

Sistema de Registro de Preços e a figura do *carona*

Clovis Martins Ferreira*

Introdução

O Estado tem relevante função na vida das pessoas. Sua onipresença está pulsante para todos os lados; desde quando acordamos até quando dormimos há algum contrato regendo relações, seja para termos luz e água em nossas casas, seja para a execução de políticas públicas ou controle do trânsito.

Para a realização de seus objetivos o Estado se vale de seu arcabouço burocrático, representado pela Administração Pública, a qual está adstrita a princípios previstos na Constituição da República. Notadamente o art. 37 estipula que se deve obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Quando se trata de obras, serviços, compras e alienações, o inciso XXI do artigo citado estipula que a contratação seja realizada mediante licitação pública, ressalvados casos especificados na legislação. Da mesma forma quando se trata de uma concessão ou permissão de serviço público para particular, a licitação é obrigatória, como reza o art. 175 da Constituição Federal.

O procedimento licitatório possui várias fases e se torna, por muitas vezes, moroso, a emperrar o atuar do gestor público na execução das políticas públicas. O sucesso da execução dessas depende da eficiência do gestor para atuar segundo os trâmites burocráticos com a maior agilidade possível. Nem todos o conseguem, como frequentemente temos notícias pela mídia em geral, onde problemas locais ou nacionais não são resolvidos pela inaptidão dos gestores públicos, exemplo é o caso das enchentes recorrentes no início de cada ano.

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações), instituiu o Sistema de Registro de Preços, amplamente utilizado na Administração Pública Federal, por ser um procedimento rápido e advir de uma licitação para realizar compras ou contratar serviços. Confere a vantagem para o gestor de apenas efetivar a compra ou contratar o serviço no momento adequado, sem gerar obrigação para a Administração. Na verdade, o vencedor da licitação assina um

documento denominado Ata de Registro de Preços em que ceta o compromisso de oferecer o produto ou prestar o serviço pelo preço registrado durante a validade da ata.

No entanto, foi criada a figura do *carona*, o qual se utiliza da ata de registro de preços resultante de um procedimento licitatório realizado por outro órgão para realizar a sua compra ou contratar o serviço. Esse procedimento pode ensejar em ofensa a princípios constitucionais, do Direito Administrativo, das licitações e contratos.

Nesse sentido, este estudo partirá da análise do Sistema de Registro de Preços, no âmbito federal, sobre o seu conceito, características e fundamentos e de um delineamento dos fundamentos constitucionais e legais da licitação junto com os princípios norteadores do atuar da Administração Pública para, dessa forma, avaliar a constitucionalidade/legalidade do *carona*, com enfoque nos posicionamentos doutrinários e de manifestação do Tribunal de Contas da União.

Capítulo 1 – Sistema de registro de preços. *Carona*

Para situar melhor a divergência doutrinária é preciso explicitar as características do Sistema de Registro de Preços no âmbito federal, sua definição e fundamentos para, então, averiguar a figura do *carona* ante os princípios fundantes do Direito Administrativo, notadamente os relativos ao procedimento de licitação para confrontar as posições destoantes a fim de enriquecer o debate sobre a adesão à ata de registro de preço por entes que não participaram da licitação.

O Sistema de Registro de Preço – SRP não é novidade no ordenamento jurídico pátrio, tendo suas raízes no Código de Contabilidade da União, art. 52 do Decreto 4.536 de 1922, onde se previu o regime de *concorrências permanentes* para o fornecimento ordinário às repartições públicas com o registro do preço, qualidade dos produtos a serem oferecidos sem poder alterar o preço pelo prazo de quatro meses. Eis o seu texto na redação da época:

Art. 52. Para os fornecimentos ordinários às repartições públicas, poderá o Governo estabelecer o regimen de concorrências permanentes, inscrevendo-se, nas contabilidades dos Ministerios e nas repartições interessadas nos fornecimentos,

*Procurador Federal. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Administrativo.

os nomes dos negociantes que se propuserem a fornecer os artigos de consumo habitual, com a indicação dos preços oferecidos, qualidade e mais esclarecimentos reputados necessários.

§ 1º A inscrição far-se-á mediante requerimento ao chefe da repartição ou ao Ministro, conforme determinação regulamentar, acompanhado das informações necessárias 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 imediata inscrição si este se subordinar às condições exigidas para o fornecimento.

§ 3º Os preços oferecidos não poderão ser alterados antes de decorridos quatro meses da data da inscrição, sendo que as alterações comunicadas 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 oferecido preço mais barato, não podendo, em caso algum, o negociante inscripto recusar-se a satisfazer a encomenda, sob pena de ser excluído o seu nome ou firma do registro ou inscrição e de correr por conta delle a diferença.

Depois, adveio o Decreto-Lei 200/1967, onde não houve qualquer menção expressa ao Sistema, embora constasse, em seu art. 14, a racionalidade e simplificação dos procedimentos administrativos, razão de ser do SRP, como nos noticia Santana (2010).

O art. 14 do Decreto-Lei 2.300/1986 traz uma redação muito próxima da atual do art. 15 da Lei 8.666/1993, dispositivo que rege o Sistema de Registro de Preços em nossos dias. Eis os textos:

Decreto-Lei 2.300/1986

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

Lei 8.666/1993

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

[...]

II - ser processado através do sistema de registro de preços;

§ 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.

§ 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

Com o escopo de dar efetividade ao SRP, a Presidência da República editou os Decretos números 449/1992, 2.743/1998 e 3.931/2001, que se encontra em vigor com as alterações do Decreto 4.342/2002.

Para facilitar a compreensão das características desse Sistema é interessante compará-lo ao procedimento comum. Nesse a Administração Pública, após proceder à licitação, realiza a contratação específica e determinada, isto é, com base no que foi descrito e quantificado no edital, sendo possível alterações de acordo com as condições estipuladas no art. 65 da Lei Geral de Licitações. Já no SRP a licitação não se destina a um fornecimento determinado e preciso, os postulantes formulam propostas tendo em vista a qualidade do produto e o preço unitário, pois o quantitativo a ser adquirido fica adstrito à conveniência administrativa. Quando a Administração decidir contratar, verificará se os preços estão condizentes com o mercado, se sim, realiza com rapidez a aquisição.

