

O Empréstimo da Ata de Registro de Preços

Elisangela Fernandes dos Reis

Consultora em Licitações e

Contratos da CONAM – Consultoria em Administração Municipal

OAB/SP nº 221.019

Resumo: O sistema de registro de preços, previsto na Lei federal nº 8.666/93, se qualifica como um procedimento especial de licitação, e por meio de regulamentos, em diferentes esferas de governo. Inovações vêm sendo incorporadas a este procedimento, entre elas, talvez a mais incoerente seja a previsão de empréstimo de atas, a cada dia mais disseminada entre os órgãos públicos, originando os chamados “caronas”, que apenas se beneficiam das atas de outrem, a elas aderindo mediante o cumprimento de poucas exigências. No presente estudo, realizaremos um paralelo entre as características intrínsecas da licitação perante essa inovação do “carona” e suas incompatibilidades com o sistema Constitucional e legal de contratações públicas.

O sistema de registro de preços, previsto no artigo 15, § 1º da Lei federal 8.666/93, é uma excelente ferramenta gerencial, que permite ao Administrador Público adquirir determinado bem ou serviço de acordo com as necessidades do órgão licitante, ideal para aquelas contratações em que não se pode prever com exatidão a demanda de determinado objeto.

Assim, realiza-se uma licitação, pelo menos com a estimativa de consumo do bem ou serviço, por meio das modalidades licitatórias concorrência ou pregão e dela origina-se uma ata, que tem o cunho de armazenar o melhor preço unitário do objeto licitado pelo período de um ano, podendo o órgão licitante, por meio dela, realizar sucessivas contratações, sem que isso configure fracionamento indevido do ajuste.

Essa sistemática do registro de preços é hoje instituída pela Lei federal nº 8.666/93 – Lei de Licitações, lei essa que em grande parte de seus dispositivos, inclusive os que disciplinam o instituto em referência, possui status de norma geral de licitações e contratos, pois a Constituição Federal é clara quando indica em seu artigo 22, inciso XXVII, que a competência para editar normas gerais de licitações e contratações é privativa da União.

E assim, por meio da Lei Federal 8.666/93, a União editou normas gerais de licitações e contratos, incluindo em seus dispositivos, precisamente no artigo 15, o sistema de registro de preços, a ser observado por toda a Administração Pública regida pela Lei de Licitações, que, por ser norma geral, somente poderá sofrer alterações e inovações por este mesmo instrumento normativo, a ser editado pela União, cabendo aos regulamentos apenas tornar prática sua adoção.

Invoca-se a figura do regulamento, pois a própria Lei de Licitações em seu artigo 15, § 3º, indica que o sistema de registro de preços será regulamentado, no sentido de que a Administração terá que instituir um instrumento que indique a forma de operacionalização do sistema, regulamento esse “de execução” que, nas palavras de Márcio Cammarosano, assim é conceituado:

“Regulamentos de execução são aqueles com os quais o Executivo estabelece ‘regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos pela lei. Desenvolvem os textos legais para efeito tão somente de sua aplicação, atendendo às peculiaridades locais ou de tempo, às possibilidade de sua execução e às circunstâncias de sua atuação’. (...)

Os regulamentos de execução, como o próprio nome indica, servem como instrumentos para a execução das leis, que lhes são hierarquicamente superiores. Diferem fundamentalmente da lei porque ela inova originalmente a ordem jurídica, submetida que é, tão somente, à Constituição. A lei é imediatamente infraconstitucional. Já o regulamento de execução não inova originalmente a ordem jurídica, de vez que não é imediatamente infraconstitucional, mas *infralegal*”.

Assim, em relação ao sistema de registro de preços, qualquer regulamento que venha a ser editado será de execução, ou seja, deve explicitar, dar operação, cumprir fielmente o que foi traçado pela lei,

lembrando que regulamento não é lei, assim, não tem o condão de inovar na ordem jurídica, de criar direito novo.

Joel Menezes Niebuhr (2004) assim identifica essa questão:

“Em outras palavras, somente a lei pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa; somente ela é quem pode criar primariamente direito. Os decretos do Presidente da República, dos governadores ou dos prefeitos estão sempre abaixo dela: servem apenas para dizer como elas devem ser cumpridas, operacionalizadas pela Administração Pública. Os decretos não criam direitos, apenas dizem como eles devem ser executados pela Administração Pública, e, no máximo, determinam como os cidadãos devem cumprir as suas obrigações, criadas por lei, perante a mesma Administração Pública.

