶ BRASIL, Decreto nº 3.931, de 19 de julho de 2001. *Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências*. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 Abr 2010

últimos anos impulsionada por fatores diversos, trazendo consigo uma grande carga de discussões sobre sua legalidade.

Com o fim de conceituar a adesão à Ata criada pelo Decreto Federal, utilizar-se-á da definição dada por renomados autores. Para Joel de Menezes Niebuhr:

Adesão à ata de registro de preços, apelidada de carona, é o procedimento por meio do qual um órgão ou entidade que não tenha participado da licitação que deu origem à ata de registro de preços adere a ela e vale-se dela como se sua fosse, sendo-lhe facultado contratar até cem por cento do quantitativo nela registrado.³⁷

Outro autor que conceitua o “carona” e emite sua opinião, bastante crítica por sinal, é Jair Eduardo Santana:

Carona é apelido que se convencionou dar àquela unidade administrativa que se vale da ata (e de todo o procedimento) de outrem para efetuar aquisições; o carona não é o gerenciador da ata e tampouco dela participou. Apenas, como diz o nome vulgar, pega carona em ata alheia.³⁸

Como se pode perceber, na própria conceituação da adesão à Ata de Registro de Preços, os diversos autores, favoráveis ou não, já trazem na sua definição grande carga de adjetivos, explicitando claramente sua opinião. Assim se posicionou Marçal Justem Filho:

Em síntese, “carona” consiste na contratação fundada num sistema de registro de preços em vigor, mas envolvendo uma entidade estatal dele não participante originalmente, com a peculiaridade de que os quantitativos contratados não serão computados para o exaurimento do limite máximo. De acordo com a prática, a única restrição admitida reside no limite de 100% do quantitativo máximo objeto do registro por entidade. Qualquer órgão alheio

³⁷ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 109.

³⁸ SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços: manual de implantação, operacionalização e controle*. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 442.

ao sistema, independentemente de órbita federativa, pode valer-se dessa solução.³⁹

Para um melhor entendimento, órgão participante é aquele que, no momento da convocação do órgão gerenciador, comparece e participa do certame informando qual é sua necessidade, e órgão não participante, vulgo “carona”, é aquele que, não tendo participado na época oportuna, informando suas estimativas de consumo, requer, a posteriori, ao órgão gerenciador, o uso da Ata de Registro de Preços.

3.2 Natureza jurídica do “carona”

Num estudo de direito, para uma melhor compreensão e posicionamento no mundo jurídico, é importante que se defina qual é natureza jurídica do objeto em análise, principalmente quando se aborda um assunto polêmico.

Antes de se determinar a natureza jurídica da adesão à Ata de Registro de Preços é necessária a definição da natureza jurídica da própria Ata de Registro de Preços, pois o “carona” gera um compromisso a partir de uma Ata já formalizada. Para Eliana Goulart Leão assim se define a Ata:

A Ata de Registro de Preços não é um contrato de fornecimento, mas sim um instrumento obrigacional unilateral regido pelo direito público e, sem a conotação de contraprestacionalidade, própria dos contratos resultantes das licitações comuns.⁴⁰

Portanto, quando solicitado, o vencedor da licitação terá a obrigação de entregar o objeto constante da Ata, porém a Administração não tem a compromisso de adquiri-lo. Nesse sentido, é que a autora define a Ata como um instrumento obrigacional

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12a Ed., São Paulo: Dialética, 2008. p. 194

⁴⁰ LEÃO, Eliana Goulart, *O Sistema de Registro de Preços*. Campinas: Bookseller. 1996.p. 70

unilateral e não um contrato “normal” advindo de uma licitação comum, pois, diferentemente, em uma licitação “normal” existe a obrigação dos dois lados no cumprimento do contrato.

Qual seria então a natureza jurídica do “carona”, sendo o mesmo resultante de uma relação entre uma Unidade administrativa qualquer e o vencedor de uma licitação realizada por outro órgão? Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

A resposta é a extensão da proposta mais vantajosa a todos os que necessitam de objetos semelhantes, em quantidade igual ou menor do que o máximo registrado.⁴¹

Dessa forma, estendendo a proposta mais vantajosa a outros órgãos, gerar-se-ão outros contratos que não o original, obedecidas as regras da legislação vigente e os limites do edital da licitação para registro de preços. Lembre-se, no entanto, que inicialmente não terão obrigação de estendê-la, nem o órgão detentor da Ata e muito menos o vencedor da licitação. Após, ai sim, o contratado se obrigará perante a Administração “caronista” da mesma forma que o fez originalmente com a detentora da Ata. Tal contrato também é unilateral, gerando obrigação somente ao fornecedor de cumpri-lo, não tendo a Administração compromisso de adquirir nos moldes que requereu.

À parte da discussão sobre a legalidade do “carona” sua juridicidade tem que ser considerada sob diversos aspectos e não somente na forma como foi inserida no ordenamento, isto é, se o decreto tinha ou não poder de inseri-lo no dia-a-dia da Administração Pública. O regulamento determinou seus contornos e é assim que se deve analisá-lo. Assim também entende Jacoby:

Depois de ressaltar os casos de contratação direta e impor, como regra, o princípio da licitação, a Constituição Federal define os limites desse

⁴¹ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 672

procedimento, mas em nenhum momento obriga a vinculação de cada contrato a uma só licitação ou, ao revés, de uma licitação para cada contrato. Essa perspectiva procedimental fica ao alcance de formulações de modelos: no primeiro, é possível conceber mais de uma licitação para um só contrato, como na prática se vislumbra com o instituto da pré-qualificação em que a seleção dos licitantes segue os moldes da concorrência, para só depois licitar-se o objeto, entre os pré-qualificados; no segundo, a figura do *carona* para em registros de preços ou a previsão do art. 112 da Lei nº. 8.666/93. Desse modo, é juridicamente possível estender a proposta mais vantajosa conquistada pela Administração Pública como amparo a outros contratos.