Justen Filho (2009, p. 183) bem elucida tal diferença:

No sistema de registro de preços, a principal diferença reside no objeto da licitação. Usualmente, a licitação destina-se a selecionar um fornecedor e uma proposta para uma contratação específica, a ser efetivada posteriormente pela Administração. No registro de preços, a licitação destina-se a selecionar fornecedor e proposta para contratações não específicas, seriadas, que poderão ser realizadas durante um certo período, por repetidas vezes. A proposta selecionada fica à disposição da Administração que, se e quando desejar adquirir, se valerá dos preços registrados, tantas vezes quantas o desejar (dentro dos limites estabelecidos no ato convocatório).

O procedimento do registro de preços, segundo o regulamento, funciona da seguinte forma: o órgão gerenciador convida por meio eletrônico órgãos da Administração para participar do registro de preços; consolida as informações recebidas – quantitativo e projetos básicos; instrui o processo de licitação; pesquisa o mercado para identificar os valores a serem licitados; confirma com os órgãos participantes a concordância em relação ao objeto e projeto básico; realiza a licitação; homologa o seu resultado e convoca os interessados para assinar a ata de registro com validade não superior a um ano que, depois de publicada, terá efeito de compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas.

A contratação com os fornecedores registrados, indicados pelo órgão gerenciador, é formalizada pelo órgão interessado por meio de contrato, emissão de nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outro instrumento similar, conforme art. 62 da Lei Geral de Licitações.

A licitação para registro de preços pode adotar a modalidade de concorrência ou de pregão, do tipo menor preço, nos termos da Lei 8.666/1993 e 10.520/2002, sempre com ampla pesquisa de mercado (art. 3º, Decreto 3.931/2001).

A contratação não é obrigatória, no entanto o fornecedor contemplado com o registro de preços terá preferência na contratação caso seja realizada licitação para objeto específico e nas mesmas condições.

O Decreto 4.342, de 23 de agosto de 2002, deu o seguinte conceito para o SRP “conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras”.

O Sistema de Registro de Preços, segundo Silva (2010):

[...] funciona como uma cotação de mercado do preço de um bem via licitação e, uma vez cotado tal preço, a Administração pode contratar a este preço na quantidade estimada inicialmente ou

mesmo excedê-la ilimitadamente dentro do período máximo de um ano, caso tal preço permaneça vantajoso no período. De acordo com o art. 2º, Decreto nº 3.931/2001, o citado processo de compra justifica-se no caso de contratações frequentes, de aquisição de bens com entrega parcelada, de contratação de serviços necessários para Administração, de aquisição de bens ou serviços para atendimento de mais um órgão ou entidade, de aquisição de bens de difícil mensuração quanto à quantidade demandada. Nesse tipo de contratação, não há compromisso da Administração em adquirir a quantidade licitada, apenas quando lhe for necessária. Mas a maior inovação é a possibilidade de outros órgãos e entidades, inclusive de outras esferas de governo, alcunhados de caronas, aderirem à ata de registro de preços de uma licitação em que não participaram.

As vantagens do Sistema de Registro de Preços estão na redução de custos e na celeridade para realizar a compra ou contratar algum serviço. Calha bem a lição de Justen Filho (2009, p. 175):

Não se evita a má utilização de recursos através de formalismos e burocracia. A Lei determina a aplicação, no setor público, das práticas adotadas no setor privado. No seu campo próprio de atuação, o Estado necessita de agilidade e de eficiência. Deve, de um lado, garantir-se contra fornecedores incapacitados. De outro lado, tem de atuar com rapidez e eficácia, contratando com a presteza necessária.

O art. 15 evidencia que a contratação administrativa não deve ser mais onerosa e menos eficiente do que a do setor privado. Um dos meios fundamentais de obtenção de eficiência consiste no sistema de registro de preços. Através dele, a Administração poderá efetivar aquisições de modo mais eficaz. Não necessitará multiplicar longos e complexos procedimentos, que resultam onerosos e inúteis.

O ponto fulcral desse trabalho está na inovação noticiada acima, onde os órgãos da Administração que não participaram da licitação geradora da ata de registro de preços, desde que atendidos os requisitos do decreto regulamentador, podem se utilizar de todo o procedimento para realizar sua compra ou contratar o serviço.

Para elucidar a questão eis o texto do art. 8º do Decreto 3.931, de 19 de setembro de 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.

§ 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. (Incluído pelo Decreto 4.342, de 23/08/2002.)

Dessa forma, o órgão que não participou do processo licitatório se quiser utilizar da ata de registro de preços de outrem deverá comprovar em procedimento próprio que os preços são vantajosos, então, requerer ao órgão gerenciador, o qual consultará o fornecedor sobre seu interesse no fornecimento. Se houver interesse desse e o órgão gerenciador consentir, a contratação poderá ser realizada.

Importante destacar que o fornecedor não é obrigado a aceitar a adesão de órgão não participante e o quantitativo tem limite a cem por cento do registrado em ata, porém se o aceita deve garantir tanto o fornecimento para os participantes quanto para o *carona*.

Fernandes (2007) afirma sobre a figura do *carona*:

O *carona* no processo de licitação é um órgão que antes de proceder à contratação direta sem licitação ou a licitação verifica já possuir, em outro órgão público, da mesma esfera ou de outra, o produto desejado em condições de vantagem de oferta sobre o mercado já comprovadas. Permite-se ao *carona* que diante da prévia licitação do objeto semelhante por outros órgãos, com acatamento das mesmas regras que aplicaria em seu procedimento, reduzir os custos operacionais de uma ação seletiva.

A doutrina questiona a legalidade e constitucionalidade desse instituto, havendo posições divergentes.

Os defensores de sua ilegalidade e inconstitucionalidade alegam que o *carona* ofende vários princípios de direito, entre eles o da legalidade, o da obrigatoriedade de licitar, moralidade, impessoalidade, vinculação ao edital, isonomia,

moralidade, sendo considerado, até, por alguns, como ato de improbidade administrativa e até crime.

Por outro lado, defendem sua juridicidade por conta dos princípios da eficiência e da celeridade, a tornar a máquina pública mais ágil para dar azo ao atendimento do interesse público.

O Tribunal de Contas da União não se manifestou pela ilegalidade do *carona*, no entanto, sinalizou para a Administração a necessidade de se limitar a sua utilização como será visto adiante.