Nota-se diferença de grau hierárquico entre as leis e os decretos. Além disso, de todo modo, há normas jurídicas que não podem ser baixadas através de decretos, mesmo que não sejam contrárias a leis, dado que os mesmos não podem, repita-se, criar primariamente direitos, mas tão só estabelecer como eles devem ser cumpridos. Noutras palavras, há questões que, sob pena de serem reputadas inconstitucionais, não podem ser objeto de decreto; dependem de lei”.

Portanto, a Lei de Licitações disciplinou os contornos gerais desse instituto, **cabendo ao regulamento apenas dispor sobre questões de particularidades regionais e de operacionalidade**, como as hipóteses em que poderá ser adotado, indicação dos meios oficiais de publicação trimestral da ata, o alcance das disposições do regulamento, o órgão responsável pela implantação, a competência de seu gerenciamento, entre outras disposições de procedimento que tornem possível sua execução, e assim vêm procedendo diversos órgãos da Administração Pública.

Ocorre que, em alguns regulamentos, como, por exemplo, o Decreto federal nº 3.931/01, o Decreto do Estado de São Paulo nº 47.945/03 e o Decreto do Município de São Paulo nº 44.279/03,

adotou-se a prática de utilização da ata de registro de preços por outros órgãos que não haviam participado do certame, perfazendo uma espécie de empréstimo do instrumento. Essa contratação adicional não está computada entre os quantitativos previstos originalmente por ocasião da licitação e o limite a ser respeitado é a observância, por cada órgão, de 100% dos quantitativos registrados.

À exemplo do que indica o Regulamento Federal, no seu artigo 8^o¹, qualquer órgão da Administração Federal pode socorrer-se do registro de preços anteriormente realizado. Podemos exemplificar: realizado um certame por qualquer órgão da Administração Federal com o propósito de adquirir 100 veículos e constituída uma ata de registro de preços, poderá um ente da mesma esfera de Governo, que não aderiu ao certame, após consulta ao gerenciador da ata para conhecer o fornecedor e o preço, efetuar a compra do mesmo objeto no limite de 100 unidades.

Observa-se que o Regulamento não restringe o número de possíveis interessados no empréstimo, referindo-se à multiplicidade de órgãos e entidades; sendo assim, a ata que registrou o preço de 100 veículos para determinado órgão poderá, nos termos do Decreto, ser utilizada por todos os demais órgãos da Administração, multiplicando a quantidade estimada em inúmeras vezes.

¹ Art. 8^o A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

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

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

§ 3^o As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços. (Incluído pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)

Nesse mesmo aspecto, o Regulamento do Estado de São Paulo é ainda mais audacioso: indica, no seu artigo 15B², que as entidades e órgãos da Administração Estadual poderão utilizar ata de registro de preços formalizada pela **União, outros Estados, Distrito Federal e Municípios**. Assim, além de permitir o empréstimo de suas atas, admite também o aproveitamento de atas de órgãos de diferentes esferas de Governo, sem condicionar nem mesmo à necessária autorização expressa desses órgãos, em regulamentos e editais, sobre o empréstimo de suas atas.

Essa sistemática, conforme verificado do Decreto Municipal nº 5.866/2009, artigos 14 e 15, também foi regulamentada no âmbito do Município de Jaú, que prevê a hipótese de empréstimo de suas atas e ainda a possibilidade de a Administração Municipal pegar “carona” em atas de outros órgãos.

É sustentado por seus entusiastas que a validade dessa prática consiste na desnecessidade de repetição de um processo oneroso, lento e desgastante, quando já alcançada a proposta mais vantajosa, sendo então um sistema desburocratizante, bastando os agentes administrativos encontrarem alguma ata de registro de preços pertinente ao objeto que se pretenda contratar, e, se as condições forem convenientes, contratarem diretamente, sem maiores burocracias e formalidades, sendo avesso ao princípio licitatório.

O empréstimo da ata de registro de preços aparentemente ameniza formalidades e burocracias, que não podemos dizer desnecessárias ou ilegais, oferecendo celeridade às contratações, mas não podemos afirmar que ele seja a salvação para todos os males.

Referidas facilidades não têm o cunho de amenizar as irregularidades dessa prática que largamente vem sendo utilizada pelos órgãos públicos, devendo ser sopesado ainda que certas formalidades e burocracias são inerentes ao sistema de administração dos órgãos,

² Artigo 15B - Os órgãos e entidades da Administração estadual poderão utilizar-se de Atas de Registros de Preços realizadas pela União, Distrito Federal, outros Estados e Municípios, desde que demonstrada a vantagem econômica em tal adesão comparativamente aos preços registrados no Sistema Integrado de Informações Físico-Financeiras - SIAFISICO ou aos praticados no mercado. (Acrescentado pelo Decreto nº 51.809 de 2007).

não podendo ser consideradas como algo ruim ou ineficiente, e sim como uma sistemática de controle.

