

Aspectos polêmicos acerca do “carona” em licitação com ata de registro de preços¹

Controversial issues about the “later subscription” in bid based on price record minutes

Fábio José Silva de Araújo²
Laércio Pereira Costa Júnior³

RESUMO

Este artigo acadêmico possui como a principal finalidade demonstrar de forma doutrinária alguns aspectos polêmicos acerca da figura “**CARONA**” no Sistema de Registro de Preços, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Federal n. 3.931/2001, e apontar suas peculiaridades e as violações dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública. Bem como mostrar algumas divergências de entendimento doutrinário junto a alguns Tribunais de Contas dos Estados inclusive o Tribunal de Conta da União, como também demonstrar que a obrigatoriedade de licitar na Administração Pública é sempre regra sendo exceção a não utilização desse procedimento administrativo e conscientizar que uma vez violado esses ditames os agentes públicos poderão ter sanções severas por tal conduta.

Palavras-Chave: Licitação. Sistema de Registro de Preços. Figura do “Carona”. Aspectos polêmicos.

ABSTRACT

This academic paper has as main purpose to show into a doctrinal way some controversial aspects about the “Later Subscription” in the Pricing Registration System, inserted in the Brazilian legal system by Federal Decree n. 3931/2001,

1 Artigo apresentado à Universidade Potiguar – UnP, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

2 Graduando em Direito pela Universidade Potiguar – fabiopmsbt@unp.br

3 Orientador. Especialista em Direito do Trabalho. Professor da Universidade Potiguar - laercio@unp.br

and point out its peculiarities and violations of constitutional guiding principles of public administration. Also we show some differences of doctrinal understanding together some Courts of Auditors of States including the Court of Account of Union. We demonstrate also that the mandatory bid in the Public Administration is always exception to the rule and do not use this administrative procedure may have severe penalties for such conduct.

Keywords: Bidding. Registration Pricing System. Figure of “later subscription”. Controversial aspects.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, é necessário que para Administração Pública no intuito de celebrar contratos para realização de algumas atividades, busque pessoas do âmbito do direito privado para atender aos interesses públicos da coletividade.

No entanto, estes contratos não poderão ser celebrados de forma discricionária pelo agente público, em virtude da exigência prevista no art. 37, XXI, CF/88, que impõe a obrigação de ser previamente realizado o procedimento licitatório.

Na realidade o que se verifica atualmente é que a licitação é um procedimento administrativo muito dispendioso e às vezes moroso, mostrando-se burocrático para Administração Pública, mas sem sombra de dúvida necessário.

Com isso, o Sistema de Registro de Preços aparece para a Administração como uma ferramenta a confirmar o princípio constitucional da eficiência, proporcionando a redução no número de procedimentos licitatórios e dando agilidade nas contratações que forem necessárias.

Nesse mesmo diapasão com o objetivo de garantir uma forma mais célere nas contratações realizadas pela Administração Pública, foi introduzido no nosso ordenamento jurídico e vem sendo muito adotado pela Administração Pública, um instituto vulgarmente chamado de “carona” no Sistema de Registro de Preços, haja vista que um órgão ou entidade não participante da licitação, se aproveita da Ata de Registro de Preços já existente e com isso é realizada contratações diretas com os fornecedores, após terem cumprido algumas exigências.

Contudo a economia de recursos oferecida pela figura do “carona” não assegura resultados práticos positivos, dessa forma causando várias polêmicas, começando pela forma em que foi colocado no nosso sistema jurídico

brasileiro.

Esta celeuma se destina a aplicação de princípios constitucionais administrativos, com os conceitos essenciais e amplamente difundidos ao que se refere a licitações, em coerência com as legislações em vigor no tocante ao tema em discussão.

Esta discussão tem uma grande importância no mundo jurídico, na medida em que, mesmo diante das controvérsias que cerca este instrumento, o que ocorre é que o “carona” já é realidade para boa parte da Administração Pública, tendo sido praticada nas distintas esferas de governo inclusive pelo próprio Tribunal de Contas da União.

A fim de conceder conclusões em torno desse tema, é desenvolvido primeiramente, o conceito do que seja licitação, bem como o que é Sistema de Registro de Preços, para só então aprofundemos acerca discussões ora estabelecido, observando o que diz a doutrina e jurisprudência já existentes a respeito da adesão no Sistema de Registro de Preços ou o chamado “caronas”.