O fornecedor do *carona* é uma empresa que assegurando ao órgão gerenciador a certeza da disponibilidade do objeto, ainda pode, se for da sua conveniência, suportar a demanda de outros órgãos, pelo mesmo preço declarado na licitação como proposta mais vantajosa.⁴²

O autor, nesses parágrafos, demonstrou os contornos jurídicos do “carona” e, mais ainda, evidenciou a constitucionalidade do mesmo ao afirmar ser possível estender a proposta mais vantajosa para fazer frente a outros contratos da Administração. Tal opinião converge a com a do autor desta obra, porém não é o que acorda o Tribunal de Contas da União.

3.3 Posicionamento do Tribunal de Contas da União

No ano de 2007, o TCU (Tribunal de Contas da União) se viu frente a uma representação de sua 4ª Secretaria de Controle Externo acerca de possíveis irregularidades em uma Ata de Registro de Preços de um pregão do Ministério da Saúde. No processo de nº TC-008.840/2007-3 discutiu-se sobre a legalidade de adesões àquela Ata, em virtude de outra decisão do TCU, em Acórdão de 2006, o qual constatou possível “jogo de planilha” por parte dos licitantes.

Relatado pelo Ministro Valmir Campelo, a representação resultou no Acórdão de nº 1.487/2007. Tal decisão gerou várias determinações e orientações,

⁴² FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 673

principalmente ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Dentre as determinações, interessa a que estabeleceu prazo para o MPOG (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão) no sentido de adotar providências com vistas à reavaliação das regras estabelecidas para o registro de preços no Decreto nº 3.931/2001, de forma a estabelecer limites à adesão nos registros de preços pelos diversos órgãos da Administração. Assim acordaram os Ministros:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno/TCU, e considerá-la parcialmente procedente;

9.2. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que:

9.2.1. oriente os órgãos e entidades da Administração Federal para que, quando forem detectadas falhas na licitação para registro de preços que possam comprometer a regular execução dos contratos advindos, abstenham-se de autorizar adesões à respectiva ata;

9.2.2. adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto nº. 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão;

9.2.3. dê ciência a este Tribunal, no prazo de 60 (sessenta) dias, das medidas adotadas para cumprimento das determinações de que tratam os itens anteriores;

9.3. determinar à 4ª Secex que monitore o cumprimento deste Acórdão;

9.4. dar ciência deste Acórdão, Relatório e Voto, ao Ministério da Saúde, à Controladoria Geral da União e à Casa Civil da Presidência da República.⁴³

Passados mais de 6(seis) anos da edição do Decreto 3.931/2001 o TCU se posicionou, através do Acórdão acima, em relação ao “carona”. Tal decisão, longe de ser pacífica, gerou inúmeras críticas e infundáveis elogios, não só dos Agentes da Administração, como também de renomados doutrinadores. Dentre aqueles, vale citar o que pondera o

⁴³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1487/2007. Relator: Ministro Valmir Campelo. 01ago2007. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>> Acesso em: 08 jun 2009.

Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, no pedido de Reexame ao Acórdão acima, onde, na sua conclusão, esclarece:

Desta feita, de posse da concepção de que a ata de registro de preços advém de uma licitação altamente competitiva, além de que o instituto do carona deve atender a determinados pressupostos legais, dentre os quais consta o da vantajosidade para a Administração, imperioso reconhecer que a fundamentação balizadora da r. decisão merece ser revista, para se situar como mais benéfica para a Administração.

Por meio dos argumentos apresentados, verifica-se que os fundamentos do r. Acórdão vergastado partem de premissas não adequadas à realidade da Administração Pública, que, pelo contrário do que fora alegado, tem obtido inúmeras vantagens em economia, eficiência e segurança para os procedimentos de aquisição de produtos e serviços.

Ademais, a limitação das adesões às atas de registro de preços afronta os princípios da economicidade, da eficiência e da competitividade, visto que influenciam diretamente na formação do procedimento de Registro de Preços, reduzindo o interesse dos particulares, aumentando o número de licitações a serem realizadas e, por conseguinte, aumentando o valor e custo das contratações.⁴⁴

A muito, toda a Administração Pública e inúmeros interessados aguardavam providências do Tribunal de Contas da União em relação ao registro de preços e mais precisamente ao “carona”. Alguns esperavam que fosse declarada sua inconstitucionalidade, outros fosse o “carona” definitivamente considerado juridicamente válido. Assim comentou Joel de Menezes Niebuhr:

O Tribunal de Contas da União preferiu não declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da adesão à ata de registro de preços. Ele apenas considerou exagerada a adesão ilimitada à ata de registro de preços e, pois, determinou ao Executivo Federal que estabeleça limites.

O referido Acórdão do Tribunal de Contas da União foi bastante festejado pelos professores de Direito Administrativo, cuja maioria sempre se opôs à adesão à ata de registro de preços. Finalmente o Tribunal de Contas da União manifestara-se e finalmente reconheceu que havia algo de errado.⁴⁵

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1487/2007. Relator: Ministro Valmir Campelo. 01ago2007. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>> Acesso em: 08 jun 2009.

⁴⁵ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 126

Outros Tribunais de Contas também se posicionaram em relação ao “carona”. O Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, através do Acórdão nº 475/2007, foi favorável, limitando o total dos “caronas” à 25% do licitado. O Tribunal de Contas do Distrito Federal foi reconheceu a legalidade da prática. Porém, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina decidiu pela ilegalidade da adesão à Ata de Registro de Preços.

