



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Revista Acadêmica
Escola Superior do
Ministério Público
do Ceará

Ano 12 nº 1
(Jan./Jun. 2020)

Contratos públicos mediante o processo de adesão¹

Tatiane Costa Silva Gomes²

RESUMO

As contratações públicas devem ser realizadas mediante as normas legais e princípios do Direito Administrativo. A Constituição Federal de 1988 estabelece que o contrato público necessita de prévia licitação. Desses procedimentos licitatórios nos deparamos com a figura do processo “carona”, regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.982/2013. Tal procedimento permite a contratação de determinado bem ou serviço, utilizando licitação realizada por outro órgão, mediante autorização deste, e desde que esta tenha sido pelo Sistema de Registro de Preços. Importa saber quais as situações em que tal ação é benéfica à Administração, quais os cuidados a serem tomados nas adesões, e os riscos aos quais os gestores se expõem ao proceder com contrato resultante da “carona”. O método utilizado foi a pesquisa bibliográfica, uma vez que busca-se chegar a conclusão sobre os riscos quando da utilização indevida ou da falta de análise do processo licitatório quando nas contratações por meio de processos caronas. O presente estudo terá caráter qualitativo.

Palavras-chave: Administração Pública. Licitação. Ata de Registro de Preços. Adesões.

¹ Data de Recebimento: 20/12/2019. Data de Aceite: 29/05/2020.

² Tecnóloga em gestão de empresas. Bacharel em direito. Funcionária pública municipal, atualmente exercendo funções na Defensoria Pública do Estado do Ceará. E-mail: tatycosta.12@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

As contratações públicas geram impacto significativo na sociedade. Em situações em que o agente público deixa de atuar, conforme determina a legislação, é possível visualizar uma infinidade de problemas, como superfaturamento nas contratações, cotações de preços viciadas, empresas que não estão aptas a prestar o objeto contratado, dentre outros.

Obviamente, por ser um ato permitido em lei, não se tenciona marginalizar o procedimento de adesão, sobretudo porque dentro dos parâmetros aceitáveis, que a lei e os órgãos de controle como os Tribunais de Contas determinam, é perfeitamente admissível a prática que se pretende analisar. Contudo, é primordial que os agentes públicos atuem com a mais restrita moderação, para que, buscando a agilidade na contratação, para atender demanda justa e necessária, não se deparem posteriormente com problemas, que poderiam ter sido evitados com a análise do processo externo a que se pretende aderir, ou ainda, se melhor seria aguardar realmente a realização de procedimento licitatório pelo próprio órgão, para o atendimento da demanda.

Dessa forma, a temática a ser analisada contribuirá para uma análise a respeito do procedimento mais adequado, quando se trata dos processos “caronas³”, o que beneficiará tanto a sociedade, sendo o destinatário final das ações públicas, quanto aos agentes públicos, no que se refere à utilização de recursos disponíveis para prestar os serviços necessários ao bem coletivo, observando sempre as imposições legais direcionadas aos seus atos.

O presente artigo tem, como objetivo geral, analisar os riscos aos quais os gestores públicos estão expostos, ao optarem por realizar adesões sem o devido cuidado no que diz respeito à análise do

³ Entende-se por “carona” o ato de um órgão público se utilizar dos preços registrados em ata, de órgão diverso, para fins de contratação, ou seja, é o meio de se contratar com empresa vencedora de licitação realizada por outro ente, visando aproveitar os menores preços apresentados na competição licitatória.

processo licitatório de outro ente público, desde os procedimentos iniciais, com as cotações de preços, até a análise dos documentos apresentados pelo licitante vencedor.

2 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Os contratos firmados pela Administração Pública nada mais são do que o estabelecimento de acordo de vontades entre determinados órgãos públicos, ou ainda, entre um órgão público e um ente da iniciativa privada, estipulando obrigações a cada parte, e criando um vínculo entre estas.

Segundo a Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993 – Lei de licitações e contratos da Administração Pública, no artigo 2º, parágrafo único, conceitua-se contrato como:

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (BRASIL, 1993, Art. 2º, § único).

Partindo deste princípio, a Administração Pública necessita firmar os mais variados tipos de contratos para atender a demanda social, uma vez que é de sua responsabilidade a prestação de serviços, ainda que estes sejam realizados de forma indireta.

2.1 Contratos oriundos de licitação

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 37, inciso XXI, a obrigatoriedade de licitar, quando o agente público deseja realizar contrato com o fito de atender determinada demanda. Essa obrigação se baseia na premissa de que o administrador utilizará de recursos públicos, transferindo-os a outras pessoas, com o intuito de remune-

rar determinada atividade e/ou pagar por alusivo bem, desta forma, é imprescindível atender aos princípios da administração pública e determinações legais, visando sempre à igualdade de competição entre os licitantes participantes.

O processo de licitação encerra duas fases distintas: fase interna e fase externa. A primeira compreende todos os passos anteriores à publicação do edital, ou seja, nesta fase identificamos a necessidade a ser suprida, a busca por cotações de preços para análise dos valores de mercado, e com base nos valores médios ocorre a identificação da modalidade da licitação, ou ainda, a depender do caso, a sua dispensa, e por fim, a verificação de recursos orçamentários. Após esses passos iniciais, a autoridade competente autoriza a realização do procedimento licitatório, no qual é feita a autuação do procedimento no setor responsável, gerando o número do processo.