Para exemplificar a divergência trazemos à baila o entendimento de Justen Filho (2007):

A prática da *carona* é inválida. Frustra o princípio da obrigatoriedade da licitação, configurando dispensa de licitação sem previsão legislativa. Não cabe invocar a existência de uma licitação anterior, eis que tal licitação tinha finalidade e limite definidos no edital. O Direito brasileiro não autoriza que uma contratação seja realizada com base em licitação promovida para outros fins – nem mesmo mediante a invocação da vantajosidade das condições originais. Portanto, a instituição da figura do *carona* dependeria de uma previsão legislativa, a qual não existe.

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.

Por outro lado, Magalhães (2010) argumenta:

A Constituição Federal é taxativa no sentido de que a Administração Pública deve ser eficiente, e, ainda, a Lei nº 8.666/93 utiliza mecanismo de controle para assegurar a contratação pública com economicidade. Sabe-se que o particular pode adquirir sem burocracia as mais diversas necessidades mediante pagamento à vista, a prazo, cheque pré-datado, nota promissória, etc. Todavia, quando chega à Administração Pública, parece tudo mais difícil, afinal, a licitação demanda tempo e dinheiro, e os produtos ofertados pelos licitantes muitas vezes não atendem à necessidade da Administração ou atendem de modo precário. O *carona* é totalmente compatível com o inc. III do art. 15 da Lei nº 8.666/93 e a Constituição Federal.

Traçado o panorama sobre o SRP e a adesão à ata de ente não participante da licitação – *carona* – vejamos os princípios fundantes do processo licitatório e as posições doutrinárias sobre a violação ou não dos mesmos.

Capítulo 2 – Licitação. Princípios

O Estado é um grande agente econômico, haja vista o grande vulto de recursos para a consecução das políticas públicas e para o seu próprio sustento. No entanto, o mesmo não possui toda a estrutura necessária para executar as ações necessárias para que o interesse público seja alcançado, sendo imperativo recorrer ao mercado privado para a realização de obras e serviços, ou até para adquirir o material de expediente para suas atividades corriqueiras ou efetivar alienações.

A Administração Pública, ao contrário do particular, não pode contratar serviços, obras, adquirir produtos e realizar alienações livremente. A regra é utilizar um procedimento para que se alcance a proposta mais vantajosa para a Administração, para tanto se utiliza da licitação.

Prova da influência do Estado na economia foi a alteração da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, pela Medida Provisória 495, de 19 de julho de 2010, convertida na Lei 12.349, de 15 de dezembro de 2010, para que em seu art. 3º se incluísse mais um objetivo da licitação, qual seja a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Confira-se:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.

A exposição de motivos da Medida Provisória 495/2010 relata esse poder de compra do Estado no Direito comparado, como lembram Motta e Bicalho (2010):

[...]

4. Com efeito, observa-se que a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública. São ilustrativas, nesse sentido, as diretrizes adotadas nos Estados Unidos, consubstanciadas no “Buy American Act”, em vigor desde 1933, que estabeleceram preferência a produtos manufaturados no país, desde que aliados à qualidade satisfatória, provisão em quantidade suficiente e disponibilidade comercial em bases razoáveis. No período recente, merecem registro as ações contidas na denominada “American Recovery and Reinvestment Act”, implementada em 2009. A China contempla norma

similar, conforme disposições da Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que estipulada orientações para a concessão de preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país.

Licitação, no dizer de Vaz (1999), é:

[...] o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, necessitando contratar obras ou serviços, efetuar compras, promover alienações, ou atribuir (conceder ou permitir) serviços públicos a particulares, mediante as condições que unilateralmente estabelece e buscando o negócio mais vantajoso, possibilita a todos os interessados a apresentação de propostas, escolhendo aquela que, segundo os critérios prefixados, demonstre, com eficiência e economicidade, satisfazer o interesse público.

Percuciente a lição de Mello (2003, p. 481):

Pode-se conceituar licitação da seguinte maneira: é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Tal obrigação decorre da Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, e do art. 175 que determinam:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A indisponibilidade do interesse público é o motivo maior para que a Administração Pública realize a licitação, pois, ao mesmo tempo, em que se busca a proposta mais vantajosa, todos os particulares têm

direito de concorrer em iguais condições para ser o fornecedor do Estado de forma a garantir a observância do princípio da isonomia, como elucida o professor Mello (2003, p. 481):

Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, *caput*) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, *caput*, e 85, V, da Carta Magna brasileira.

Não há uniformidade na doutrina sobre quais são os princípios que regem a licitação como nos informa a professora Di Pietro (2006), no entanto para o propósito do presente estudo abordaremos os princípios geralmente envolvidos pela utilização do *carona* no SRP, são eles: o da legalidade; da igualdade ou isonomia; da impessoalidade; da moralidade; da publicidade; da eficiência; da vinculação ao instrumento convocatório e da obrigatoriedade de licitação.

Para o conceito de princípios nos valem da festejada lição de Mello (2003, p. 818):

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Sobre a aplicação dos princípios é importante notar sua diretriz de valor, de forma que as circunstâncias do caso concreto devem ser ponderadas para a melhor solução, isto é, os princípios não representam uma solução única que incide de maneira uniforme, pois os valores envolvidos na situação fática deverão ser adequados (Justen Filho, 2009, p. 59).

Com esse espírito analisemos os princípios norteadores da licitação em relação a figura do *carona*.

2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito, em resposta aos regimes absolutistas. A Revolução Francesa, com a Queda da Bastilha, é o marco desse nascimento. Sua leitura à época era a limitação para o poder dos governantes, os quais só poderiam atuar regrados pela vontade popular representada pela lei. O intento é o resguardo das liberdades individuais contra o alvedrio do governante de plantão.

Da visão clássica desse princípio, restou assente na doutrina o entendimento de que o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II e art. 37 da Constituição da República, tal qual no art. 3º da Lei 8.666/1993, consiste na autonomia de vontade dos particulares no sentido de que podem fazer tudo o que a lei não proíbe e na incumbência da Administração Pública de atuar apenas quando a lei lhe autoriza.

É percuciente a lição de Mello (2003, p. 95):

Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.

No âmbito das licitações isso significa que o procedimento de licitação é totalmente vinculado à lei, todas as suas fases são reguladas pela Lei 8.666/1993, sendo de rigor o seu fiel cumprimento, sob pena da licitação ser questionada judicialmente.