2 CONCEITO DE LICITAÇÃO E O QUE É CARONA

Licitação é um procedimento administrativo em que Administração Pública visa contratar com terceiro particular objetivando obter propostas mais vantajosas para executar obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações para prestar serviços aos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para o saudoso doutrinador Hely Lopes Meirelles (2003, p.266) “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Já no conceito não tão diferente de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 325) a licitação, altera a expressão administração pública por ente público no exercício da função administrativa e acrescenta que se destina a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório.

Nesse contexto a autora nos ensina que o uso da palavra ente público no exercício da função administrativa justifica-se uma vez que “mesmo as

entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação”.

Por derradeiro, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 528) que licitação é um certame que as entidades governamentais devem realizar e no qual possibilitam a disputa entre os administrados interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para promover a escolha da proposta mais vantajosa às conveniências públicas. O Instituto da licitação finca-se na ideia de competição, a ser travada de forma isonômica entre os que preencham os requisitos necessários ao bom cumprimento das obrigações que se comprometem.

2.1 Um breve histórico da licitação no Brasil

O tema licitação está inserido na seara do direito público brasileiro há mais de cento e cinquenta anos, ainda na época do Império mais precisamente desde o Decreto nº 2.926/1862 que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Logo depois da edição desse Decreto outros diversos e leis passaram a tratar de forma discreta, do assunto, o procedimento licitatório veio finalmente, a ser consolidado, no âmbito federal, pelo Decreto nº. 4.536 de 28 de janeiro de 1922, que veio para organizar o Código de Contabilidade da União.

Entretanto não para por aí, com a edição do Decreto-Lei nº 200/67 a Licitação fora ordenada de forma nacional e foi ampliado as suas disposições para os Estados, Distrito federal e Municípios. Então na década 70 viria à súmula 158 do Tribunal de Contas de União, que pronunciou seu entendimento em que os órgãos da Administração direta e indireta deveriam seguir as regras nela contida e em especial ao princípio da isonomia para os possíveis e eventuais participantes dos certames, só que tudo isso de forma ainda um pouco singela.

Súmulas nº 158 - As Fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, as empresas públicas, sociedades de economia mista e as demais entidades previstas no art. 7º da Lei nº 6.223, de

14/07/75 (Lei nº 6.525, de 11/4/78), não estão adstritas às regras de licitação para compras, obras e serviços, previstas expressamente nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200, de 25/02/67, para os órgãos da Administração Direta e das Autarquias, mas devem prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelgível do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública, sem embargo da adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as peculiaridades de funcionamento e objetivos de cada entidade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 no seu Art. 37, XXI passou-se a exigir obrigatoriamente a Licitação para todos e Órgãos que compõem a Administração Pública. Vejamos.

“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”

Tal dispositivo constitucional viria a ser regulamentado o pouco mais adiante pela então e atual Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho 1993, a qual passou a regulamentar aquele dispositivo constitucional. Vejamos, o que nos traz tal norma:

Art.1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos

órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art.2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

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."

Depois da edição dessa norma geral acerca do tema licitação, nela houve várias alterações em texto original, porém algumas necessárias outras nem tanto, entretanto o que mais ocorre na atualidade são as violações dos princípios nela trazido.

2.2 Conceito de sistema de registro de preços

O conceito do que seja sistema de registro de preços está no Art. 2º, I do Decreto Federal 7.892/2013:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I - Sistema de Registro de Preços - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras;

O mestre professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes conceitua o Sistema de Registro de Preço da seguinte forma:

Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou preção *sui generis*, selecionando a proposta mais vantajosa, com

observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração (FERNANDES, 2006, p. 31).

Em suma, concluímos que registro de preços é meramente um procedimento simplificado especial de contratação, formalizado por intermédio de licitação nas modalidades Concorrência ou Pregão, destinado instituir compromissos de contratações futuras de certos objetos cujo se mostre necessário ao de sua vigência.