Nesse contexto, a adesão à Ata de Registro de Preços não agrega as diversas opiniões, nem tão pouco a decisão do Tribunal de Contas da União conseguiu acalmar os ânimos, razão pela qual necessária é uma crítica daquela nova sistemática, principalmente quanto às suas controvérsias jurídicas.

3.4 Controvérsias jurídicas acerca da Adesão à Ata

Desde sua criação e principalmente após sua utilização em larga escala, o “carona” vem sendo alvo de pesadas críticas, tanto favoráveis como desfavoráveis. No presente capítulo faremos uma análise bastante criteriosa de toda a celeuma gerada pela adesão à Ata de Registro de Preços. Para tanto será feita uma imersão do procedimento em vários princípios de Direito Administrativo além de se elencar várias vantagens do mesmo. Desta forma será possível uma crítica organizada, isto é, extrair-se-á, tanto do Acórdão como do Pedido de Reexame feito pelo MPOG, todos os pontos importantes, colocando-os frente à doutrina e os princípios.

3.4.1 *Princípio da isonomia*

Para o TCU: “... a permissão ilimitada de adesões às Atas de Registro de Preços afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os competidores...”

Também, para os autores abaixo, o princípio da isonomia é frontalmente desrespeitado pelo carona.

Para Marçal Justen Filho é incompatível com a isonomia:

...A contratação indiscriminada e ilimitada com um particular, simplesmente por haver obtido o registro de preços, configura infração ao princípio da isonomia. Teria de assegurar-se a todos os demais fornecedores tratamento equivalente, eis que o titular do preço registrado não formulara proposta para realizar a contratação que se consumou. Surge uma preferência incompatível com a licitação e com a isonomia.⁴⁶

Para Ramon Alves de Melo todos devem ser iguais perante a lei, nesse sentido a isonomia é violada:

O princípio da isonomia é violado quando a figura do carona propicia ao beneficiário de uma Ata de Registro de Preços, direito em contratar com outros órgãos, sem licitação, em detrimento de outros potenciais interessados do mesmo ramo de atividade e com as mesmas condições jurídicas.

O Princípio da isonomia significa que aos indivíduos deve ser assegurado tratamento isonômico, ou seja, tratar os iguais de forma igual e os desiguais desigualmente.

Essa igualdade deve ser observada tanto na elaboração das leis, quanto na sua aplicação. O princípio da igualdade decorre do caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que preconiza que todos são iguais perante a lei.⁴⁷

Para Toshio Mukai a isonomia, aqui considerada como os princípios da igualdade e da competitividade, é ofendida frontalmente:

Observa-se, assim, que o art. 8º do Decreto n.º 3.931/01, além de possibilitar esse verdadeiro escândalo, criminoso e inconstitucional, ofende frontalmente

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12a Ed., São Paulo: Dialética, 2008. p. 197

⁴⁷ MELLO, Ramon Alves de. *O sistema de registro de preços a figura do carona e a violação dos princípios jurídicos aplicáveis as licitações públicas*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/8398/1pagina1.html>> Acesso em 29 Abr 2010.

o princípio do art. 37 da C.F. e do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, ou seja, os da igualdade, o da moralidade e o da competitividade.⁴⁸

Na opinião de Joel Niebuhr o “carona” deixa vulnerável a isonomia, pois, para o autor, trata-se de contratação direta:

A figura do carona é ilegítima, porquanto através dela procede-se à contratação direta, sem licitação, fora das hipóteses legais e sem qualquer justificativa, vulnerando o princípio da isonomia, que é o fundamento da exigência constitucional que faz obrigatória a licitação pública.⁴⁹

Já para os autores e doutrinadores a seguir o instituto não contraria o princípio da isonomia.

Para o MPOG, no pedido de reexame, a adesão não afronta a isonomia, pois é de conhecimento de todos que a Ata poderá ser extensiva a todos enquanto vantajosa:

A uma, porque a própria ata de registro é fruto de um certame altamente competitivo. O Sistema de Registro de Preços, como demonstrado, tem publicidade e amplitude nacional, determina o parcelamento do objeto em lotes, quando possível, e, na maioria das vezes, é realizado por meio de pregão... é a modalidade mais competitiva de licitação.

...a adesão não é livre... a Lei expressamente impõe requisitos à adesão de não participantes(carona)...

...existe a possibilidade de que um particular interessado impugne qualquer adesão a uma ata registrada, caso tenha condições de oferecer um preço melhor, ou represente ao Tribunal de Contas.

Destarte, ante a essa possibilidade instigante para o particular, todos ficam incentivados a esmerar-se ao máximo para vencer o certame. De outro modo, limitar a adesão, sim, é que pode acabar por reduzir a competitividade dos certames em Sistema de Registro de Preços, diminuindo o interesse do particular em participar mais vigorosamente.

A possibilidade de adesão só afrontaria os princípios da isonomia e da competitividade se fosse inserida depois da licitação; mas, ao contrário,

⁴⁸ MUKAI, Toshio. *Registro de Preços em nível federal. Inconstitucionalidade do art. 8º (Figura do "Carona") do Decreto n.º 3.931/200. Possibilitação de Cometimento do crime previsto no art. 89 da Lê in.º8.666/93.*

Disponível na Internet: <<http://www.governnet.com.br/noticia.php?cod=1484>>. Acesso em 08 jun 2009.

⁴⁹ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p

todos sabem, desde o início do certame, que a proposta é válida e extensível a todos, enquanto for vantajosa.⁵⁰

Nessa mesma direção opina Jacoby, considerando que a razão da isonomia não é a de distribuir demandas e sim a busca da melhor proposta:

É precisamente nesse ponto que são olvidados pressupostos fundamentais da licitação enquanto processo: a finalidade não é servir aos licitantes, mas ao interesse público; a observância da isonomia não é para distribuir demandas uniformemente entre os fornecedores, mas para ampliar a competição visando a busca de proposta mais vantajosa.⁵¹

Expostos acima uma plêiade de opiniões contra e favoráveis à adesão Ata de Registro de Preços, relacionados ao princípio da isonomia, fácil é perceber que não existe um consenso sobre o assunto.