Após a publicação do edital, é estabelecida a segunda fase, ou seja, a fase externa da licitação. O edital, com o devido respaldo jurídico, deve estar disponível a qualquer interessado, bem como conter todas as exigências cabíveis e legais e, ainda, a especificação detalhada do que se pretende adquirir ou contratar.

Por meio das contratações públicas, a sociedade tem suas necessidades supridas, o que caracteriza a concretização do atendimento aos direitos básicos dos indivíduos que compõem aquele grupo social, uma vez que, para o bom funcionamento das atividades inerentes aos órgãos públicos, inúmeros são os setores que necessitam da contratação de prestadores de serviços, ou ainda, da aquisição de insumos.

Contudo, existem determinados parâmetros para a elaboração do contrato. O agente público, além de estar condicionado às fases pertinentes a licitação, deve também obediência aos princípios administrativos, quais sejam: princípio da legalidade; moralidade; publicidade; isonomia; impessoalidade; igualdade; economicidade e eficiência; probidade administrativa e vinculação ao instrumento convocatório.

2.2 Planejamento para atendimento das demandas

Toda demanda pública tem que ser baseada no atendimento às necessidades da coletividade e do ente pelo qual se dará a prestação do serviço. Em virtude disto o agente público precisa conhecer a realidade em que está inserido, para então, começar a elaborar as metas e planos de trabalho que deseja implantar.

Conhecendo as necessidades, têm-se os meios de identificar quais as contratações necessárias para atendê-las, justificando, ao seu tempo, a pretendida contratação.

A Lei nº 8.666/93, no que tange à contratação de serviços, coloca como condição à sua realização, a elaboração de estudo técnico preliminar:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
[...] IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: [...] (BRASIL, 1993. Art. 6º). (grifo nosso).

Um planejamento bem elaborado diminui os riscos de contratações ineficientes, que não supram a real necessidade do órgão. No tocante às aquisições, o planejamento refere-se a identificar quais insumos a Administração necessita para o desenvolvimento das suas atividades. No âmbito das contratações de serviços, cabe à autoridade competente identificar quais as necessidades da sociedade, elaborando o projeto básico de acordo com a complexidade do objeto a ser contratado.

Tendo em vista essas observações quanto ao planejamento,

vislumbram-se os cuidados necessários para resguardar o erário. Existe na Administração Pública a exigência da adoção de certo formalismo. Toda e qualquer ação do agente público deve ser fundamentada, registrada e anexada aos autos do processo, que, neste caso, trata-se do processo licitatório. Essa exigência é correlata ao princípio da indisponibilidade do interesse público. O administrador jamais pode obliterar o interesse coletivo, ao contrário, é sua função resguardar e priorizar esse interesse, não importando suas acepções pessoais quanto a determinado assunto.

Indo ao encontro deste pensamento, surge outro quesito de grande importância à fase preparatória das contratações: a motivação. Explicar o porquê da contratação, garante segurança à coletividade e ao gestor, garantindo que o dinheiro público será destinado a um fim objetivo e necessário, e não apenas conforme a vontade subjetiva do gestor público.

2.3 Licitação

Durante a execução dos procedimentos iniciais da fase interna, que antecedem a contratação, o órgão tem condições de avaliar qual o meio pertinente para proceder com a mesma, se mediante ato que dispense o procedimento licitatório, ou seja, por meio de contratação direta, ou ainda, se por meio de procedimento licitatório.

Nas palavras de Justen Filho, em sua obra Curso de Direito Administrativo, licitação é definida como:

[...] procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância no princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 335).

O edital de licitação deve guardar os preceitos legais, principalmente no tocante às exigências quanto aos documentos de

habilitação, que deverão abranger a habilitação jurídica, técnica, econômico-financeira e regularidades fiscal e trabalhista, que estão especificados dos artigos 28 a 31 da lei de licitações e contratos.

Com a autorização para abertura do procedimento licitatório, resta averiguar qual a modalidade que será utilizada, sendo que a lei prevê: concorrência pública, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, este último sendo na forma presencial ou eletrônica.

E esclarece Lucas Rocha Furtado em sua obra Curso de Direito Administrativo:

O principal critério para definir se o administrador irá utilizar a concorrência, a tomada de preços e o convite é o preço do objeto (compra, serviço ou obra) a ser licitado.⁴ Caso se trate de bem ou de serviço comum, hipótese em que o administrador deve, obrigatoriamente, utilizar o pregão, não há limite em razão do valor do contrato à utilização desta modalidade, conforme será examinado mais adiante. A inviabilidade de utilização dessa modalidade deve ser devidamente justificada pelo administrador público (especialmente o que atua em âmbito federal – Decreto nº 5.450/05) ou por aquele que recebe repasse de Recursos federais (conforme dispõe o Decreto nº 5.504/05).⁵ (FURTADO, 2016, p. 397).