2.3 A habitualidade do uso do srp

A previsão de utilização de sistema de registro de preços na Administração Pública já vinha estampada na Lei nº 8666/93, em seu Art. 15, II, porém a única modalidade de licitação permitida era a Concorrência (art. 22, I) sendo assim até edição da Lei do Pregão nº 10.520/2002, assim pouco se utilizava o sistema de registro de preços, tendo em vista que aquela modalidade de licitação é muito complexa e tem prazos longos, que de certa forma não teria muito eficiência como busca a nossa Constituição Federal.

Com edição da Lei do Pregão como já foi dito acima, passou-se então a utilizar o Sistema de Registro de Preços com mais frequência no âmbito da Administração Pública brasileira, pelo simples fato de ser um procedimento mais célere. O que de certa forma foi ótima para Administração Pública no geral.

2.4 O SRP e sua natureza jurídica

O Sistema de Registro de Preços tem natureza jurídica de um procedimento simplificado de contratação de forma especial, no qual a Administração não fica vinculada a contratar com aquele que for considerado vencedor e que tiver seus preços registrado na Ata de Registro de Preços, porém é obrigada a dar direito de preferência ao licitante vencedor.

2.5 Da ata de registro de preços

Sobre conceito de ARP – Ata de Registro de Preços, poderemos afirmar que é um documento que vincula de forma obrigatória e tem característica de compromisso para uma possível contratação no qual nela ficam registrados os preços dos licitantes, e conforme disposição contida no edital.

2.6 Da sua natureza jurídica

A sua natureza jurídica é de um pré-contrato, na qual gera apenas uma expectativa de direito, na realidade uma espécie de preferência no momento da contratação que por ventura venha acontecer, respeitando assim o princípio da adjudicação compulsória, que é um dos princípios norteador da licitação.

2.7 O “carona” no registro de preços

No entanto, já a figura do “carona” em licitação, na forma de registro de preços ou a chamada Adesão a Ata de registros de preços, é uma forma de alguns dos Órgãos da Administração Pública celebrar contratos administrativos sem que ela mesma realize o processo de deflagração do procedimento de licitação previamente, fazendo assim simplesmente a consulta ao órgão gerenciador dos bancos preços e solicitando a autorização para fazer uso de seus preços registrado e se a empresa fornecedora concorda ou não manter tais preços de licitações já realizadas por aqueles órgãos.

Sendo que para tais contratações há uma série de exigências que devem ser tomadas e observadas pelos Órgãos contratantes, que vai desde uma prévia pesquisa mercadológica para a efetiva comprovação da vantagem econômica da contratação até Publicação da adesão realizada, para efeitos do princípio da publicidade.

Na realidade este tipo de procedimento tem se tornado praxe na atualidade, porém ainda é muito pouco discutido pela doutrina, especificamente no campo do direito administrativo.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES REGEDORES DA LICITAÇÃO

Basicamente os princípios norteadores aplicáveis às licitações estão taxativamente expressos no art. 3º da lei 8.666/93, sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, e julgamento objetivo e ainda mais um pouco falado na doutrina o chamado princípio da segregação de funções, esse último sendo mais comentado na seara da contabilidade pública e mais atrelado ao princípio da moralidade pública. Pois, por sua vez, boa parte destes princípios está expressamente no art. 37 da nossa Carta Magna.

Ressalte-se, que tais princípios não se esgotam aí, pois eles não pertencem a um rol taxativo, é o que se pode observar no final desse dispositivo legal, quando o legislador menciona de forma acertadamente a expressão *“dos que lhes são correlatos”*.

É tão grave violar princípios, inclusive aos que nos referimos que sem dúvida quaisquer atos administrativos bem como os procedimentos licitatórios estarão viciados, tornando-se assim possível a anulação por meios processos administrativos, bem como por meio de processo judicial. Acerca dessa gravidade leciona o Douto doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 818):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas ao específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”

Ocorre que uma vez violados esses princípios norteadores da Administração Pública, bem como o Administrador Público que deixar realizar o procedimento licitatório poderão incorrer nas seguintes infrações elencadas no art. 10 e 11 da lei 8.429/92 Lei de Improbidade Administrativa, observemos:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

Art. 11. **Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública** qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar "ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício (grifo nosso)

Tendo sanções severas à violação desses princípios, tanto em âmbito cível como criminal, que vão desde o ressarcimento dos possíveis danos causados ao erário público até a perda do cargo público.