Teoricamente, inegáveis são os benefícios advindos com a utilização da ata; porém, necessário verificar o alcance malévolo dessa inovação e suas repercussões nas licitações e contratações da Administração Pública.

1 - Primeiramente, cabe destacar que essa prática, conhecida como “carona”, **não possui previsão na Lei federal nº 8.666/93**, concluindo-se que, por meio de regulamentos, diversos órgãos trazem inovações de grande porte na ordem jurídica, especialmente nas aquisições governamentais, o que, em princípio, só poderiam ser previstas em lei geral sobre licitações, nos termos indicados no artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, resultando um procedimento que não tem amparo legal e que contraria preceitos constitucionais, legais e procedimentais, transmitindo a ideia de que a qualquer preço se busca a “desburocratização” e celeridade nas contratações, mesmo que para isso se executem atos ilegais.

Ressalta-se que a Lei federal 10.191/2001, que dispõe sobre a aquisição de produtos para a implementação de ações de saúde no âmbito do Ministério da Saúde, em seu artigo 2º³ prevê a possibilidade de os Estados, Distrito Federal, Municípios, bem como as respectivas autarquias, fundações e demais órgãos vinculados, utilizarem a ata de registro do Ministério da Saúde, quando a finalidade for a compra de materiais hospitalares, medicamentos e outros insumos da área da saúde.

Verifica-se tratar de uma hipótese de empréstimo de ata com previsão legal; contudo, este fato apenas atenua uma das irregularidades do

³ Art. 2º O Ministério da Saúde e os respectivos órgãos vinculados poderão utilizar reciprocamente os sistemas de registro de preços para compras de materiais hospitalares, inseticidas, drogas, vacinas, insumos farmacêuticos, medicamentos e outros insumos estratégicos, desde que prevista tal possibilidade no edital de licitação do registro de preços.

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

empréstimo da ata, que é a falta de previsão legal, mas, como aqui destacaremos, não abrandam outros problemas advindos dessa prática.

2 - O procedimento de empréstimo da ata fere ainda o princípio da Licitação, consagrado no artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Licitar é a regra para a Administração contratar, e o Decreto, ao instituir o empréstimo de ata entre órgãos, afronta ainda o artigo 2º da Lei de Licitações⁴.

Uma das inovações evidentes trazidas pelo empréstimo da ata de registro de preços é a possibilidade de o órgão adquirir determinado objeto, deixando de realizar o regular processo licitatório pela conveniência de se utilizar uma ata de outro órgão, perfazendo uma espécie de dispensa licitatória arbitrária. Ora, em termos práticos, o procedimento de empréstimo da ata possibilita ao órgão carona a contratação de determinado objeto sem a instauração de licitação alguma, sendo isso, para Toshio Mukai, (2008), considerado crime em matéria de licitações e contratos (art. 89 da Lei 8.666/93).

Pode-se argumentar em favor do empréstimo o fato de a ata ter sido originada de um certame licitatório e, por isso, não se confundir com uma hipótese de dispensa; porém, o certame foi realizado por outro órgão, estritamente de acordo com suas particularidades⁵ (quantidades estimadas para o seu consumo, disponibilidade de pagamento, formas de publicidade próprias, especificações do objeto a ele imprescindível etc.), devendo ser considerado ainda que a regra

⁴ 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.

⁵ Em relação às particularidades de cada órgão licitante que interferem no certame e no preço final, e que impossibilitam seu aproveitamento por outro ente, o TCU considerou regular a utilização de Sistema de Registro de Preços para a contratação de operadora de planos de saúde, impondo a condição de o edital vedar a utilização da ata de registro de preços por órgãos/entidades não-participantes. Embora não tenha apresentado restrições à tese de adesão de não-participantes – caronas – nesse caso específico, entendeu não haver possibilidade de aferir se o preço vencedor será mais vantajoso ou compatível com a faixa etária do quadro de pessoal do “carona”, pois o valor original da contratação é vinculado às peculiaridades das faixas etárias do pessoal do órgão gerenciador. TCU - Plenário. Processo TC n.º 004.709/2005-3. Acórdão 668/2005.

constitucional e legal é clara quando indica que a Administração, para suas contratações, deve realizar processo licitatório, não se referindo à possibilidade de aproveitamento de processo licitatório de terceiros.