Não de tratando da contratação de bem ou de serviço comum, a regra passa a ser a utilização da concorrência, modalidade mais ampla de licitação, salvo os casos em que, pelas peculiaridades do contrato, seja exigido o concurso ou leilão, ou que, em face de seu valor, seja admitida a tomada de preços ou convite.⁶

4 O Acórdão TCU nº 642/04, Plenário (DOU9 JUN. 2004), consignou determinação no sentido de: "9.2.10. nas licitações para a contratação de obras e serviços, inclusive nos casos de dispensa e inexistência, elabore o orçamento detalhado de que trata o inciso II do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93, com valores estimados considerando os preços de mercado, tendo em vista que os dados nele constantes deverão ser utilizados para a definição da modalidade licitatória, verificação da suficiência dos recursos orçamentários e avaliação da adequabilidade dos preços propostos, evitando a ocorrência de casos semelhantes ao constatado no processo de contratação da empresa ARC Associados Auditores Independentes S/C (processo licitatório nº 48500.003007/01-41)".

5 Nesse sentido, vide: "[...] com a publicação do Decreto 5.450/2005, o pregão passa a ser obrigatório no que se refere à aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da Administração Pública Federal, devendo ser, preferencialmente, realizado com o uso da tecnologia da informação, e dizer, de modo eletrônico (art. 4º, da referenciada norma). Assim, merece atenção por parte do órgão ora fiscalizado a definição da natureza de um bem. Acaso o bem seja comum, o MME deve, necessariamente, adotar o pregão, sob pena de estar afrontando o regulamento que trata do assunto.

6 TCU: escolha a modalidade de licitação com base nos gastos estimados para todo o período de

Ante todas as orientações legais e jurisprudenciais, verificam-se ainda, em certa demasia, as irregularidades decorrentes dos procedimentos licitatórios. Ainda que sejam aplicadas as punições, e malgrado as fiscalizações, que buscam proteger o erário, por vezes são encontrados casos em que o gestor, bem como os setores responsáveis pela realização das cotações de preços, pareceres jurídicos e realização das licitações, passam longe do princípio da indisponibilidade do interesse público.

A elaboração de edital de licitação viciado pode acarretar graves prejuízos financeiros à sociedade, quando não, pode acarretar riscos à saúde e à segurança.

Imperiosa é a averiguação das condições determinantes para a participação nas licitações públicas, que devem sempre ter o ânimo de estabelecer a isonomia e ampliar a concorrência. Agindo desta forma, o agente público terá a garantia do fiel cumprimento de seu dever.

3 SISTEMAS DE CONTRATAÇÃO

As licitações sempre serão baseadas em um dos sistemas existentes para a contratação: sistema convencional e sistema de registro de preços (SRP).

No primeiro, a assinatura do contrato resulta do comprometimento entre as partes em cumprir as obrigações preestabelecidas durante o procedimento licitatório. O Tribunal de Contas da União – TCU caracteriza que a licitação pelo sistema convencional é destinada a selecionar o fornecedor e a proposta para contratação específica a ser efetivada pela Administração quando da finalização do processo.

O outro sistema de contratação existente, o qual vem sendo muito utilizado pela Administração Pública, resulta do mesmo trâmite procedimental estabelecido para as licitações realizadas pelo sistema

vigência do contrato, consideradas as prorrogações previstas no edital” (Acórdão nº 1.395/05, 2ª Câmara. DOU, 24 ago. 2005).

convencional, com a diferença de que, ao final do processo é assinada a ata de registro de preços (ARP), caracterizando o vínculo entre as partes para uma futura contratação. De acordo com o TCU, o objetivo do sistema de registro de preços é a seleção de fornecedor e proposta de preços de maneira que a contratação, não sendo específica, possa ser realizada repetidas vezes, durante a vigência da ARP, e acrescente-se, de acordo com a necessidade da Administração. Tal sistema é previsto no artigo 15 da Lei nº 8.666/93 e é regulamentado pelo Decreto Federal nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013.

A Lei nº 8.666/93, no artigo 15, inciso II, regulamenta que preferencialmente as compras devem ser processadas por meio do SRP, observando: realização prévia de ampla pesquisa de mercado; publicação trimestral dos preços registrados, em meio oficial, com o intuito de orientar a Administração; regulamentação do ato por meio de decreto; a seleção das empresas deverá ser mediante concorrência pública ou pregão; estipulação de sistema de controle e atualização dos preços registrados e validade do registro de preços não superior a um ano.

Ainda que diante da realização e assinatura da ARP pela Administração, esta não é obrigada a contratar com a empresa vencedora do certame sob o sistema em estudo, sendo facultada à mesma a possibilidade de contratação por outros meios, em face do melhor interesse público, desde que respeitados os preceitos legais que determinam os processos licitatórios, e sendo vedada a contratação com o maior valor registrado. Dessa forma, a Administração sempre realizará a contratação que enseje o menor valor, quer seja pelo preço já registrado, quer com outro fornecedor vencedor de procedimento licitatório diverso do que originou determinada ARP, garantindo, dessa forma, economicidade aos cofres públicos.

O artigo 3º do Decreto nº 7.892/2013, prevê as situações em que poderão ser adotadas o sistema em questão:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração. (BRASIL, 2013, Art. 3º).

Verifica-se que, quando em face ao cumprimento de todas as determinações legais, a utilização do sistema de contratação em pauta é extremamente salutar à Administração, evidenciando significativa economia, haja vista que os preços serão mantidos pelo prazo de um ano, e que a Administração deixará de realizar gastos com publicações de licitações que poderão ser efetivadas pelo procedimento das “caronas”, bem como mostra-se relativamente mais célere no que se refere à realização dos processos licitatórios.