4 REGULAMENTAÇÃO DO REGISTRO DE PREÇOS

A regulamentação do sistema de registro de preços no âmbito da União Federal pelo Decreto Federal nº 3.931, de 19/09/2001, que foi logo em seguida alterado pelo Decreto nº 4.342 de 23/08/2002 e atualmente revogado pelo Decreto Federal nº 7.892 de 23 de janeiro de 2013. O atual Decreto passou-se a de forma explícita a conceituar o Sistema de Registro de Preços, no qual nos traduz o seguinte, é o "conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras", Art. 2º do mencionado Decreto.

5 BENEFÍCIOS DO REGISTRO DE PREÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os benefícios do Sistema de Registro de Preços são os mais vastos para a Administração Pública, sendo alguns deles, padronização de preços, a não

comprovação de dotação orçamentária, a não obrigatoriedade à contratação do vencedor, porém dando preferência a esses numa possível contratação em respeito ao princípio da adjudicação compulsória, entres que poderíamos citar exaustivamente neste trabalho.

5.1 Da padronização de preços e sua distinção entre ata e contrato

No tocante a padronização dos preços podemos observar que Administração Pública pode elaborar tabelas que ficará registrado em uma ata em sua grande maioria pelo limite de no máximo de 12 (doze) meses. Aqui vele destacar que a ata de registro de preços não é termo de contrato, porém muitos gestores equivocadamente utilizam como tal fosse, inclusive a respeito da prorrogação da validade de sua vigência, sobre tal distinção o Tribunal de Contas da União já se manifestou a respeito de suas distinções, conforme Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 23, vejamos:

Ata de registro de preços: 1 - Distinção entre ata e contrato

Representação formulada ao TCU apontou indícios de irregularidade no Pregão n.º 187/2007, sob o sistema de registro de preços, realizado pelo Governo do Estado de Roraima para eventual aquisição de gêneros alimentícios, destinados a atender aos alunos da rede pública estadual de ensino. Em consequência, foi realizada inspeção pela unidade técnica, tendo sido constatado que a formalização da ata de registro de preços e a celebração do contrato para fornecimento das mercadorias “ocorreram em um mesmo instrumento”, isto é, ao mesmo tempo em que foram estabelecidas características de uma ata de registro de preços, tais como a vigência do registro e os prazos e condições para contratação, foram fixadas condições, direitos, obrigações e regras próprias de um termo contratual, tais como o valor pactuado, as penalidades a que se sujeita a contratada e as obrigações das partes. Com base no Decreto Federal n.º 3.931/2001 – que regulamenta o registro de preços previsto na Lei n.º 8.666/93 –, o relator salientou que a ata de registro de preços tem natureza diversa da do contrato. Na verdade, “a ata firma compromissos para futura contratação, ou seja, caso venha a ser concretizado o contrato, há que se obedecer às condições previstas na ata”. Ademais, “a ata de registro de preços impõe compromissos, basicamente, ao fornecedor (e não à Administração Pública),

sobretudo em relação aos preços e às condições de entrega. Já o contrato estabelece deveres e direitos tanto ao contratado quanto ao contratante, numa relação de bilateralidade e comutatividade típicas do instituto". No caso em tela, o contrato foi celebrado pelo valor total da proposta apresentada pela vencedora da licitação, o que significa "desvirtuamento do instituto do registro de preços", além do que, para o relator, nenhuma das situações delineadas no art. 2º do Decreto 3.931/2001 – que elenca as hipóteses em que o sistema de registro de preços deve ser preferencialmente utilizado – foi atendida. Após concluir que teria sido "mais apropriada a realização de pregão eletrônico para fornecimento de bens de forma parcelada, na sua forma ordinária, sem a formalização de ata de registro de preços", o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu expedir determinação corretiva à Secretaria de Estado da Educação, Cultura e Desporto de Roraima, para a gestão de recursos federais. **Acórdão n.º 3273/2010-2ª Câmara, TC-018.717/2007-3, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 29.06.2010.**

5.2 Da não comprovação da dotação orçamentária

Talvez essa vantagem seja a menos observada no campo da doutrina acerca do tema, porém ela tem a mesma importância que as demais, até pelo fato que muitas vezes a Administração fica aguardando a disponibilização do Saldo Orçamentário para que seja dada continuidade as Licitações Públicas, sendo, às vezes, entrave para a Administração, haja vista que em alguns casos há a necessidade de aprovação de Créditos Suplementares a Créditos Especiais apreciado pela Câmara.