À parte de opiniões contrárias, a adesão à Ata de Registro de Preços não fere o princípio da isonomia.

Os diversos autores e também o TCU parecem se esquecer que o registro de preços não é uma modalidade de licitação, ele é gerado através de uma das modalidades previstas: pregão ou concorrência. Analisando-se a Lei 8.666/93 deduz-se que, pela sistemática adotada na sua elaboração, a licitação mais competitiva, que exige uma maior divulgação e esta cercada de várias preocupações em relação ao seu conhecimento pela sociedade, é a concorrência.

Da mesma forma o pregão surgiu para que a licitação pública pudesse ser mais ágil e alcançasse um maior número de fornecedores possíveis. Na mesma direção o

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1487/2007. Relator: Ministro Valmir Campelo. 01 ago 2007. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>> Acesso em: 08 jun 2009.

⁵¹ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 673

pregão eletrônico, como o próprio nome diz, também foi criado para uma melhor divulgação, utilizando para tanto o meio eletrônico de maior alcance que se tem conhecimento: a internet.

Desnecessário seria lembrar àqueles autores que a licitação para registro de preços é realizada sob o amparo de normas editadas e de conhecimento obrigatório de todos. Quais sejam: Lei 8.666/93, Decreto Federal 3.931/2001, Lei 10.520/2002 entre outras.

Portanto, os que alegam que o “carona” afronta o princípio da isonomia estão equivocados. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, do princípio da isonomia se extrai também os da igualdade, competitividade e impessoalidade, assegurando, todos eles, a igualdade de direitos daqueles interessados em contratar. Todos quantos queiram participar de licitação que originará uma Ata Registro de Preços têm conhecimento que a mesma poderá ser utilizada por outros órgãos da Administração, pois está expresso com todas as letras no Art. 8º do Decreto nº 3.931/2001:

Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.⁵²

A ninguém é dado o direito de desconhecer as normas editadas pelo poder público. Portanto, se todos têm o conhecimento que a ata poderá ser utilizada por outro órgão, a eles é dado o mesmo tratamento, isto é, a aclamada isonomia pode ser comprovada sem nenhuma dificuldade. No pedido de reexame do MPOG fica evidente o demonstrado acima:

⁵²BRASIL, Decreto nº 3.931, de 19 de julho de 2001. *Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências.* Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 Abr 2010

A possibilidade de adesão só afrontaria os princípios da isonomia e da competitividade se fosse inserida depois da licitação....⁵³

Como a maioria dos registros de preços são realizados através de pregão eletrônico, os prováveis licitantes não podem alegar que desconhecem as milhares de licitações que são publicadas nos diversos sistemas utilizados pelas Administrações. E, desta forma, caso não sejam vencedores do certame, não poderão utilizar como pretexto de isonomia a não participação em futuras adesões àquela Ata, na qual não obtiveram êxito. Porém não é o que pensa Marçal Justen Filho:

Mas seria duvidosa a constitucionalidade de uma disposição legal que pretendesse instituir a “carona”. A prática da “carona” infringe o princípio da isonomia, eis que cria uma espécie de privilégio para alguém que venceu uma licitação. Esse sujeito pode-se valer do resultado da licitação para uma série indeterminada e ilimitada de contratações com o mesmo objeto.⁵⁴

Ao alegar que se cria uma “espécie de privilégio” ao vencedor de uma licitação para registro de preços, Marçal Justen Filho se esquece que esse tal “privilégio” poderia ser dado a qualquer um dos participantes do certame, bastaria que os mesmos fossem os ganhadores da mesma.

3.4.2 *Princípio da legalidade*

Mesmo alguns doutrinadores que alegam que o “carona” fere o princípio da legalidade, o fazem deixando bem claro que se alguém o fez foi o Presidente da República.

⁵³BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1487/2007. Relator: Ministro Valmir Campelo. 01 ago 2007. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>> Acesso em: 08 jun 2009.

⁵⁴JUSTEN FILHO, Marçal. *TCU restringe a utilização de "carona" no sistema de registro de preços*. Disponível na Internet: <<http://www.justenfilho.com.br/midia/15.pdf>> Acesso em: 08 jun 2009.

Portanto, os Agentes da Administração que se utilizam da adesão à Ata de Registro de Preços não cometem ilegalidade nenhuma, pois cumprem estritamente o que a norma preceitua.

Assim Joel de Menezes Niebuhr esclarece:

O carona não vulnera a legalidade em razão do que ele implica ou dispõe, mas porque foi criado de modo inválido, incompatível com o inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal. Melhor explicando: a forma como o carona foi criado, valendo-se de mero regulamento administrativo, sem previsão legal, é que fere o princípio da legalidade, não seu conteúdo ou aquilo que o carona em si implica e dispõe. O que a adesão à ata de registro de preços em si implica e dispõe viola outros princípios, não o da legalidade.⁵⁵

Apesar de o autor explicar seu ponto de vista, data vênua, sua posição também parece ser equivocada, pois o Decreto Federal não inovou ao criar o instituto do carona, apenas regulamentou a utilização, pela Administração, de outra licitação. Aparentemente o autor considera a adesão à Ata outra modalidade de licitação, o que evidentemente não é.