3.1 Processos de Adesão

Estabelecida a empresa detentora do registro de preços, será facultado a outros órgãos, não participantes da licitação, utilizarem dos preços registrados, eximindo-se dessa forma da realização de procedimento licitatório para a contratação de determinado objeto, havendo por assim dizer, relativo “encurtamento” nos prazos e procedimentos exigidos para a realização das contratações.

Importante neste momento compreender os atores do sistema de registro de preços, a fim de que se possam estabelecer as obrigações de cada parte, desta forma conceitua o Decreto nº 7.982/2013, em seu artigo 2º:

III - órgão gerenciador - órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente;

IV - órgão participante - órgão ou entidade da administração pública que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços; (Redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2.014)

V - órgão não participante - órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços. (BRASIL, 2013, Art. 2º).

Neste caso, o órgão não participante solicita permissão do órgão gerenciador do registro de preços, arguindo sobre a anuência em sua participação na licitação já ocorrida, como também deve obter anuência da empresa vencedora do certame licitatório.

Diante da anuência de ambas as partes, inicia-se, verdadeiramente, o procedimento de adesão, popularmente conhecido como “carona”.

O órgão não participante abrirá o procedimento administrativo, quando em posse da cópia dos atos que compõem o processo licitatório do órgão gerenciador, que em geral compõem-se de:

Edital de licitação e seus anexos;
Proposta de preços (inicial e adequada quando se tratar de Pregão) da empresa vencedora;
Termos de Homologação e Adjudicação;
Ata de Registro de Preços devidamente assinada e seu anexo;
Extrato da Ata de Registro de Preços

A depender do decreto, estadual ou municipal, que regulamente o SRP, pode haver alterações nas exigências acima dispostas, contudo, costumeiramente, esses são os documentos relativos ao órgão que promoveu a licitação, e que devem constar no processo do órgão não participante.

A empresa detentora do registro apresentará os documentos de habilitação em conformidade com o estabelecido no edital de licitações do órgão gerenciador, atentando para a data em que se realizará a contratação, ou seja, todas as certidões devem estar válidas para a assinatura do contrato.

Em que pese à figura do processo de adesão, os órgãos participantes são obrigados a atuar com lisura, respeitando os diversos dispositivos legais referentes às contratações públicas, e, por sua vez, os órgãos não participantes e interessados na adesão agirão de maneira a verificar a legalidade e probidade dos atos a que pretendem aderir.

4 POSICIONAMENTOS DIVERGENTES SOBRE AS “CARONAS”

Embora a possibilidade de realizar contratação mediante “carona” já exista há alguns anos, ainda não se tem um posicionamento pacificado em relação ao tema. Sobre o assunto aduz, o Rel. Cons. Substituto Gilberto Diniz, do TCE-MG:

[...] ao lado dos aspectos positivos, a figura do “carona” é polêmica, pois poderia representar o avesso do princípio licitatório uma vez que consiste na permissão dada àquela unidade administrativa que não promoveu o sistema de registro de preço ou tampouco dele participou (ou seja, não é gerenciador, nem participante). O “carona” apenas se beneficia da Ata de outrem, a ela aderindo mediante o cumprimento de algumas exigências formais.⁷ (Consulta n. 757978. Rel. Cons. Substituto Gilberto Diniz. Sessão do dia 08/10/2008).

Observando preceito constitucional que impõe a obrigatoriedade de licitar, é preciso analisar até que ponto pode o gestor público lançar mão de determinados meios para alcançar a específico fim.

Diante da controversa figura, há quem levante os argumentos de que as adesões ferem, precipuamente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e isonomia.

⁷ (Consulta n. 757978. Sessão: 08/10/2008 Relator: Cons. Moura e Castro).

Sobre o princípio da legalidade, entende Gasparini, na obra *Direito Administrativo* que “o princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor”. (2011, p. 61).

Considerando que o decreto tem função de dar fiel cumprimento às leis, não cabe a este inovar na ordem jurídica. Desta feita, segundo uma parte da doutrina, a Lei nº 8.666/93, cujo papel é regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, que trata da obrigatoriedade de licitar, não traz em seu corpo a possibilidade das adesões às ARP, portanto, tal permissão advinda de decreto seria considerada inconstitucional.

Justen Filho expressa seu entendimento sobre as caronas, na obra *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*:

A consagração do “carona” favorece a prática da corrupção. Em primeiro lugar, envolve a realização de licitações destinadas ao fornecimento de quantitativos enormes, o que se constitui em incentivo a práticas reprováveis. Isso não significa afirmar que existem desvios éticos apenas nas licitações de grande porte. O que se afirma é que a grande dimensão econômica de uma licitação eleva o risco de corrupção em vista do vulto dos valores envolvidos. Mais grave, consiste na criação de competências amplamente discricionárias. Ao assegurar ao ente administrativo a faculdade de escolher entre utilizar ou não utilizar um registro de preços, abre-se a oportunidade para a corrupção. Não significa que a existência do registro de preços seja um instrumento intrinsecamente propício à corrupção: a figura do ‘carona’ é intrinsecamente propícia à corrupção. E o é porque uma entidade pode ou não se valer de um registro de preços, segundo uma escolha livre e incondicionada. (JUSTEN FILHO, 2008, p.197).