Pelo fato de não haver obrigatoriedade de Contratação com o vencedor da Licitação com Ata de Registro preço é motivo principalmente de não exigir que haja disponibilidade de dotação orçamentária, porém e exigência obrigatória de dotação orçamentária somente se faz necessário no momento que houver a contratação com os licitantes vencedores.

6 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ENTRES TRIBUNAIS DE CONTAS DOS ESTADOS NO BRASIL

Não é pacífico os entendimentos dos Tribunais de Contas dos Estados acerca do tema de Adesão as Atas de Registros de Preços, alguns veem de forma satisfatória e outros não, inclusive até chegando a editar resoluções e atos normativos.

Nesse sentido, podemos constatar que o Tribunal de Contas do Distrito Federal e do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso se posicionam de forma a aceitar este procedimento simplificado, podemos destacar:

49. A propósito disso, o item II da Decisão TCDF n. 1806/06, de 20/04/2006, admite a possibilidade de os órgãos e entidades do complexo administrativo do Distrito Federal utilizarem-se da Ata de Registro de Preços de outro ente federativo, desde que expresse pesquisa de mercado promovida no Distrito Federal, conforme dispõe o § 1º do art. 4º da Lei n. 938/1995, e atenda os requisitos que a norma de regência estipula para tal hipótese. (TCDF Processo n. 3.298/10. Relator Inácio Magalhães Filho. DS: 03/04/2012)

No entanto o principal órgão do controle externo da União, o Tribunal de Contas da União, não vê possibilidade de Órgão Federal fazer uso das atas de registros de preços dos outros órgãos como aos dos Órgãos Estadual, Distrital e Municipal. Transcrevemos aqui tal afirmação retirada da Edição da revista TCMG do terceiro semestre do ano de 2012:

É vedada, de acordo com o TCU, a adesão de órgão ou entidade federal à ata de registro de preços promovida por órgão ou entidade estadual ou municipal, tendo em vista a violação ao princípio da publicidade. De acordo com a unidade técnica do Tribunal, “a publicidade de licitações promovidas por entes federais deve ter amplitude nacional, enquanto as licitações estaduais são divulgadas apenas no respectivo âmbito, a adesão de ente federal a ata de registro de preços estadual viola os arts. 3º e 21, I, da Lei 8.666/1993”. Acrescentou, ainda, que o Decreto n. 3.391/01 não veda a adesão de ente federal à ata de registro de preços estadual, “porque se destina apenas a regular o sistema de registro de preços da União, ao qual a adesão de entes estaduais, municipais e distri-

tais é possível por não violar o princípio da publicidade". Diante dos argumentos trazidos pela parte e rebatidos pela unidade técnica do TCU, o Relator votou pela procedência da representação, bem como para que fossem rejeitadas as justificativas apresentadas pelos responsáveis pela irregularidade verificada, com aplicação de multa, no que foi acompanhado pelos demais

Membros do colegiado. (TCU, Acórdão n. 3.625/2011, 2ª Câmara, Relator Min. Aroldo Cedras, DOU de 03/06/2011.) (Grifo nosso)

Conclusão

198. O Decreto 3.931/2001, que regulamentou o Sistema de Registro de Preços, permitiu que órgãos não participantes da licitação pudessem aderir à ata. Tal procedimento ficou conhecido como "carona", não fazendo distinção sobre a possibilidade de adesão a atas oriundas de outras esferas administrativas, o que tem possibilitado a interpretação de que isso é possível por alguns. Detectamos o efetivo uso dessas atas por entes federais.

199. A AGU expediu orientação normativa no sentido da impossibilidade de adesão de órgãos federais a atas de registro de preços realizadas por administração estadual, municipal e distrital. Não foi encontrado posicionamento do TCU a respeito.

200. Assim, cabe ao Tribunal de Contas da União pronunciar-se sobre o tema, no sentido de orientação aos órgãos sobre a impossibilidade da prática em questão, uma vez que a Orientação da AGU não vincula toda a Administração Pública Federal, além dos potenciais prejuízos ao princípio da publicidade e ao princípio da legalidade aplicada à.