Por outro lado o Estado contemporâneo traz novas luzes sobre o princípio, pois é impossível que o Poder Legislativo preveja todas as situações de fato possíveis antecipadamente para que o Estado tenha uma resposta, de igual forma a dinamicidade da economia exige respostas que não podem esperar todo o processo legislativo.

O princípio da legalidade recebe uma nova leitura para se alcançar a ideia de juridicidade, no sentido de que a Administração deve encontrar fundamento para as suas atividades não só nas leis, como também no contexto jurídico em que insere, seja pelos princípios explícitos ou implícitos do sistema.

Aragão (2008) assim o explica:

Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à “lei e ao Direito”, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo.

No que pertine a figura do *carona*, os ataques a sua criação via decreto concentram-se no argumento de que a lei em nenhum momento a menciona e a sua criação extrapolou os limites do poder regulamentar do Presidente da República, pois entendem que o decreto tem função única de dar fiel execução à lei.

Niebuhr (2006) assevera:

Ocorre que a figura do *carona* não encontra qualquer resquício de amparo legal. A lei, nem remotamente, faz referência ao *carona*. A figura do *carona* foi criada de forma independente e autônoma por meio de regulamento administrativo, do Decreto Federal nº 3.931/2001. Nesse sentido, é forçoso afirmar que o presidente da República, ao criar o *carona* sem qualquer amparo legal, excedeu as suas competências constitucionais (inc. IV do art. 84 da Constituição Federal), violando abertamente o princípio da legalidade.

Por outro lado, defende-se que não há violação do princípio porque a figura do *carona* pode ser extraída do sistema como um todo, numa visão de juridicidade do instituto. Sobre tal possibilidade vale a lição de Justen Filho (2009, p. 186):

Muitas vezes, inexistente autorização explícita, mas se pode extrair que o sistema normativo a outorga implicitamente. Assim, por exemplo, a Lei n. 8.666 não previu a possibilidade de pactuação de contratos administrativos atípicos ou inominados, mas tal se admite por força de interpretação sistemática.

No mesmo sentido Carvalho (2008, p. 53):

A simples legalidade estrita da atuação estatal passou a se considerar insuficiente a título de legitimação do direito. Neste sentido, o sistema não seria legítimo se apenas cumpridas pelo Estado as regras legais que lhe integram, sendo necessária a ampliação da legalidade para a noção da juridicidade, em cujo bojo inserem-se valores como eficiência, moralidade, segurança jurídica e proporcionalidade. A regra legal torna-se apenas um dos elementos definidores da noção de juridicidade que, além de abranger a conformidade dos atos com tais regras, exige que sua produção (a destes atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição.

Destarte, atualmente quando se fala que, segundo o princípio da legalidade, o administrador público somente pode agir se a lei expressamente o autoriza, entenda-se lei como toda norma jurídica, princípios constitucionais explícitos ou implícitos, princípios gerais de direito, regras legais, normas administrativas (decretos, portarias, instruções normativas, etc.).

Cumpra observar que o preâmbulo do Decreto 3.931, de 19 de setembro de 2001, informa que

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso IV e VI, alínea *a*, da Constituição, e nos termos do disposto no art. 15 da Lei 8.666/1993, de 21 de junho de 1993, DECRETA.

Vê-se que o decreto tem respaldo constitucional tanto no inciso IV – decreto regulamentar – como no inciso VI – decreto autônomo – do art. 84, ou seja, tem suporte para fiel execução do que determina a lei e autonomia para regular o funcionamento da administração. Eis o teor dos dispositivos citados:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

[...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

Sobre a existência de decreto autônomo, não obstante a controvérsia doutrinária sobre o assunto, trazemos à lume a lição de Cyrino (2003) que após discorrer sobre a possibilidade dos regulamentos autônomos ensina:

[...]

(iii) Após muita controvérsia sobre a possibilidade dos regulamentos autônomos, com a promulgação da EC nº 32/01 a tendência é pela admissibilidade no Brasil de tal espécie normativa. As discussões que eram sobre a existência dessas normas, devem migrar para outras relativas à delimitação de seus contornos e das formas de controle dessa nova competência.

(iv) O âmbito do poder regulamentar limita-se à organização e ao funcionamento da Administração Pública quando não implicar aumento de despesa ou criação de órgão público. O estabelecimento de atribuições através de regulamento só é possível quando se tratar de competências internas. Também é possível, através de regulamento, a transferência de atribuições de um órgão para outro, desde que os cargos já existam antes. Note-se que isso é possível mesmo que a lei criadora das atribuições tenha especificado o órgão detentor de tais competências. Nesse caso, a transferência de atribuição é elemento de organização. Deve-se ressaltar, sempre, que tanto a transferência quanto a criação de novas atribuições internas só são possíveis quando não

estabelecerem direitos e obrigações ao cidadão comum, em respeito ao art. 5º, II da Constituição.

O Sistema de Registro de Preços tem por meta a racionalização e eficiência na realização de compras e contratação de serviços. Nesse sentido, o decreto ao criar a figura do carona está dando completude ao sistema, de modo a desburocratizar o atuar do gestor público.

Não há aumento de despesa, não há interferência nos direitos subjetivos dos fornecedores nem do cidadão comum, não é criada nenhuma obrigação, regula-se, na verdade, o funcionamento interno da administração, sendo exemplo nítido de decreto autônomo.

A adesão à ata de registro de preços de outro ente da administração – *carona* – não viola o princípio da legalidade, visto sua juridicidade no próprio Sistema de Registro de Preços para gerar economia, eficiência e rapidez para a Administração Pública.

2.2 Princípio da isonomia ou igualdade

O princípio da isonomia está consagrado na cabeça do art. 5º da Constituição brasileira quando afirma que todos são iguais perante a lei. Isso significa dizer que todos devem ser tratados igualmente quando iguais e desigualmente na medida de suas desigualdades. Vale citar a velha lição de Rui Barbosa no discurso Oração aos Moços:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

No âmbito da licitação, tal princípio significa que a Administração, na busca da proposta mais vantajosa deve oferecer igual oportunidade a todos os particulares que com ela desejam contratar.

Dessa feita não é permitida qualquer diferenciação que implique favorecimentos ou prejudique a competitividade do certame, nesse sentido a lição de Mello (2003):

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.