Toshio Mukai ao comentar que o Governo do Estado de São Paulo baixou o Decreto n. 51.809, de 16 de maio de 2007, que dispõe sobre o registro de preços em nível estadual, acompanhando o Decreto Federal, cita:

E, ao mesmo tempo, se constitui num crime, tendo em vista que, segundo o art. 89 da Lei n. 8.666/93, qualquer contratação feita pelos órgãos e entidades da administração pública, sem licitação, fora das hipóteses legais (previstas nos arts. 17, 24 e 25 da Lei n. 8.666/93) se constitui em crime. Destarte, o decreto estadual dirige o agente contratante ao cometimento de um crime, pois aí há dolo, visto que, tanto os autores do decreto como os seus cumpridores sabem que estão violando a legislação, eis que essa figura que foi denominada de carona inexistente e não pode existir no ordenamento jurídico nacional.⁵⁶

⁵⁵ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 114

⁵⁶ MUKAI, Toshio. *Registro de Preços em nível federal. Inconstitucionalidade do art. 8º (Figura do "Carona") do Decreto n.º 3.931/200. Possibilitação de Cometimento do crime previsto no art. 89 da*

Tal afirmação é temerosa, pois ao afirmar que os agentes da administração cometem crime, não mede o temor que tais palavras podem gerar nos servidores mais desavisados. Impedindo, com isto, que os mesmos utilizem um instrumento muito eficaz para a Administração Pública.

Para demonstrar que os agentes públicos honestos podem e devem se utilizar da ferramenta sem se preocupar, pois não estão cometendo nenhum ato de improbidade, Mônica Nicida Garcia comenta quando um agente público pode ser responsabilizado:

O “ato de improbidade”, portanto, não é qualquer ato praticado em ofensa ao princípio da probidade administrativa, mas sim o ato descrito na lei, como sendo tal. É em torno desse ato de improbidade, legalmente definido como tal, em cumprimento à determinação constitucional, que se encontra a esfera de responsabilização do agente público pela prática de ato de improbidade administrativa.⁵⁷

Ao comentar as palavras de Toshio Mukai, Luiz Carlos Calvet de Aquino, assim se expressou:

Como se não bastassem essas referências eloqüentes e retóricas, o citado professor conclui seu artigo afirmando, levemente, que a Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, órgãos dos Estados do Amazonas, Minas Gerais, Mato Grosso e Ceará, e do Distrito Federal, assim como o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, teriam se utilizado dessa notória estratégia de corrupção e efetivação de crime...”

Destaca-se que essa qualificação torna-se leviana quando se vislumbra a posição dos gestores públicos que optaram pelo procedimento de adesão à ARP, justificando sua adoção e respeitando seus requisitos legais, posto que a eles são imputados, indiretamente, os mesmos predicados atribuídos ao carona.⁵⁸

⁵⁷ GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte. Fórum, 2004. p. 265
Lei.º8.666/93. Disponível na Internet: <<http://www.governnet.com.br/noticia.php?cod=1484>>. Acesso em 08 jun 2009.

⁵⁸ Luiz Carlos Calvet de Aquino (<http://www.amma.com.br/artigos~2,987,,,o-carona-no-sistema-de-registro-de-precos>)

Como comentado, Toshio Mukai fez uma análise extremamente parcial do tema, não levando em consideração as vantagens da sistemática para Administração Pública e, em consequência, para o Interesse Público.

Balizando todo o entendimento de que o “carona” não fere o princípio da legalidade, Jacoby em comentário rico de acertos sobre o Decreto 3.931/2001, esclarece:

Essa norma que regulou o Sistema de Registro de Preços acolhe os melhores fundamentos da melhor escola de processo regulamentador. Os operadores do Direito que definiram seus contornos trazem não só larga experiência em processo legislativo, quanto vivência prática com o tema específico. Hauriram da riqueza de fatos e experiências vivenciadas uma norma que alargou os contornos jurídicos do instituto, na precisa limitação que somente à lei se reserva.⁵⁹

3.4.3 *Princípio da moralidade*

Os autores que alegam que a adesão à Ata de Registro de Preços fere o princípio da moralidade, o fazem cometendo uma grande injustiça, partindo da premissa de que todos os agentes públicos são imorais e corruptos. Reza a Constituição no seu inciso LVII do Art. 5º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”. Dessa forma o Sr. Toshio Mukai disse:

Observa-se, assim, que o art. 8º do Decreto n. 3.931/01, além de possibilitar esse verdadeiro escândalo, criminoso e inconstitucional, ofende frontalmente o princípio do art. 37 da CR e do art. 3º da Lei n. 8.666/93, ou seja, os princípios da igualdade, da moralidade e da competitividade. Destarte, o decreto estadual dirige o agente contratante ao cometimento de um crime, pois aí há dolo, visto que, tanto os autores do decreto como os seus cumpridores sabem que estão violando a legislação, eis que essa figura que foi denominada de carona inexistente e não pode existir no ordenamento jurídico nacional.⁶⁰

⁵⁹ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 669

⁶⁰ MUKAI, Toshio. *Registro de Preços em nível federal. Inconstitucionalidade do art. 8º (Figura do "Carona") do Decreto n.º 3.931/2000. Possibilitação de Cometimento do crime previsto no art. 89 da Lê in.º8.666/93*. Disponível na Internet: <<http://www.governnet.com.br/noticia.php?cod=1484>>. Acesso em 08 jun 2009.

Não se quer, aqui, negar que existam desvios de comportamento por parte de muitos dos que se utilizam do “carona”. Mas os que afirmam que isto é uma regra deveriam, então, acusar todos os que realizam qualquer tipo de licitação e não só o registro de preços e a sua adesão. Quem “pega carona”, via de regra, também é quem procede todas as licitações de um órgão. Se existe corrupção não é o ato de aderir a uma Ata que aumentará sua incidência, o problema está no agente e não nas normas. Assim também entende Jacoby:

Por fim, é importante assinalar que nenhum sistema está imune a desvios de finalidade, mas essa possibilidade não pode impedir o desenvolvimento de processos de modernização⁶¹.