Administração Pública, haja vista a discussão não ter sido incluída no bojo do Acórdão 1.487/2007-TCU-Plenário.

201. A doutrina apresenta posicionamentos divergentes sobre o assunto, entretanto mesmo aqueles que defendem a figura do "carona" concordam que a legalidade da adesão a atas de outras esferas é questionável.

202. A prática relatada neste achado também viola o princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, pois o Decreto 3.931/2001, de âmbito apenas federal, não menciona a possibilidade de adesão a atas de registro de preços reguladas por outros estados, municípios ou pelo Distrito Federal. Dessa forma, esse tipo de adesão por órgãos federais não deve ser tolerado, por ausência de amparo legal.

203. Outro ponto a considerar refere-se ao fato de que os requisitos que uma licitação federal deve observar são mais amplos que os de uma licitação estadual, municipal ou distrital, a exemplo dos requisitos de publicidade.

204. Ante o exposto, considerando a legislação vigente, entende-

se não ser possível que órgãos federais façam adesões a atas de registro de preços provenientes de outras esferas administrativas, sendo oportuna proposta para que os órgãos normativos orientem seus jurisdicionados nesse sentido. (TCU AC-1793-27/11-P. Relator Valmir Campelo. DS: 6 jul. 2011)

Também na contramão do que pensam o Tribunal de Contas do Distrito Federal e do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, estão os Tribunais de Contas do Rio de Janeiro e de Santa Catarina, que não concordam com esses tipos de procedimento adotado, inclusive esses tribunais de contas normas ditaram normas acerca do tema.

7 HIPÓTESE NÃO PREVISTA PARA DISPENSA DO PROCEDIMENTO LICITATORIO

A Constituição Federal no seu art. 37, XXI determina que a contratação de obras, serviços, compras e alienações, bem como a concessão e a permissão de serviços públicos pela Administração Pública, sejam feitas mediante um procedimento prévio chamado de licitação.

Assim, tanto a administração direta como a indireta (fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios) devem cumprir com esta determinação. (Art. 1º, parágrafo único da Lei 8.666/93).

Ocorre que a própria legislação especifica exceções a esta obrigatoriedade. Entre elas encontra-se o objeto do presente estudo: a dispensa de procedimento licitatório.

Como visto anteriormente para a Administração contratar com terceiros a regra é sempre licitar, salvo em algumas situações previstas na lei, como nos casos dos art. 17, 24 e 25 da lei 8.666/93 onde trazem hipóteses.

A hipótese trazida no art. 17 da Lei 8666/93 fala sobre a licitação dispensada que ocorre nos casos em que não é realizada a licitação por razões de interesse público devidamente justificado. É o caso da alienação de bens da Administração Pública que será precedida de avaliação e não de licitação.

Por sua vez as hipóteses trazidas no art. 24 da lei 8666/93 trata-se de

um rol taxativo não podendo qualquer outra hipótese de contratação ser dispensada, a não ser em casos em que seja impossível a competitiva que é no caso da inexigibilidade de licitação, ou seja, quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração. Tais hipóteses estão elencadas de forma exemplificativa, no art. 25 da Lei n. 8.666/93. Assim o próprio texto do artigo traz implicitamente a possibilidade de ampliação. Sendo assim, outras suposições que não estão descritas no artigo poderão ocorrer quando comprovadamente se estiver diante de situação que cause a impossibilidade de competição, quer pela particularidade do objeto pretendido pela Administração, quer pela particularidade do contratado a fornecer o bem ou prestar o serviço.

Então aqui fica a pergunta, será que o administrador público ao contratar um terceiro particular por meio de Adesão a Ata de Registro de Preços, não está dispensando a Licitação de forma ilegal, acha vista que tal hipótese não está prevista os artigos acima citado?

A priori os que podemos observar é que a partir do momento em que algumas entidades da Administração Pública fazem Adesão a uma Ata de registro de Preços de outra entidade, pode incorrer uma série de violação de princípios constitucionais e legais como os da impessoalidade, moralidade, isonomia entre outros correlatos.

8 OS PRINCÍPIOS VIOLADOS PELA FIGURA DO “CARONA”

Além dos princípios do Direito Administrativo, também são violados os princípios Constitucionais norteadores da Administração Pública pela figura do “carona”, haja vista que os mesmos suprimem etapas do procedimento licitatório. Esta situação ficará bem demonstrada logo adiante quando nos aprofundarmos nos tópicos comentados acima.