Outro entendimento que se poderia suscitar é em relação aos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia. Tomando como exemplo um determinado órgão “Z” que querendo contratar um objeto qualquer, e realiza as pesquisas de preços para este fim,

ao saber da existência de licitação mediante registro de preços, busca a ata resultante desta, entre a empresa “X” e o órgão gerenciador “Y”, e age de forma a realizar todos os trâmites pertinentes para a elaboração de seu contrato.

Obviamente, não temos como atrelar tal conduta ao princípio da impessoalidade, uma vez que, deliberadamente e sem a prévia concorrência, o órgão público contratou com a empresa “X”. Da hipótese em questão, difícil concluir também que fora respeitado o princípio da isonomia, porquanto não houve como atribuir tratamento igualitário aos interessados em contratar com a Administração Pública, o que implica fatalmente na inobservância do princípio da moralidade.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo também já se posicionou sobre o tema:

[...] tendo em vista a jurisprudência que se firmou nesta Corte, entendo que cabe a este Tribunal orientar os órgãos e entidades jurisdicionados para que não se utilizem do expediente denominado “carona”, sob pena de julgamento pela irregularidade das contratações firmadas por meio do emprego de tal instituto. (Bottesi, 2013).

Nesta seara figura, Joel Menezes Niebuhr em seu artigo - A morte lenta da adesão à ata de registro de preços – reflexões sobre o novo Decreto federal nº 9.488/2018⁸:

Quero começar esclarecendo que sou contra a adesão à ata de registro de preços, porque, na minha visão, ela é inconstitucional, opõe-se a uma série de princípios, entre os quais os da isonomia, da vinculação ao edital e da legalidade. Entretanto, não pretendo discutir aqui a constitucionalidade da adesão.

Contudo, há no meio doutrinário, simpatizantes da utilização da “carona”, como Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que já se posicionou sobre o assunto, entendendo que “a próxima etapa da racionalização

8 NIEBUHR, J. M. (05 de 09 de 2018). Bolg Zênite. Acesso em 09 de 11 de 2019, disponível em Blog Zênite: https://www.zenite.blog.br/a-morte-lenta-da-adesao-a-ata-de-registro-de-precos-reflexoes-sobre-o-novo-decreto-federal-no-9-4882018/#_ftn1

de procedimentos é o uso do Sistema de Registro de Preços e nesse sistema o desenvolvimento do : ‘corona’”.⁹

Segundo Relatório do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Ceará Edilberto Pontes, no Processo 04480/2009-0:

Qual a natureza jurídica do procedimento denominado de carona? 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. 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 formações 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. (*apud* JACOBY, 2008).

O autor entende que, ao optar pela “carona”, é estendida a quantos quiserem participar, uma contratação economicamente mais vantajosa, uma vez que foram superados, por outro órgão, os trâmites iniciais da contratação.

4.1 Erros mais comuns nas contratações mediante adesão

Como dito anteriormente, a despeito das controvérsias, e por vezes recomendações desfavoráveis dos tribunais de contas, o número de procedimentos de adesão às atas de registros de preços aumenta exponencialmente.

9 Tribunal de Contas do Estado do Ceará – TCE EM AÇÃO. <https://www.tce.ce.gov.br/institucional/coletanea-tce/send/159-coletanea-tce/1328-tce-em-acao>

O que deveria ser tido como exceção, tem-se tornado regra, e até ato corriqueiro, por parte dos órgãos públicos, como consta no Acórdão 1233/2013 - Plenário do Tribunal de Contas da União:

29. Mais preocupante, ainda, é a constatação de que 64% das contratações por SRP foram realizadas por meio de adesões fundamentadas nos art. 8º do Decreto 3.931/2001, prática de adesão tardia (por órgão não participante da licitação pelo SRP), mais conhecida como “carona”.

30. O que se abstrai é que, o que deveria ser exceção virou prática comum. O planejamento conjunto para a criação de ata não vem se realizando.

31. Como bem frisou a unidade técnica, a problemática envolvendo a adesão tardia e ilimitada à atas de registro de preços tem sido preocupação constante desta Corte de Contas, que já se manifestou contrariamente a sua prática irrestrita por meio do Acórdão 1.487/2007-TCU-Plenário, ora em fase de recurso”. (Acórdão 1233/2013 - Plenário do Tribunal de Contas da União).

Em face do crescente aumento, nasce uma problemática a se considerar pela Administração: quais critérios devem ser observados ao iniciar o processo de adesão à determinada ata de registro de preços?

Primeiramente, após constatado o benefício para a Administração em aderir à ARP existente, o interessado deve buscar os meios necessários, para averiguar se foram observados todos os trâmites legais no que se refere à elaboração do processo de compras pelo órgão participante/gerenciador.

Citamos alguns exemplos de problemas quanto ao processo: cotações viciadas ou mal elaboradas; edital com irregularidade; inobservância quanto à possibilidade de realização de registro de preços para o objeto contratado; contratação de empresa inidônea ou com problemas na habilitação.