Alega-se que o *carona* ofende o princípio da isonomia, pois a entidade que adere a uma licitação já realizada não abre a oportunidade para outros fornecedores contratar com a mesma. Niebuhr (2006) exemplifica:

O *carona* viola o princípio da isonomia porque ele pressupõe contrato sem licitação. Explicando melhor: a entidade “A” faz licitação para registro de preços de quinhentos computadores. Com base nessa licitação, o vencedor dela assina a ata de registro de preços, da qual decorre ou decorrem contratos para a aquisição dos quinhentos computadores que foram licitados pela entidade “A”. Ocorre que, com o *carona*, a entidade “B”, que não promoveu licitação alguma, vale-se da ata de registro de preços da entidade “A” e, por via de consequência, da licitação promovida pela entidade “A”, para também comprar quinhentos computadores. Ora, o contrato pertinente à aquisição de quinhentos computadores firmado pela entidade “B” não foi precedido de licitação pública e, em decorrência disso, os interessados em vender os quinhentos computadores à entidade “B” não tiveram oportunidade de disputa, não foram tratados com igualdade.

Não procede a dita ofensa, porque a igualdade de oportunidade de contratar com a Administração Pública está assegurada pelo procedimento licitatório. Ademais, a possibilidade de ocorrer adesões ao registro de preços é de conhecimento dos fornecedores, haja vista sua previsão no decreto, o que torna maior a competitividade no certame, pois o quantitativo a ser fornecido pode ser aumentado.

Em relação aos quantitativos a assertiva também não procede, pois, como já explicado, não há a obrigatoriedade de contratar por parte da Administração. O fornecedor que intenta participar de licitação para registro de preços tem ciência de que não pode vender nenhuma unidade ou acima do quantitativo previsto por conta das adesões dos órgãos não participantes. Se não existe mínimo a ser contratado, não vale o argumento de que se o quantitativo fosse maior atrairia um número também maior de fornecedores, isso porque, repita-se, não há obrigatoriedade de contratar.

Se o fornecedor A pretende fornecer produtos pelo SRP para aquisição por parte da Administração de 100 resmas de papel e participa do certame licitatório, o mesmo sabe previamente que tanto pode vender uma resma como 200. Não há que se falar em ofensa a

isonomia, pois a todos é ofertada a mesma possibilidade pela licitação.

A adesão à ata de registro de preços por órgão não participante não ofende o princípio da igualdade, pois o SRP não garante a contratação e todos os participantes têm conhecimento sobre a possibilidade do *carona*.

2.3 Princípios da impessoalidade e da moralidade

O princípio da impessoalidade é intrínseco ao Estado moderno, no sentido de livrar do poder qualquer traço absolutista. O poder é do povo e não pode ser exercido ou considerado como patrimônio do particular que o representa. O seu exercício não pode sofrer influências de ordem subjetiva do gestor, pois não se busca agradá-lo e, sim, a finalidade pública, o interesse público que deve sempre ser perseguido. Por tal razão são execrados por esse princípio qualquer favorecimento ou perseguição.

Nessa mesma linha, o princípio da moralidade não trata da moral da pessoa física, mas sim do proceder com retidão e com a noção de que o público deve ter tratamento cuidadoso, pois o patrimônio envolvido é de toda a comunidade e, por tal razão, não pode haver desperdício ou gestão sem eficiência.

No âmbito da licitação, esses princípios trazem o dever de tratar os licitantes de forma igualitária, tanto quanto aos direitos como às obrigações, sendo que as decisões do administrador sempre deverão se pautar por critérios objetivos, sem considerar situações pessoais daqueles, sendo permitido o tratamento diferenciado quando previsto em lei e no ato convocatório do mesmo (DI PIETRO, 2006).

Alega-se que o *carona* sujeita a risco os princípios citados por incentivar a prática de corrupção, seja por tráfico de influência, *lobby* ou favorecimento pessoal. Afirma-se que, pela sistemática, basta o vencedor de uma licitação para registro de preços exercer influência nos órgãos não participantes para estimular, seja por propina, ou por mero favorecimento, a adesão à sua ata (NIEBURH, 2006).

Como comprovam os escândalos que pululam dia após dia nos meios de comunicação, a corrupção é endêmica no Brasil. O Sistema de Registro de Preço, tal como todos os procedimentos burocráticos do Estado, seja convênios, contratos de repasse, transferências voluntárias e outros são alvo de bandidos em busca do dinheiro público. Não se pode blindá-los completamente enquanto houver pessoas tendentes ao mal feito.

No caso do SRP, o decreto não deixou ao alvedrio do gestor sua adesão ou não, é estipulado critérios para resguardar o interesse público, qual seja, deve restar demonstrado a vantagem na adesão. Considerando que o procedimento para tanto deverá ser fundamentado, pelos sistemas de controle interno e externo, poderão ser punidos os gestores que não pautem suas ações de acordo com tais princípios.

O *carona* não ofende os princípios da moralidade e impessoalidade e os riscos à corrupção são os mesmos dos demais procedimentos burocráticos da Administração. A vantagem na adesão deverá restar demonstrada nos autos, o que sujeita a controle os atos que fugirem desse padrão.

2.4 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade retrata o Estado de Direito, pois os atos devem ser transparentes e notórios a todos os cidadãos. Como se trata do interesse público, todos têm direito de saber como está a sua gestão para eventual controle pelos remédios judiciais disponibilizados pela Constituição, como a Ação Popular.

Cumpra trazer à baila, a lição do professor Mello (2003, p. 104):

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Para a licitação, a publicidade consiste na divulgação de todos os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas (art. 3º, Lei 8.666/1993), sendo possível a qualquer cidadão o seu acompanhamento (parte final do art. 4º, Lei 8.666/1993). No que pertine ao registro de preços, verifica-se no § 2º do art. 15 a obrigação de publicar trimestralmente os preços a fim de orientar a Administração Pública.

A mácula alegada do *carona* a tal princípio estaria no fato de que o quantitativo a ser registrado é alterado quando ocorre a adesão por entes não participantes do certame, pois não previstos no edital, o que prejudica a apresentação de proposta pelas empresas, razão pela qual a ampla publicidade é pressuposto para as condições em que ocorrerão as contratações, no intuito de não afetar o caráter competitivo da licitação (MELO, 2009).

Não há ofensa ao princípio da publicidade porque o sistema não obriga o fornecedor a aceitar a contratação do aderente, tão pouco garante a futura contratação, ou seja, não há garantias aos participantes da licitação para registro de preços que o quantitativo previsto será contratado, ou se o mesmo terá o seu volume aumentado. Não há relação entre a figura do *carona* e o caráter competitivo da licitação, ou melhor, há e essa é pelo seu incremento, pois com a sua possibilidade, os competidores tendem a oferecer preços mais vantajosos, já com olhos em futuras adesões.