Até autores que são radicalmente contra o “carona” não concordam com generalização total de que todos os agentes são desonestos. Para Joel de Menezes Niebuhr:

Não se quer afirmar que todos que participam do “carona” defendem a imoralidade, são desonestos ou receberam algum tipo de vantagem indevida. O que se quer afirmar é que o “carona” abre as portas da Administração Pública nacional a isso, porquanto não há controle algum.⁶²

Quando o autor alega que não existe controle algum nos diversos Órgãos da Administração Pública, o faz sem muito conhecimento da realidade daquelas repartições. No mínimo existe um Controle Interno dentro de cada Órgão, além, é claro, de Assessorias Jurídicas, que, deveriam emitir pareceres em relação à adesão de alguma Ata de Registro de Preços.

A afirmação de que quem adere a uma Ata está praticando imoralidade é no mínimo confusa, pois quem realizou a licitação não foi o “carona” e sim o órgão gerenciador.

⁶¹ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.

⁶² GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 124

Se alguém tem que ser acusado por algum favorecimento que seja o agente correto e não aquele que, à época, nem tinha conhecimento do processo de compra.

Afastada a generalização de imoralidade da Administração cabe aqui uma constatação de uma irregularidade, mais precisamente uma forma de corrupção, que realmente acontece em alguns órgãos nos diversos poderes. O grande problema, diferentemente do que imagina os críticos do carona, não está naquele que adere à Ata e sim naquele que executa uma licitação para registro de preços a pedido de um lobista.

Em várias repartições para que se efetue uma determinada licitação é necessário seguir uma demorada burocracia, que, ao contrário do que poderia pensar, é extremamente benéfica para fins de controle. O caminho a percorrer, para aprovação de certa compra, normalmente passa por vários passos, sendo um deles a aprovação pelos assessores jurídicos e Controle Interno. Naquelas instituições, onde tais etapas são vencidas com maior facilidade, é que agem os lobistas, aprovando suas Atas com maior facilidade. Porém na instituição onde se realizou a licitação a mesma não é utilizada. De posse de tais Atas estes mal intencionados passam a “vendê-las” em outros órgãos, onde normalmente não se conseguiria, com tanta facilidade, a execução daquele tipo de licitação.

Apesar de insistir na teoria de que nem todos os Agentes Públicos são imorais, muitas vezes o procedimento acima não visa a corrupção, objetiva apenas facilitar a execução de uma licitação numa repartição onde a “burocracia” é bem menor do que a do órgão aderente. Este sim é um procedimento que fere, frontalmente, a obrigação de licitar, além dos princípios da moralidade e impessoalidade. Dessa forma, estes agentes cometem, sim, crimes previstos na Lei 8.666/93.

3.5 Das vantagens do “carona”

Várias são vantagens do “carona” quando o mesmo é comparado ao procedimento normal de licitação. Assim também comentou Luiz Carlos Calvet de Aquino:

De outro lado, tem-se asseverado que, favoravelmente ao “carona”, advogam os princípios da economicidade, da eficiência e da cooperação federativa, o exercício legal da atividade regulamentar do Poder Executivo e da competência normativa *interna corporis* dos Poderes Legislativo e Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, bem como o aspecto pragmático da celeridade que é imposta às contratações públicas

Como se pode verificar vários são os defensores do “carona”, exaltando para isso, as grandes vantagens geradas quando da utilização do mesmo.

Dentre os benefícios da adesão à Ata, a economia de escala é bastante comentada, apesar de não ser unânime. Para o TCU no Acórdão 1487/2007:

8. Para além da temática principiológica que, por si só já reclamaria a adoção de providências corretivas, também não pode deixar de ser considerada que, num cenário desses, a Administração perde na economia de escala, na medida em que, se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas.⁶³

Sendo esta uma das maiores críticas ao “carona”, tal demonstra um raciocínio limitado daqueles que o fazem, pois normalmente o que acontece na prática é exatamente o contrário. As adesões ocorrem em Atas com quantidades bem superiores ao que necessita o órgão que adere ao certame e não como alega o Tribunal de Contas da União no Acórdão acima. Na decisão acima o exemplo que foi utilizado, não obstante, não espelha o dia-a-dia das administrações. No pedido de reexame do MPOG fica bem exemplificado:

⁶³ BRASIL.Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1487/2007. Relator: Ministro Valmir Campelo. 01ago2007. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>> Acesso em: 08 jun 2009.

Ademais, a economia de escala em favor da Administração pode ser vista sob o enfoque inverso do invocado pela r. decisão. Para melhor ilustrar, novamente, serve-se de exemplo prático:

Imagine que uma ata de preços que registre o valor de 5.000 (cinco mil) computadores, pode gerar uma economia substancial, em escala, para o carona que tiver a intenção inicial de adquirir apenas 1.000 (um mil).

Ora, mesmo que este último realizasse um certame dos mais competitivos concebíveis, para adquirir 1.000 computadores, certamente não alcançaria um desconto semelhante ao que naturalmente consegue um certame para adquirir 5.000. É o que se pode denominar de verdadeira economia de escala.