Ainda que todos os apontamentos acima recaiam sobre o órgão que deu origem à ARP, essas são algumas situações que podem prejudicar quem adere ao processo viciado.

Todo gestor tem a responsabilidade de averiguar em quais con-

dições foram iniciados os procedimentos administrativos, visando contratações, entretanto, muitas vezes o agente público não tem o devido zelo ao verificar essas informações. Dessa omissão, podem decorrer inúmeros problemas administrativos e judiciais a depender da conduta dolosa das partes.

Dessa forma, o primeiro erro ao aderir uma ata pode ser caracterizado, justamente, por essa falta de zelo do agente público, mediante tantos problemas que podem advir de um processo de licitação mal realizado.

Outro ponto importante é observar se realmente o fator tempo pode ser caracterizado como ponto crucial diante da decisão em aderir a uma ARP. Como discutido anteriormente, uma das primeiras ações do gestor público é o planejamento. Dessa ação, decorrem todos os trâmites e desenvolvimento das atividades que a Administração pretende realizar.

Se o gestor organiza suas ações, estabelece metas, delega as funções e cobra a responsabilidade daqueles envolvidos no planejamento, não se pode alegar a falta de tempo hábil para licitar.

Considerando que o SRP se dá mediante duas modalidades de licitação – concorrência pública e pregão – e que em regra a mais usada é justamente o pregão, verifica-se que este por ser ato célere, já que, da publicação do edital para realização da sessão, decorrem apenas oito dias úteis, não é verificado um tempo demasiado longo a se aguardar. Em regra, e a depender do objeto e quantidades licitadas, a finalização de um pregão pode ocorrer em quinze dias úteis.

Em vista disso, verificamos que, diante de um planejamento bem executado, não há motivos para dispensar a realização de licitação própria, ou seja, muitas vezes a adesão se dá justamente em razão da falta de planejamento, quando a demanda já se torna imprescindível à sociedade ou a realização do serviço público.

Vale ressaltar, que, por vezes, os gestores públicos invertem a ordem do processo administrativo, e buscam a ata de registro de

preços primeiro, para posteriormente, elaborar seu próprio termo de referência, o que denota clara falta de planejamento e cuidado com a coisa pública.

Segundo o Ministro Relator Bruno Dantas em posicionamento no Acórdão nº 311/2018 do TCU:

9. Em primeiro lugar, há que se discutir a própria previsão no edital desta possibilidade, também conhecida como adesão tardia ou, mais simplesmente, carona. Arguido quanto a isso, o órgão não apresentou justificativas plausíveis. 10. Conforme venho reiterando em diversos julgados sob a minha relatoria (a exemplo do item 9.3.4 do Acórdão 757/2015-TCU-Plenário e do item 9.3.2 do Acórdão 1.297/2015-TCU-Plenário), resta claro, à luz do artigo 9º, inciso III, in fine, do Decreto 7.892/2013, que a inserção de cláusula em editais licitatórios permitindo a adesão tardia é uma faculdade do órgão gerenciador. Nessa esteira, é certo que tal ato, embora discricionário, não prescinde de motivação. 11. **Tenho constatado que uma cláusula deste tipo (permitindo a adesão tardia) é inserida de forma repetida e impensada em quase todos os editais de pregões para Sistema de Registro de Preços.** No mais das vezes, costuma-se alegar que sua inserção seria justificável porque traria alguma espécie de economia de escala. **Todavia, trata-se invariavelmente de mera alegação genérica, sem nenhum lastro em estudos técnicos relacionados especificamente ao objeto que se deseja licitar e realizados preliminarmente à contratação que se almeja**". (TCU, Acórdão nº 311/2018, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, Sessão de 21.02.2018.) (grifo nosso).

O Ministro Relator levanta o fato de que, por ter virado ato corriqueiro, muitos editais de licitação não lançam mão das devidas justificativas à permissão das adesões.

4.2 Possíveis penalidades provenientes de processos viciados

Diante de irregularidades quanto aos processos de adesões, cabe denúncia tanto aos tribunais de contas, quanto ao Ministério Público,

que diante dos fatos apresentados, irão abrir processo investigativo.

A depender do resultado da análise, cabe aos tribunais julgar irregulares as contas do agente público que deu ensejo à conduta danosa, aplicar multas aos envolvidos nos atos ilícitos, suspender os efeitos dos contratos e determinar que não seja autorizada a adesão à ata viciada.

Não obstante as recomendações dos tribunais e, sendo o caso, aplicação das penalidades acima expostas, a depender do dolo na ação dos envolvidos, caberá o disposto nos artigos 83 e 84 na Lei nº 8.666/93, como, além das sanções penais, a perda do cargo ou emprego público, função ou mandato eletivo. A pena pode ser acrescida de 1/3 caso o agente causador do ilícito seja ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança.

Para melhor apreciação do assunto, observemos alguns acórdãos do TCU referentes às irregularidades encontradas em licitações sobre o sistema de registro e preços e processos de adesão.