2.5 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi inserido no art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998. A legislação infraconstitucional o consagrou no art. 2º da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Trata-se de pautar a atuação do gestor não apenas na legalidade, mas também na busca das melhores práticas para alcançar os melhores resultados para o interesse público.

O princípio tem dois aspectos, um sobre a atuação do agente, do qual se espera a melhor atuação no desenvolvimento de suas atribuições legais e, outro, no que pertine à organização e funcionamento da Administração Pública com fito também de alcançar a máxima eficiência na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2006, p. 98).

O Sistema de Registro de Preços é a consagração do princípio da eficiência, pois vários órgãos da Administração realizam um procedimento licitatório que aproveitará a todos, economizando recursos públicos e tempo. O atuar do gestor público ganha em celeridade para as compras e contratação de serviços do Estado, já que não serão necessárias repetidas licitações para a contratação do mesmo objeto.

E, mais, com a aquisição por meio de adesão à ata assinada, o *carona* conhece previamente a qualidade do fornecedor, a qualidade e preço do objeto. Tais elementos são vitais para a contratação pública eficiente e vantajosa, já que não adiante produto bom com preço baixo se o fornecedor não o entrega; ou produto ruim com preço adequado; ou até mesmo fornecedor bom, produto excelente e preço exorbitante (MAGALHÃES, 2010).

Por outro lado, alega-se que a adesão à ata de registro de preços por órgãos não participantes incentiva a leniência e a ausência de planejamento, a gerar uma espécie de efeito *parasita* dos órgãos

caronas perante os órgãos que realizam o registro de preços (MELO, 2009).

A análise do SRP como um todo revela a eficiência e economicidade da adesão pelos *caronas*, pois o órgão que não participou do procedimento licitatório poderá se utilizar da mesma para a sua contratação, o que traz economia e celeridade para a Administração Pública como já afirmado. No entanto o *carona* se submete a anuência do órgão gerenciador, do fornecedor e do procedimento realizado, como a descrição e qualidade do objeto a ser adquirido, o que traz insegurança sobre a efetividade da aquisição. Para garantir o fornecimento dos produtos ou a contratação do serviço, os órgãos devem, pelo menos, participar do registro de preços.

A prática do *carona* não implica ofensa ao princípio da eficiência, pois evita a repetição de procedimentos licitatórios e oferece celeridade e dinamismo para o atuar do gestor público. Não há que se falar que a prática incita comodismo aos administradores em seus planejamentos, posto a insegurança gerada pela necessidade de anuência do órgão gerenciador e do fornecedor. Não será toda vez que o administrador leniente conseguirá contornar a ausência de planejamento aderindo a outras atas, de modo que o instituto não causa a pretensa ineficiência.

2.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

A Administração encontra-se estritamente vinculada ao instrumento convocatório, seja convite ou edital, não podendo descumprir suas normas e condições, a teor do que está expresso nos arts. 3º e 41 da Lei Geral de Licitações. Significa que com base nas condições e termos do instrumento convocatório os interessados formularão suas propostas, logo o seu cumprimento é de rigor, sob pena de nulidade.

O instrumento convocatório deve abranger todos os aspectos da futura contratação, tal como uma predição do que possa vir a acontecer nas fases da licitação e do contrato, de forma que não haja surpresas, como exigências, critérios ou outros fatores que se previamente conhecidos alteraria a formulação de propostas dos licitantes (DALLARI, 1996, p. 32)

Alega-se que o *carona* ofende tal princípio porque altera o quantitativo previsto no edital, não sendo possível para os licitantes saber previamente quantos órgãos irão aderir ao registro de preços, o que prejudica a elaboração de suas propostas. Niebuhr (2006) assim resume o agravo ao princípio:

Em síntese, o carona importa contratação apartada das condições do edital, sobretudo no tocante à entidade contratante e aos quantitativos estabelecidos no edital. Nesses termos, o carona fere de morte o princípio da vinculação ao edital, dado que dele decorre a assinatura de ata de registro de preços e contratação fora do preceituado e previsto no edital de licitação pública.

Não procede o argumento, porque o Sistema de Registro de Preços não é uma modalidade de licitação, os princípios previstos no ordenamento jurídico não são aplicáveis de pronto e da mesma forma para uma licitação que visa a um registro de preço e outra para contratação comum. No SRP, como já dito, não há obrigatoriedade de se efetivar a contratação, ou seja, os licitantes quando participam sabem que podem fornecer todo o quantitativo como também nenhum, pois não há quantitativo mínimo a contratar, nem por isso se alega que há violação ao princípio da vinculação ao edital.

Os licitantes sabem de antemão que a contratação não é certa e que há possibilidade de ocorrer adesões àquele registro de modo a aumentar o quantitativo, o que torna a disputa mais acirrada. Não vale o argumento de que a adesão importa em violação quanto à entidade contratante, pois a contratação não é obrigatória, se o licitante não anuir, não fornecerá ao *carona*.

Cabe aqui a lição de Fernandes (2007):

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.

É importante destacar a natureza instrumental da licitação. Não é o procedimento um fim em si mesmo, mas apenas o meio para se atingir o interesse público, como destaca Justen Filho (2009, p. 58):

Existe uma espécie de *presunção* jurídica. Presume-se que a observância das formalidades inerentes à licitação acarretará a mais adequada e satisfatória realização dos fins buscados pelo Direito. Mas isso não autoriza transformar a licitação numa espécie de solenidade litúrgica, em que se ignora sua natureza teleológica. Dito em outras palavras, o administrador e o intérprete têm o dever de verificar, em cada caso, se as solenidades escolhidas realizam de modo efetivo e concreto os valores protegidos pelo Direito.

A adesão à ata de registro de preço não viola as regras estipuladas no instrumento convocatório, pois há previsão normativa de sua possibilidade e o SRP

tem dinâmica própria que não prejudica as ofertas dos licitantes, pois não há previsão de obrigatoriedade de contratação.

2.7 Princípio da obrigatoriedade da licitação

A licitação é um procedimento consagrado na Constituição da República no art. 37, inciso XXI, e no art. 175, onde se prevê que as obras, serviços, compras, alienações e concessão ou permissão de serviço público serão por ela precedidas.