8.1 Princípio da legalidade

Inicialmente acerca da violação dos princípios violados pela figura do “carona” nas atas de registros preços, podemos citar o princípio da legalidade, estampado Art. 37, *caput*, da Constituição Federal, uma vez que tal prática também não é modalidade de licitação art. 22 da Lei nº 8.666/93, nem tampouco hipóteses de dispensa e nem de inexigibilidade, conforme estabelecido nos art. 24 e 25 da Lei 8.666/93. Portanto não deixa dúvidas acerca de sua ilegalidade. Sendo assim, torna-se evidente que o “CARONA” é uma ficção jurídica criado por certo doutrinador especialista no Direito Administrativo e que, por sua vez, alguns agentes públicos encontraram uma boa forma para burlar o dever de licitar e contratar direto com quem achar melhor, tendo assim certo poder de barganhar com algumas empresas que tem registros de preços em atas vigentes, ferindo também outro princípio, qual seja impessoalidade, princípio este que comentaremos mais adiante.

8.2 Princípio da eficiência

A Administração Pública também não só se pauta com a exigência do princípio legalidade, ao ponto que hoje se exige que junto com ela a Administração atue concomitante com outros princípios para que assim assegure aos seus administrados um serviço de boa qualidade e forma rápida.

Com isso, pode-se afirmar que o instituto da figura do “carona” aparece no nosso sistema jurídico com a finalidade de sanar a demora ou alguns entraves encontrado na forma de contratação normal pela Administração Pública, com isso se busca uma forma célere para as contratações da Administração Pública, já que aquele órgão ou entidade Pública que sequer participou do certame para registro de preços, poderá se utilizar da ata oriunda deste procedimento e realizar a contratação diretamente com o fornecedor quando satisfeito as condições exigidas.

Olhando figura do “carona” por esta prima, sem dúvida seria muito eficaz, porém outro fator externo tem que ser observado cuidadosamente pelos agentes públicos, pois estamos falando de dinheiro público e que tem que

ser bem investido, para fazer valer apenas a contribuinte paga ao Governo.

8.3 Princípio da isonomia

A adesão por outro ente da Administração Pública qual seja o “carona” ainda viola o princípio da isonomia, pois sua vez o Poder Público, almejando adquirir bens ou contratar a prestação de serviços e ciente dos benefícios econômicos que os contratos propiciam aos particulares, realiza procedimento licitatório, visando assegurar e concretizar o direito dos interessados em contratar com a Administração Pública à igualdade. Assim, é cristalino que a figura do carona viola o princípio da isonomia tendo em vista que o Administrador Público contrata sem o devido procedimento de licitação e, com isso, todavia fica prejudicado o alcance de uma das finalidades do procedimento licitatório.

Ademais, no momento em que os órgãos praticam essas condutas, dão certos privilégios a algumas empresas restringindo assim a competitividade no mercado, sem que as demais empresas reverem seus preços e terem oportunidade de apresentarem e outros certames.

8.4 Impessoalidade

A figura do carona afronta o princípio da impessoalidade, haja vista que muitos gestores públicos utilizam esse procedimento simplificado para satisfazer a sua intenção em contratar com quem ele desejar bastando que algum Licitante detenha registro de preços em algum órgão público, sendo assim deixa invalidando o ato ora praticado com fachada de ser uma administração eficiente. Aqui o agente público não pode deixar de prevalecer o seu interesse, mais sim o interesse da coletividade, o interesse público.

8.5 Moralidade

Já o princípio da moralidade tem uma ligação muito próxima ao princípio da legalidade e se conecta com o princípio da impessoalidade, uma vez que o agente público deixar de deflagrar um procedimento licitatório, haja vista está exigido constitucionalmente e, uma vez não realizado, viola o art. 37, XXI. Ainda acerca da moralidade leciona o saudoso, Helly Lopes Meirelles (1990, p. 79-80),

“A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – ‘non omne quod licet honestum est’. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.(...)”

Também como já foi visto, uma vez que o Administrador frustrar a licitude do procedimento licitatório ou dispensar indevidamente, poderá estar cometendo improbidade administrativa e ser severamente punido por tal prática, conforme previsão legal na Lei de Improbidade Administrativo nº 8.429/92.