Cabe ressaltar que o fato de um órgão utilizar a ata de registro de preços originada de um certame realizado por outro ente, deixando de realizar sua própria licitação, contraria ainda o artigo 20 da Lei de Licitações⁶, que determina que as licitações sejam realizadas no local onde se situar a repartição interessada.

Deve ser ainda sopesado que a Administração tem obrigação de realizar processo licitatório que assegure igualdade de condições para todos os concorrentes e que garanta vantagem para a Administração; nestes termos, quais as garantias que o “carona” possui de que o procedimento que originou a ata observou todas as regras legais e que foi realizado com lisura? Ou de que o preço registrado é o mais vantajoso? Ou ainda de que a formalidade do certame corresponde àquelas que lhe são próprias?

3 - A sistemática do empréstimo da ata de registro de preços afeta também o princípio da igualdade, pois a licitação pública tem como um de seus objetivos propiciar tratamento isonômico aos interessados em contratar com o Poder Público, sendo o meio eleito pela Constituição Federal para que isso seja assegurado.

Inegável é que aquele que travar uma relação negocial com a Administração Pública terá benefício econômico; assim, nada mais justo que propiciar uma concorrência entre interessados, porém com tratamento igualitário.

Assim, o princípio da igualdade é essencial na atuação do Estado, e, pretendendo o Poder Público firmar um ajuste, deve previamente proceder à licitação pública para garantir a observância desse princípio; na hipótese de ausência de licitação, em termos não autorizados por lei, este princípio estará vulnerável, pois dessa forma não se terá concedido a oportunidade de todos os interessados concorrerem ao contrato, sendo isso o que ocorre quando um órgão opta em utilizar ata de outro ente em vez de realizar seu próprio certame.

⁶ Art. 20. As licitações serão efetuadas no local onde se situar a repartição interessada, salvo por motivo de interesse público, devidamente justificado.

Interessante é a observação de Joel de Menezes Niebuhr (2006) que, sobre essa questão, exemplifica:

“O carona viola o princípio da isonomia porque ele pressupõe contrato sem licitação. Explicando melhor: a entidade ‘A’ faz licitação para registro de preços de 500 computadores. Com base nessa licitação, o vencedor dela assina a ata de registro de preços, da qual decorre ou decorrem contratos para a aquisição dos 500 computadores que foram licitados pela entidade ‘A’. Ocorre que, com o carona, a entidade ‘B’, que não promoveu licitação alguma, vale-se da ata de registro de preços da entidade ‘A’ e, por via de consequência, da licitação promovida pela entidade ‘A’, para também comprar 500 computadores. Ora, o contrato pertinente à aquisição de 500 computadores firmado pela entidade ‘B’ não foi precedido de licitação pública e, em decorrência disso, os interessados em vender os 500 computadores à entidade ‘B’ não tiveram oportunidade de disputa, não foram tratados com igualdade. Imagine-se, continuando com o exemplo, que a entidade ‘A’ seja do Sul do País e mal pagadora. Por isso, fornecedor do Norte do País não se interessou em participar da licitação para registro de preços promovido pela entidade ‘A’. No entanto, a entidade ‘B’ é do Norte do País, do Estado do fornecedor que não se interessou em participar da licitação promovida pela entidade ‘A’, e boa pagadora, costuma honrar religiosamente em dia os seus compromissos. Sob esse quadro, o fornecedor, que legitimamente não quis participar da licitação promovida pela entidade ‘A’, quer e tem o direito de participar de licitação para disputar o contrato da entidade ‘B’. Com efeito, o contrato a ser firmado pela entidade ‘B’ não tem nada a ver com o contrato a ser firmado pela entidade ‘A’. Sem embargo, valendo-se do carona, a entidade ‘B’ não abre licitação, adere à ata de registro de

preços da entidade 'A' e firma contrato em razão dela. Dessa maneira, o fornecedor do Norte do País, que não quis participar da licitação promovida pela entidade 'A', vê frustrado o seu direito de participar de licitação para vender para a entidade 'B', o que implica, por via de consequência, em violação ao princípio da isonomia, ao direito do referido fornecedor de disputar em condições de igualdade a contratação com a entidade 'B'".

Portanto, a figura do carona propicia a contratação direta, sem licitação, fora das hipóteses de dispensa e inexigibilidade que a Lei de Licitações contempla, vulnerando o princípio da igualdade.