A sua obrigatoriedade não possui exceção nos casos de concessão ou permissão de Serviço Público haja vista o termo *sempre* no art. 175. Por outro lado, o inciso XXI do art. 37 ressalva as hipóteses especificadas na legislação para realizar a contratação direta.

Sobre a obrigatoriedade o Professor Silva (2005, p. 672) ensina:

Licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público. O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para Administração Pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.

A adesão à ata de registro de preços é acusada de infringir o princípio da obrigatoriedade de licitação por que se trataria de contratação direta em hipótese não prevista em lei. Niebuhr (2006) assim a condena:

O problema é que a parte inicial do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal determina que as ressalvas à obrigatoriedade de licitação pública devam estar previstas em lei e, como já assinalado, a figura do carona não encontra amparo legal, dado que criada por mero regulamento administrativo, pelo Decreto Federal nº 3.931/2001. Além disso, o carona não encontra justificativa para afastar a obrigatoriedade de licitação pública e, com isso, atenuar o princípio da isonomia. Repita-se que o carona ocorre em casos de viabilidade de competição e em casos em que a realização da licitação pública não importa por si prejuízo algum ao interesse público.

A figura do carona é ilegítima, porquanto por meio 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.

Discorda-se do entendimento, posto a existência de licitação prévia realizada pelo órgão gerenciador. Como visto, o SRP tem uma dinâmica diferente, onde o fornecedor não tem a garantia da contratação, tão pouco a adjudicação compulsória e o que prevê a Carta Maior é o procedimento licitatório prévio e não a regra de que se deva realizar uma licitação para cada contrato a ser assinado.

Nesse sentido são as palavras do Professor Fernandes (2007):

Depois de ressaltar os casos de contratação direta e impor, como regra, o princípio da licitação, a Constituição Federal define os limites desse 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 formatações 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 procedimento do *carona*, portanto, não constitui ofensa ao princípio da obrigatoriedade de licitação, uma vez que não se trata de contratação direta, haja vista a sua realização pelo órgão gerenciador, em que os fornecedores são tratados igualmente com todas as formalidades de rigor.

Vejamos o caso enfrentado pelo Tribunal de Contas da União, que não declarou a ilegalidade do *carona*, entretanto recomendou reanálise do instituto para impor restrições ao seu uso.

Capítulo 3 – Manifestação do Tribunal de Contas da União

O caso emblemático trata de representação contra possíveis irregularidades na ata de registro de preços do Pregão 16/2005, da Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério da Saúde. Trata-se de pregão para a contratação de empresa de prestação de serviços, apoio logístico e realização de eventos. A Tomada de Contas 008.840/2007-3 apontou a possibilidade de jogo de planilhas por apresentar preços irrisórios para serviços pouco demandados e, a depender da proporção dos serviços utilizados, poderia gerar prejuízo ao erário, razão pela qual foi

sugerida que, cautelarmente, se impedisse quaisquer adesões à ata.

Na instrução do processo defende-se que a adesão ilimitada ofende os princípios que norteiam a Administração Pública – competitividade e igualdade – posto a possibilidade de inúmeros contratos serem celebrados advindos de uma única licitação, sendo que no caso houve 62 adesões à ata de custo unitário de R\$ 32 milhões de reais, podendo executar, ao final, contratos próximos a R\$ 2 bilhões.

O parecer do Ministério Público junto ao TCU foi no mesmo sentido de que a adesão ilimitada pode afrontar os princípios da competição e da igualdade de condições entre os competidores, de sorte que se ocorresse de fato as contratações nos quantitativos máximos permitidos no caso em estudo restariam violados também os princípios da moralidade e da impessoalidade.

Em seu voto, o Min. Valmir Campelo comunga o mesmo entendimento e acrescenta que a Administração Pública perde na economia de escala, explica:

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.

Dá adveio a recomendação do Acórdão 1487/2007 – Plenário ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para que sejam reavaliadas as regras estabelecidas no Decreto 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando a preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca de maior vantagem para a Administração Pública, a fim de evitar situações indesejáveis com a dos autos.

Foi interposto pedido de reexame pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão onde é feita uma defesa contundente do Sistema de Registro de Preço e da figura do *carona*, como nos dá notícia Fernandes (2008). Transcrevemos a parte que trata da economia de escala, uma vez que os demais princípios já foram abordados:

Quanto ao segundo aspecto, não é esta a melhor correspondência com a realidade dos fatos. Pesquisas indicam que a implantação do Sistema

de Registro de Preços trouxe enorme economia para a Administração e vem sendo cada vez mais disseminado na esfera das contratações públicas.

Um dos fatores que mais contribuem para isso, inclusive, é a possibilidade de adesão às atas registradas, que indiscutivelmente aumenta o interesse de particulares em participar do certame, diminui os preços registrados, e reduz o número de licitações como encargo da Administração.

Tenham-se os seguintes exemplos, colhidos ao correr da pena:

O Estado do Piauí noticiou que em 2004 implantou o sistema. Em três anos foram economizados mais de R\$ 65 milhões. Só no primeiro ano a economia foi de R\$ 16 milhões e, em 2005, de R\$ 27.189.118,55 milhões.

Graças ao instituto do *carona*, a Polícia Federal adquiriu no SRP do Piauí coletes de proteção para os Jogos Pan-americanos/2007, a preços muito menores do que os praticados, em tempo recorde e viabilizando a segurança.

Isso, considerando a economia gerada sobre os preços registrados, bem como com a redução de despesas administrativas com manutenção e conservação de grandes estoques e redução do número de licitações.

Da mesma forma, divulgou o Governo do Estado de Sergipe, que obteve uma economia de exatos R\$ 1.101.194 na aquisição de material de informática. Divulga a Secretaria de Administração do Governo Estadual que somente em “fevereiro deste ano foi feita a primeira revisão nos preços e o Estado conseguiu uma economia de aproximadamente R\$ 165 mil”.

Entre os equipamentos que obtiveram a redução estão os pontos de acesso de rede, impressoras a laser, computadores, que tiveram um desconto de R\$ 1.600 para R\$ 1.398, e servidores de departamento, que caíram de R\$ 6.999 para R\$ 5.998.