Assim, verifica-se que a economia de escala é auto-compensativa.⁶⁴

Dando continuidade ao argumento, o autor também cita que, como dito acima, o exemplo utilizado pelo TCU não espelha a realidade da administração:

Dessa forma, deveras provado que esse último fundamento do r. Acórdão recorrido também não merece prosperar. Face às demonstrações fáticas obtidas por meio de pesquisa na Administração, bem como pela desconstrução lógico-argumentativa acima exposta, verifica-se que além de ser uma crítica ao Sistema de Registro de Preços diretamente, e não à possibilidade de adesão às suas atas, tal fundamento não é adequado à verdadeira situação da Administração Pública.⁶⁵

Outra vantagem que se apresenta quando se adere a uma Ata é grande possibilidade de economia para os cofres públicos. Ao participar de uma licitação para registro de preços os interessados se empenham muito mais ao vislumbrar que, daquela Ata, poderão advir vários outros contratos. Assim expõe o Secretário Rogério Santana no Pedido de Reexame ao Acórdão do TCU:

De modo inverso, porém, como pretende o r. Acórdão vergastado, é bastante razoável que a limitação do número de adesões reduza a competitividade do certame. Isso porque diminuirá a possibilidade de o particular ganhar com a economia de escala obtida pela adesão de outros entes da Administração.⁶⁶

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1487/2007. Relator: Ministro Valmir Campelo. 01ago2007. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>> Acesso em: 08 jun 2009.

⁶⁵ Idem

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1487/2007. Relator: Ministro Valmir Campelo. 01ago2007. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>> Acesso em: 08 jun 2009.

Há ainda outras formas de se comprovar a economia que pode gerar a prática do “carona”, como por exemplo, quando várias unidades das mais diversas regiões da Federação verificam a possibilidade de adesão à Atas de outras regiões ou nível federativo. Assim cada órgão verifica se aquele preço é o melhor do mercado, considerado dentro de uma amplitude muito maior do que o seu próprio mercado.

Com a possibilidade de adesão à Ata por diversos órgãos da Administração, outra vantagem que se agiganta é do maior controle a que está submetida a Ata objeto da adesão. Pois, além do controle a que está submetida pelo próprio órgão que realizou a licitação, sofrerá uma fiscalização de todos os outros que pretendem dela se utilizar. Jacoby Fernandes também concorda:

A toda evidência o sistema de controle apresenta inequívocos parâmetros de aferição, pois à luz do art. 113 da Lei de Licitações Contratos e do próprio art. 8º transcrito em preâmbulo ao presente, compete ao carona evidenciar no processo a vantagem.

O aprimoramento do sistema de registro de Preços e a intensificação do uso do carona levarão inevitavelmente ao expurgo dos preços abusivos, pois a publicidade de ofertas disponíveis será cada vez mais ampliada.

Tem-se, nesse contexto, um animador enfoque da função do controle para esse procedimento, pois deixando de cobrar o processo como um fim em si mesmo passa a verificar se o *carona* demonstrou adequadamente que a adesão era mais vantajosa do que licitação convencional e se os preços de aquisição concretizam a vantagem, anunciada: controle gerencial.⁶⁷

Dessa feita, várias são as vantagens que a adesão à Ata de Registro de Preços pode apresentar, por ser a mesma ágil e tornar a Administração bem mais “leve” e eficaz.

⁶⁷ FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 673

Os que são contra a prática do “carona” geralmente se apegam a rígidos processos de compra e onde, muitas vezes, não se verifica a figura de maior vantagem para a Administração. Assim também é o entendimento do MPOG:

Data maxima venia aos que entendem de modo contrário, é incontestável que as críticas produzidas face ao SRP e o instituto do carona configuram um demasiado apego aos ortodoxos processos licitatórios, em prejuízo, muitas vezes, da própria economicidade para a Administração.

Os argumentos erigidos substanciam-se na alegação de que a Constituição “manda” licitar, ou de que é afronta ao princípio da razoabilidade permitir um número ilimitado de caronas. Tais afirmações, contudo, parecem abandonar o fundamento primordial da licitação, que é a contratação mais vantajosa, garantindo de forma isonômica o menor valor para a Administração – tanto no que se refere aos encargos administrativos com a realização de todo o procedimento, bem como com o valor da contratação.

Incontroverso, como se demonstrou anteriormente, que o carona está contratando objeto previamente licitado e deve precaver-se que o menor preço é o que se está aderindo, além de reduzir para quase zero os custos administrativos da contratação. Isso sem desprezar que o procedimento do carona é precedido de processo licitatório amplamente divulgado e competitivo por concorrência ou pregão – SRP.

Desta feita, interessa para atender à Constituição Federal que sejam garantidos os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da moralidade e da eficiência, o que está amplamente consagrado quando das adesões às atas de registro de preços.

A realização de inúmeros processos licitatórios é, muitas vezes, mais onerosa para a Administração e não garante a vantagem ofertada em uma contratação por Registro de Preços – o que afronta os princípios da economicidade, da eficiência e da razoabilidade.

Desse modo, a Administração não pode ser impelida a repetir processos licitatórios quando já existe proposta mais vantajosa disponível.⁶⁸

Desse modo fica evidente que tanto o registro de preços quanto a adesão à sua Ata são formidáveis ferramentas que tem a Administração Pública ao seu dispor. Cabendo aos órgãos de controle e execução, responsáveis por suas limitações e usos, desenvolver melhor aqueles mecanismos de contratação, tornando-os juridicamente incontestáveis, além de uniformizar sua utilização.

⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1487/2007. Relator: Ministro Valmir Campelo. 01ago2007. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>> Acesso em: 08 jun 2009.

CONCLUSÃO

O presente trabalho visou uma análise das controvérsias jurídicas a cerca da utilização do registro de preços. Tal estudo foi decomposto em vários temas, os quais a seguir expostos.