4 - O princípio da impessoalidade que deve cercar os atos da Administração Pública também é atingido, na medida em que as reutilizações de determinada ata de registro de preços concedem, ao fornecedor vencedor de uma única licitação, a possibilidade de vendas e contratações infinitas, caracterizando indevidamente um tratamento benéfico.

A prática do empréstimo da ata ainda é ofensiva ao princípio da impessoalidade no sentido de propiciar ao administrador a opção de adotar uma ata que tenha como beneficiário um fornecedor de sua preferência, em vez de realizar o regular certame.

5 - Consagrado no caput do artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da moralidade, que caracteriza os padrões éticos e morais a serem seguidos pelo administrador, também é atingido pela prática do empréstimo de ata de registro de preços. Por conta desse princípio, a atuação administrativa não pode contrariar a lei, a moral, os bons costumes, a honestidade e os deveres da boa administração; sendo assim, aquele que opta pelo empréstimo da ata pratica ato não admitido em Lei, burla a licitação e privilegia um procedimento que enseja favorecimentos.

6 - Ainda em relação à violação de princípios, inclusive aqueles da licitação, temos que o empréstimo da ata também desvirtua as disposições e quantidades estimadas no instrumento convocatório e registradas na ata, ferindo assim o **princípio da vinculação ao edital**.

Quando da instauração do certame, o órgão deve realizar um planejamento e indicar quantidades estimadas para seu consumo no edital; sendo assim, a Administração e o fornecedor beneficiário da ata se conectam àquelas quantidades, em observância ao princípio da vinculação ao edital, com a possibilidade de serem ou não contratadas.

Referido princípio é referência nas licitações públicas, disposto inclusive no artigo 3º da Lei federal 8.666/93⁷, como também é expressamente indicado em seu artigo 41, que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

O instrumento convocatório tem o poder de vincular todo o procedimento licitatório e os atos dele decorrentes; assim, inconcebível é que as contratações que dele advenham distorçam o seu conteúdo, ferindo a isonomia entre os interessados, já que, se os termos do ajuste forem diferentes em relação aos do edital, outros poderiam se interessar pelo certame, constituindo outra realidade de disputa, talvez mais vantajosa para a Administração.

O procedimento de empréstimo da ata viola claramente o princípio da vinculação ao edital, no sentido de propiciar uma contratação que não estava prevista originalmente no instrumento, pois o ajuste se efetivará por um órgão que não integra o certame e em quantidades diferentes daquelas especificadas, às quais não foi dada a devida publicidade.

7 - Outro ponto que deve ser levado em consideração é o **comprometimento à regular execução do contrato**, isso em virtude dos quantitativos que serão solicitados pelos “caronas” e compromissos assumidos pelo beneficiário da ata que, de forma direta, pode impactar as contratações da Administração.

⁷ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O Regulamento federal, por exemplo, admite que o carona, quando da adoção da ata de outro órgão, utilize até 100% do quantitativo nela estabelecido.

Apesar da ressalva que o artigo 8º faz no § 2º, de que o beneficiário da ata poderá aceitar ou não o fornecimento, e que, se aceitá-lo, as obrigações assumidas anteriormente não deverão ser prejudicadas, temos que, na prática, isso tende a não ocorrer.

Difícilmente um particular, quando da solicitação de um carona, considerando sua atividade comercial, irá se recusar a assumir o compromisso de fornecimento; sendo assim, poderá ocorrer prejuízo ao órgão que diligentemente realizou o certame, quando o fornecedor se comprometer a atender a diversos órgãos e acabar prejudicando o fornecimento da quantidade inicialmente estimada.

Isso porque o fornecedor que a princípio havia formulado proposta e se preparado para possivelmente executar um fornecimento de 100 unidades de determinado produto, com a nova solicitação do carona passa a ter reduzida a disponibilidade do produto, conseqüentemente, reduzindo a cota dos participantes originais.

8 - Outro problema que se origina com o empréstimo da ata de registro de preços é a possibilidade de o Administrador *optar entre reatualizar o certame e adotar ata de outro órgão.*

Essa discricionariedade é irregular, primeiro porque a Lei de Licitações, excetuando as hipóteses de dispensa, determina que seja instituído procedimento licitatório para as contratações, não conferindo discricionariedade ao Administrador; e segundo, porque a opção de escolha propicia risco de infração ao princípio da igualdade e da moralidade. Assim, um Administrador de má fé, verificando que determinado fornecedor de sua preferência e/ou com o qual tenha relação de afeição possui ata em vigência, pode optar em realizar o empréstimo para beneficiá-lo em vez de realizar o regular processo licitatório, no qual daria oportunidade de competição para todos os interessados em situação de igualdade, sem a interferência de preferências pessoais.