E mais vultosos são os números de Pernambuco. Em 21 de setembro deste ano, o Governo do Estado, por meio da Secretaria de Administração, concluiu o Registro de Preços para a compra de softwares. O processo garante a possibilidade de aquisição de 7.334 licenças de 36 tipos de programas diferentes da Microsoft por preço inferior ao praticado no mercado. Assim, o Estado poderá pagar R\$ 2,3 milhões a menos que o valor do mercado, o que representará uma economia média de 35,82% aos cofres públicos.

O processo foi distribuído ao Min. Aroldo Cedraz para instrução e julgamento e até a elaboração desse trabalho não houve julgamento do pedido.

Restam assim demonstradas as vantagens para a Administração Pública da adesão às atas de registro de preços por órgãos ou entidades que não participaram da licitação de modo a obter os produtos ou contratar

serviços de forma mais vantajosa, preservando incólumes os princípios norteadores da licitação.

Conclusão

O Poder Público é um agente econômico muito importante, visto a vultosa quantia de recursos que emprega para se manter e executar as políticas públicas. Como não possui estrutura para realizá-las por si, é obrigado a buscar no mercado privado fornecedores. A fim de garantir o princípio da isonomia, o processo licitatório é realizado para alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração com igualdade de condições para os seus participantes.

As necessidades do mundo fático exigem uma atuação eficiente do Poder Público para atender os anseios públicos de forma expedita. Para tanto, a lei geral de licitações instituiu o Sistema de Registro de Preços, onde os licitantes disputam a oportunidade de assinar uma ata com o compromisso, por tempo determinado, de fornecer o produto ou o serviço na qualidade especificada e no preço vencedor do certame quando a Administração assim o desejar, ou seja, não há obrigação de adquirir o produto ou contratar o serviço, no entanto, o vencedor terá a preferência se for realizada outra licitação para o mesmo objeto e nas mesmas condições.

O Decreto 3.931/2001 criou a figura do *carona* onde um órgão ou entidade pode aderir à ata de outrem sem ter participado do processo de licitação, desde que comprovada a vantagem.

A doutrina não é uniforme e há posicionamentos divergentes sobre o *carona*. Marçal Justen Filho, Joel Niebuhr, Luiz Santana, entre outros, alegam que a adesão ofende os princípios da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, vinculação ao instrumento convocatório e obrigatoriedade da licitação. De outra leva, Jacoby Fernandes, Coelho Mota, Josevan Duarte Magalhães defendem sua aplicabilidade.

Não é ofendido o princípio da legalidade porque o *carona* foi criado por decreto autônomo para dar completude ao Sistema de Registro de Preços de acordo com o arcabouço normativo das licitações e contratos, tendo como finalidade gerar economia, eficiência e celeridade para a atuação do gestor público.

O princípio da igualdade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório e obrigatoriedade de licitação são resguardados pela falta de obrigatoriedade de contratação e pela não previsão de quantitativos mínimos, tal como pela

licitação realizada – e não contratação direta – pelo órgão gerenciador e a previsão da possibilidade do *carona* no Decreto 3.931/2001.

Igualmente os princípios da moralidade e impessoalidade estão protegidos, pois a vantagem na adesão deve estar comprovada nos autos, sendo objeto de controle externo e interno. A possibilidade de ofensa é a mesma dos demais procedimentos burocráticos.

Por sua vez, o princípio da eficiência é homenageado pelo instituto porque elimina a repetição de processos licitatórios para a contratação do mesmo produto ou serviço a gerar economia aos cofres públicos com o aumento de competitividade, sem mencionar a celeridade para atuação dos gestores públicos. Não incita comodismo aos administradores porque a necessidade de anuência do órgão gerenciador e do fornecedor traz uma incerteza quanto à contratação.

Em suma, a figura do *carona* se mostra compatível com os princípios constitucionais e legais que regulam a licitação no ordenamento jurídico brasileiro. A sua utilização tem se mostrado a pedra de toque dos gestores públicos, na esfera federal, ante as vantagens proporcionadas, seja pela economia gerada aos cofres públicos, seja pela eficiência na contratação de serviços e aquisição de produtos.

Referências bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 16, n. 65, p. 7-21, out/dez. 2008.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Ediouro, sem data.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodvm, 2008.
- CYRINO, André Rodrigues. *O Regulamento Autônomo e a EC 32/2001: uma Reserva de Administração*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 3, n. 33, nov. 2003. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=4191>>. Acesso em: 27 jan. 2011.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para a redução de custos e controle*. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, out. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=47853>>. Acesso em: 13 dez. 2010.
- _____. *MPOG impetrou pedido de reexame contra AC nº 1.487/2007-Plenário, do Tribunal de Contas da União, quanto à limitação do carona em SRP*. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 8, n. 84, fev. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=52235>>. Acesso em: 13 dez. 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *TCU restringe a utilização de carona no sistema de registro de preços*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 6, ago./2007. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=6&artigo=294>>. Acesso em: 7 jan. 2010.
- _____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- MAGALHÃES, Josevan Duarte. *É inconstitucional o art. 8º do Decreto 3.931/2001?* Revista Zênite: ILC: Informativo de licitações e contratos, v. 17, n. 202, p. 1224-1229, dez. 2010.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELO, Thiago Dellazari. *A utilização do sistema de registro de preços por órgãos que não participaram da licitação. Uma análise do art. 8º do Decreto nº 3.931/2001*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2044, 4 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12291>>. Acesso em: 6 mar. 2010.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Os efeitos das regulamentações complementares na condução dos pregões*. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, maio 2010. Disponível em: <<http://WWW.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=67072>>. Acesso em: 10 jan. 2011.
- _____. BICALHO, Alécia Paolucci N. *Licitações nacionais como instrumento da efetivação dos princípios constitucionais do desenvolvimento nacional e do incentivo ao mercado interno*. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte,

ano 9, n. 107, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow?idConteudo=70298>>. Acesso em: 18 jan. 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Carona em ata de registro de preços: atentado veemente aos princípios de direito administrativo*. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, v. 13, n. 143, p. 13-19, jan. 2006.

SANTANA, Luiz Claudio. *O Sistema de Registro de Preços e o carona*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2508, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14847>>. Acesso em: 14 maio 2010.

SILVA, Ângelo Henrique Lopes da. *Economia de escala nas compras governamentais: problema ou solução?* Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=67348>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Licitação. Linhas gerais e aspectos destacados*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 7, n. 29, p. 72-95, out./dez. 1999.