9 DA IMPROBIDADE NA DISPENSA DE LICITAÇÃO

Como já foi dito exaustivamente neste trabalho, a Licitação é um procedimento formal que é regra por força de disposição constitucional, quem uma vez frustrar a licitude ou dispensar de forma indevida, poderá incorrer em improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, conforme previsto na Lei nº 8.429/92, se vejamos o que diz o art. 10 deste diploma legal:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

Violar princípios que atentam contra a Administração Pública também poderá ser considerado improbidade administrativa pela Lei 8.429/92, como podemos constatar no artigo 11 da referida lei, vejamos:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Como podemos observar o agente público corre um sério risco de ser responsabilizado pela adoção de adesão a Ata de Registro de Preços, sem os devidos cuidados, uma vez que se ficar comprovada a má fé desse agente está sujeito a sofrer as seguintes sanções, previstas no art. 12 da Lei de improbidade administrativa:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

CONCLUSÃO

Como podemos verificar o Sistema de Registro de Preços é uma ferramenta muito útil à Administração Pública. Porém a figura do “carona” nas atas de registro de preços é uma prática que tem se tornada abusiva pelos gestores públicos, que beneficia sem sombra de dúvidas certas empresas, afastando assim o dever de licitar.

Podemos afirmar categoricamente que a figura do “carona” viola o dever constitucional de licitar estampado no art. 37, XXI, CF/88, uma vez que este nem ao menos participa do certame, usufruindo exclusivamente, do resultado de uma licitação realizada por outros órgãos e entidades da Administração Pública. O gestor não pode usar o seu poder de forma ilimitada, pois assim estaria a lícito dos atos administrativos. Porém, este deverá encontrar limites para sua utilização, como bem dizia o grande filósofo Montesquieu (1987, p. 136)

[...] todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

Ademais, a figura do “carona” como já foi dita amiúde infringe o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tanto no tocante à estimativa de consumo, quanto na possibilidade de contratação com órgãos e entidades alheios aqueles mencionados no instrumento convocatório ou edital de licitação.

Por fim, no momento que esses Órgãos Públicos praticam esses atos muitas vezes de forma irresponsável, estarão sempre violando todos esses princípios norteadores da Administração, e sem dúvida criando uma hipótese de dispensa de licitação não prevista em lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. Lei nº. 8.666 (1993). **Lei de Licitações**. Senado Federal. Brasília, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm > . Acesso em 14/10/2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. 1.153 p. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007. 800 p.

DIAS, Alves de Souza, Juliana Cristina Lopes de Freitas Campolina, Juliana Gazzi Veiga de Paula. Sistema de registro de preços: aspectos controvertidos da figura do “carona”. **Revista TCEMG** | jul. | ago. | set. | 2012 | COMENTANDO A JURISPRUDÊNCIA.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____, Jorge Ulisses Jacoby. Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, out. 2007, p. 10.

_____, Jorge Ulisses Jacoby. **Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle**. Disponível em:

<<http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>> . Acesso em: 15 set. 2009.

_____. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico.** 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 810 p.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo.** 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. 662 p.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2007. 143 p.

_____. **Estudos de direito administrativo.** 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. 200 p.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 950 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008. 943 p.

_____. **Lei n. 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Senado Federal. Brasília. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/

l8429.htm > Acesso em 14/10/2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 818

_____. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 528

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 407 p.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. **O carona no sistema de registro de preços**. Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC. Curitiba, ano 15, n.º 167, jan. 2008. Disponível em: <http://www.zenite.com.br/jsp/site/item/Text-1Text2AutorDet.jsp?PagAtual=1&Modo=2&IntPrdId=1&IntScId=71&IntItemId=44&IntDocId=35014> > . Acessado em: 28/10/2013.

SENADO FEDERAL. **Sumula nº 158**. TCU. Disponível <http://www.senado.gov.br/senado/scint/legis/licitacao/jurisprudencia/sumulas.asp>. Acesso em: 14/10/2013. **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**. Informativo de Licitações e Contratos nº Disponível [147www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/.../INFO_TCU_LC_2013_147.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/.../INFO_TCU_LC_2013_147.doc). Acesso em 30/10/2013.