9.3. determinar ao Departamento Nacional de Obras contra as Secas (Dnocs) que condicione a adesão à Ata de Registro de Preços (ARP) 001/2017, lavrada no âmbito do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 015/2016 da Companhia Docas do Ceará (CDC), ao cumprimento das seguintes exigências, informando a este Tribunal no prazo de sessenta dias os resultados obtidos:

9.3.1. correção da falha metodológica na pesquisa de preços com fornecedores externos (**utilização de base comparativa incompatível com os preços ofertados pela vencedora da Ata de Registro de Preços 1/2014, da Companhia Docas do Ceará**), especialmente após a confecção do Termo de Referência, quando o quantitativo foi alterado para 12 postos de trabalho de 24 horas ininterruptas mais 1 posto noturno (peça 9, p. 14);

[...] 9.3.5. **demonstração do atendimento aos demais requisitos estabelecidos no art. 22 do Decreto 7.892/2013**, quais sejam: a) validade da ata de registro de preço; b) vantajosidade na adesão pelo órgão participante; c) consulta ao órgão gerenciador; d) aceitação do fornecedor; e) limite de 100% para aquisição ou contratação do órgão participante; f) limite de cinco vezes para aquisição

por todos os órgãos participantes dos itens registrados; e g) prazo de 90 (noventa) dias para aquisição ou contratação pelo órgão participante, contado da data de autorização do órgão gerenciador; (TCU, TC 023.072/2017-2, Plenário, Grupo I, Classe VII). **(grifo nosso)**

Na situação acima disposta, verifica-se que o órgão representado ao TCU (DNOCS) não se submeteu às orientações do tribunal, que entre outras determinações, constava na correção das propostas de preços, demonstração ao atendimento e fundamentações relativos ao artigo 22 do Decreto nº 7.892/2013.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, formulada pela Secex/PR, versando sobre possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 59/2018 (UASG 153079), promovido pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), cujo objeto é a ata de registro de preços para a contratação de empresa especializada na execução de serviços comuns de engenharia, baseados na tabela Sinapi/PR; (TCU, Acórdão nº 1381/2018, Plenário, Rel. Min. Wlaton Alencar Rodrigues, 2018).

Acordam os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, e, diante das razões expostas pelo relator, em:

- 9.1. considerar procedente a representação;
- 9.2. com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o artigo 45 da Lei 8.443/1992, assinar prazo de 15 (quinze) dias para que a Universidade Federal do Paraná (UFPR) proceda à anulação do Pregão Eletrônico 59/2018, tendo em vista as seguintes irregularidades:
 - 9.2.1. insuficiente especificação e caracterização dos serviços a serem contratados como atividades de manutenção predial, nos termos do artigo 6º da Lei 8.666/1993 e dos normativos atinentes à matéria, **permitindo que seja contratada a realização de obras mediante pregão para registro de preços, em afronta ao Decreto 5.450/2005;**
 - [...] 9.2.3. **ausência de justificativa para a inclusão, no**

edital, de previsão de adesão à ata por órgãos ou entidades não participantes (“caronas”), afrontando o art. 3º da Lei 8.666/1993 e o princípio da motivação dos atos administrativos, bem como o art. 22 do Decreto 7.892/2013; 9.2.4. **ausência de mecanismo de controle das eventuais adesões à ata, tendo em vista que as unidades de medida dos itens não foram informadas;** 9.3. arquivar o processo”. (TCU, Acórdão nº 1381/2018, Plenário, Rel. Min. Wlaton Alencar Rodrigues, 2018).

Já no caso acima colacionado, verifica-se ilegalidade em face do objeto licitado, ausência de justificativa para previsão de adesão à ata de registro de preços, bem como o devido controle das eventuais adesões.

20. Feitas essas considerações, conheço do agravo interposto pelo Conselho Regional de Administração do Amazonas, por atender aos requisitos de admissão dispostos no art. 289 do RI/TCU, dando-lhe provimento parcial, a fim de, com espeque no §1º do art. 289 do RI/TCU, reformar a decisão cautelar determinada pelo despacho decisório à peça 7, de 19/8/2019, referendada pelo Plenário por meio do acórdão 1954/2019-TCU-Plenário, para adotar as seguintes medidas, até que o Tribunal decida sobre o mérito da matéria nestes autos:

- a) determinar ao Conselho Regional de Administração do Amazonas, cautelarmente, que **suspenda a execução do contrato 2/2019**, exceto apenas no que tange ao evento 17º ‘Encontro de Administração do Amazonas’, a ser realizado nos dias 18 e 19/9/2019;
- b) determinar ao Conselho Regional de Administração do Amazonas, cautelarmente, com fulcro no disposto no artigo 276, caput e § 3º, do RI/TCU, **que não celebre outros contratos com base na ata de registro de preços 2/2019, assim como não autorize adesões a esse instrumento contratual.** (grifo nosso) (TCU, Acórdão nº 2191/2019, Plenário, Rel. Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 2019).

Essas foram apenas algumas das decisões proferidas pelo TCU, contudo, não se pode olvidar dos diversos tribunais estaduais que emitem recomendações e pareceres a cerca dos procedimentos de adesão.

Apesar das divergências quanto à legalidade desse instituto, é correto afirmar que o gestor público tem o dever de atuar conforme a lei, incorrendo no risco de afrontar o princípio da legalidade, desta feita, ao optar, em última instância, e mediante todas as justificativas que serão devidas, este tem a obrigação de analisar o processo a que pretende aderir.