Inicialmente, buscou-se localizar na história quando e onde surgiu o instituto avaliado. Ao se retroceder no tempo, este trabalho comprovou que o registro de preços teve sua origem no Código de Contabilidade Pública da União (Decreto Federal nº 4.536, de 28.1.22), o qual tratou apenas superficialmente o tema. Com a edição do Decreto-Lei 2.300, de 21.11.86, que revogou expressamente o Código de Contabilidade Pública da União, o registro de preços começou a ganhar maior visibilidade, porém só foi colocado em prática no Município de São Paulo em 1990. No ano de 1993 o Governo Federal editou a Lei 8.666, instituindo normas para licitações e contratos, determinando, no seu art. 15, a utilização obrigatória do registro de preços. A partir daí e principalmente a partir do Decreto 3.931/01, a sistemática começou a ser utilizada em larga escala por todos os entes dos mais diversos escalões da Administração Pública no Brasil.

Evidenciadas as legislações aplicadas ao registro de preços, sendo os principais a Lei 8666/93 e Decreto Federal 3.931/01, ficou demonstrada que, apesar da grande celeuma gerada quando da sua regulamentação através de Decreto, o mesmo deverá ser aplicado tanto no Judiciário quanto no Legislativo, cabendo no âmbito estadual e municipal sua regulamentação própria, porém nos mesmos termos do normativo Federal.

Com relação à dúvida da obrigatoriedade da aplicação do registro de preços, a mesma restou totalmente esclarecida ao ser examinada perante os princípios da legalidade e da finalidade, não podendo, o agente público, se furtar a utilizá-lo quando for possível fazê-lo.

As controvérsias jurídicas que são geradas quando da aplicação do registro de preços foram expostas e elucidadas numa análise criteriosa de vários princípios de Direito Administrativo. O instituto é isonômico, pois sua formalística, criada por lei, é de conhecimento de todos os interessados desde o começo do processo. Obedece ao princípio da publicidade, pois deverá, sua Ata, ser divulgada trimestralmente. É realizado através de pregão ou concorrência, tendo intenção de ter uma longa duração, razão pela qual, deve vincular-se ao instrumento convocatório e ser julgado objetivamente. É perfeitamente conjugado com a padronização, quando exigida. Quanto ao parcelamento, além de ajudar no fomento da economia, tal princípio aumenta consideravelmente a competição quando combinado com o registro de preços.

Ao conceituar a Adesão à Ata de Registro de Preços, também conhecida como “carona”, utilizou-se de vários autores, contra ou a favor do instrumento. Definiu-se a natureza jurídica do “carona” como a extensão da proposta mais vantajosa a todos os interessados. Apesar disto e alegando descontrolado, o Tribunal de Contas da União determinou modificações na adesão à Ata, decisão que, longe de ser pacificadora, gerou muitas críticas e inúmeros elogios.

Na imersão do “carona” em vários princípios de Direito Administrativos, as questões jurídicas, levantadas por aqueles contrários à sua utilização, restaram todas elucidadas. Ficou provada que a criação da adesão à Ata de registro de preços por decreto não viola nenhum dos princípios estudados, principalmente o da legalidade, por não se tratar de

nova modalidade de licitação. O instrumento é isonômico, pois é de conhecimento antecipado de todos, além de moral pois, até que se prove contrário, é executado por agentes honestos.

O presente trabalho logrou êxito em comprovar que, não só o registro de preços, como o “carona” são instrumentos de extrema importância para toda a Administração Pública e mais ainda, são juridicamente válidos. E que, as críticas à adesão à Ata de registro de preços são sim, um apego exagerado aos ortodoxos processos de compras ainda existentes. Os processos de compras públicos não podem ter um fim em si mesmo, devem ser um instrumento que visem atingir um objetivo, qual seja: a melhor compra.

Do exposto, fica demonstrada a importância da presente monografia no estudo do tema, não tendo a mesma a pretensão de esgotá-lo e sim, fomentar a discussão teórica, facilitando seu entendimento e aplicação

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª Edição. São Paulo. Malheiros. 2006

BRASIL. Lei nº.8.666, de 21 de junho de 1993. *Dispõe sobre licitações e contratos da administração pública*. Publicado no Diário Oficial da União em 22 de junho de 1993. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 29 abr. 2010.

_____. Decreto nº 3.931, de 19 de julho de 2001. *Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências*. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 29 Abr 2010

_____.Tribunal de Contas da União. Acórdão nº. 1487/2007. Relator: Ministro Valmir Campelo. 01ago2007. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>> Acesso em: 08 jun 2009.

FERNANDES, J. U. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009

FILHO, Benedicto de Tolosa. Licitação: O Sistema de Registro de Preços é de adoção obrigatória? Disponível em: < <http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=27>> Acesso em: 08 jun 2009

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. Freitas Bastos, 1977.

FURTADO, Rocha Lucas. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte. Fórum, 2004.

GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12a Ed., São Paulo: Dialética, 2008

_____, Marçal. *TCU restringe a utilização de "carona" no sistema de registro de preços*. Disponível na Internet:<<http://www.justenfilho.com.br/midia/15.pdf>> Acesso em: 08 jun 2009.

LEÃO, Eliana Goulart, *O Sistema de Registro de Preços*. Campinas: Bookseller. 1996.

MATTOS, Mauro R. Gomes, *Licitações e seus princípios na Jurisprudência*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MUKAI, Toshio. *Registro de Preços em nível federal. Inconstitucionalidade do art. 8º (Figura do "Carona") do Decreto n.º 3.931/200. Possibilitação de Cometimento do crime*

previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93. Disponível na Internet: <<http://www.governnet.com.br/noticia.php?cod=1484>>. Acesso em 08 jun 2009.

SANTANA, Jair Eduardo . *Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços: manual de implantação, operacionalização e controle*. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009. <http://www.webartigos.com/articles/8398/1/o-sistema-de-registro-de-precos-a-figura-do-carona-e-a-violacao-dos-principios-juridicos-aplicaveis-as-licitacoes-publicas/pagina1.html>

TORRES, Jessé. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública: Lei n.º 8.666/93, redação da Lei n.º 8.883/94*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994