Não é cabível à Administração Pública utilizar do processo em estudo para sanar atos desleixados no tocante à realização de planejamentos para contratações e elaboração de termos de referência, por exemplo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos públicos geram impactos diretos na sociedade, tal importância se caracteriza por estar, toda a coletividade, arcando com os custos dos mesmos.

Uma contratação pautada na estrita legalidade, e que tenha como objetivo a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, irá beneficiar toda a sociedade. Portanto, para alcançar essa finalidade é necessário ao agente público tomar todos os cuidados necessários ao fiel cumprimento da lei, agindo de maneira a seguir todos os parâmetros, etapas e análises necessárias a uma contratação proveitosa para a coletividade.

Desta feita, é de suma importância um bom planejamento realizado pelo gestor público, pois tal ação é o que irá garantir a plena execução das metas públicas. Detectadas todas as características da demanda, o agente público tem que promover contrato administrativo, observando a regra geral de licitar, isentando-se de tal, quando permitido em lei.

Visualizam-se dois tipos de sistema de contratação, a saber: sistema convencional, quando da licitação resulta o contrato entre as partes, e o sistema de registro de preços, entendido grosso modo

como um cadastro dos preços ofertados pela empresa vencedora da licitação, de onde se origina a ata de registro de preços que irá promover contratos futuros.

Da ata de registro, pode resultar a figura da adesão, popularmente chamada “carona”, onde um órgão não participante da licitação, que originou a ata, solicita permissão para utilizar os preços registrados, e efetivar contratação sem proceder com licitação própria.

O conhecimento desse tema é de suma importância, tanto para a sociedade, que tem a obrigação de fiscalizar os gastos públicos, quanto para classe acadêmica, pois permite uma análise dos meios utilizados por alguns órgãos públicos, para efetivar suas contratações, proporcionando uma perspectiva quanto à legalidade e constitucionalidade do ato.

Da decisão de aderir à determinada ata de registro de preços, cabe ao ordenador de despesas tomar todas as precauções quanto à legalidade do processo a que pretende aderir, bem como demonstrar o benefício da contratação por este viés. Ademais, a falta dos cuidados necessários ao administrador público, pode correr o risco de responder administrativamente, ou ainda, penalmente, caso seja apresentado indício de irregularidade e/ou crime contra o patrimônio público.

PUBLIC CONTRACTS THROUGH THE ACCESSION PROCESS

ABSTRACT

The Public procurement must be carried out according to the legal norms and principles of Administrative Law. The Federal Constitution establishes that the public contract requires prior bidding. From these bidding procedures we come across the figure of the “hitchhiking” process, regulated by Federal Decree N. 7.982/2013. Such procedure allows the hiring of a certain good or service using a bid made by another agency, upon its authorization, and provided

that it was made by the Price Registration System. It is important to know the situations in which such action is beneficial to the Public Administration, what are the precautions to be taken in the adhesions and the risks to which the managers are exposed when proceeding with the contract resulting from the “hitchhiking”. The method used was bibliographic research, since it seeks to reach a conclusion on the risks when misuse or the lack of analysis of the bidding process when hiring through hitchhiking processes. The present study will be qualitative.

Keywords: Public Administration. Bidding. Minutes of Price Registration. Accessions.

REFERÊNCIAS

BOTTESI, Claudine Corrêa Leite. **Recentes alterações no sistema de registro de preços**. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. 2013. Disponível em: http://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/downloads/par-cclb-_2013-03-18_tca-008073-026-09-artigo_sitio-eletronicoodecreto07892-23-01-2013_regulamenta_sistema_registro_de_precos_da_lei_8666.pdf. Acesso em 15 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em fev. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 10.520, de 17 de Julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm>. Acesso em 14 set. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível

em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. **DECRETO Nº 9.412, de 18 de junho de 2018**. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9412.htm>. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 311/2018**, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, Sessão de 21.02.2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A311%2520ANOACORDAO%253A2018%2520RELATOR%253A%2522BRUNO%2520DANTAS%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=25446ef0-aca3-11ea-8a40-bdfffa2fc9d2a. Acesso em 05 ago. 2019

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU**. 4. ED. Brasília. 2010. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2014_24.pdf. Acesso em 22 set. 2019.

DINIZ, R. C. **Coletânea de entendimentos TCE MG**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas – MG. 2011.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle**. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública, v. 6, 2007. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>. Acesso em 12 out. 2019.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MUKAI, TOSHIO. **O efeito “carona” no Registro de Preços: um crime**

legal? Revista do TCU, Brasília, ano 38, n. 114, p. 103-108, janeiro/abril 2009. Disponível em <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/19>> Acesso em 12 out. 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **A morte lenta da adesão à ata de registro de preços – reflexões sobre o novo Decreto federal nº 9.488/2018.**

Blog Zênite. [S.I.] 2018. Disponível em <<https://www.zenite.blog.br/a-morte-lenta-da-adesao-a-ata-de-registro-de-precos-reflexoes-sobre-o-novo-decreto-federal-no-9-4882018/>> (2018). Acesso em 19 set. 2019.

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. **Cuidados que devem ser observados quando da adesão a atas de registro de preços de outros órgãos e entidades.** Blog Zênite. [S.I.] 2012. Disponível em <<https://www.zenite.blog.br/o-fim-do-carona-finalmente/>> (2012). Acesso em 04 nov. 2019.