9 - Considerando as facilidades que o empréstimo da ata de registro de preços propicia, sua utilização decerto acarretará mudan-

ças na organização da Administração Pública, como a **falta de planejamento e de organização**.

Isso porque, com a possibilidade de a qualquer momento um órgão utilizar-se de uma ata de registro de preços em vigência, favorecida estará a desídia, a falta de organização e planejamento, não sendo mais de primeira necessidade o estudo das necessidades administrativas, a averiguação do que realmente é viável e sua real demanda de determinado objeto, medidas necessárias para a instauração de um processo licitatório que atenda às necessidades particulares de cada órgão.

Tudo será então “copiado” do órgão diligente que realizou o certame de acordo com suas necessidades.

Considerando que cada certame reflete as necessidades individuais de cada órgão, em relação às especificações do objeto, quantidades, prazos de entrega, disponibilidade orçamentária etc., necessário é que cada órgão instaure o seu procedimento ou, quando muito, conjuntamente com outros órgãos, desde o início da instauração, pactue do mesmo certame, pois aqueles que acabam optando pelo empréstimo de certa forma evidenciam que não adotaram medidas tempestivas para promover, isoladamente ou em conjunto com outros órgãos, a implantação de seu próprio certame ou até mesmo de seu próprio registro de preços.

Nota-se que uma das utilidades do sistema de registro de preços é para atender a necessidades da Administração Pública de contratações frequentes. Poderia um órgão que tenha necessidades frequentes de determinado objeto deixar de realizar processo licitatório para registrar preços e passar a aderir às atas vigentes? Isso decerto evidencia uma alteração na rotina das contratações públicas, com a tendência de que somente alguns órgãos realizem licitações para registro de preços e todos os demais simplesmente passem a aderir a suas atas.

10 - Outra irregularidade na adoção do carona advém da possibilidade de órgão carona escolher a marca do bem que pretende adquirir, sem que para isso apresente qualquer justificativa. Basta necessitar de determinado objeto para passar a procurar, nas diversas licitações de registro de preços, uma ata que tenha registrado o bem de seu interesse na marca de sua preferência. Destaca-se que a Lei de Licitações veda

expressamente a escolha de marca sem que haja uma justificativa plausível⁸.

11 - Além de todas essas implicações sobre o aproveitamento da ata de registro de preços, podemos citar ainda a **perda de economia de escala**, já que as aquisições ultrapassam e muito a quantidade estimada, e ainda o **risco no aproveitamento de certames realizados por terceiro**, pois questões particulares de cada licitação interferem no momento de os licitantes elaborarem suas propostas, especialmente nos preços ofertados.

Certo é que, em um certame, as propostas são moldadas conforme as condições da contratação, forma de pagamento, local de entrega, quantidades, e até mesmo conforme o órgão licitante, já que, no mercado, determinado contratante pode ser conhecido como bom ou mau executor de suas obrigações. São condições diversas que, perante outras realidades, poderiam ensejar um outro quadro de ofertas; sendo assim, uma ata de determinado órgão dificilmente servirá como uma luva para outro, pois não retratará sua realidade.

Para determinado órgão, com a imposição de certas exigências, determinada proposta verificou-se a mais vantajosa, mas qual é a garantia de que essa também seja a melhor proposta para o órgão que adotará a ata? Será que um certame individualizado, de acordo com suas particularidades, não poderia ser mais vantajoso?

Outro ponto que deve ser considerado é o fato de o órgão carente não ter assegurado se o processo licitatório atendeu aos princípios jurídicos, exigências legais e formalidades a ele inerentes, correndo então o risco de adotar uma ata originada de um certame direcionado ou com preços superfaturados, por exemplo.

Assim, não é só ilegal a prática do empréstimo da ata, mas também é incompatível e arriscado o aproveitamento de processo licitatório realizado por outro órgão, ainda mais quando os aderentes não acompanham sua instauração e desenvolvimento.

⁸ Artigo 7º - (...)

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.

12 - Mais um aspecto importante é o fato de que as adesões às atas de registro de preços **restringem a fiscalização dos órgãos de controle e o direito de impugnação** tanto dos interessados como dos cidadãos.

É certo que, sendo instaurado o certame para registro de preços para determinado órgão, aberta está a possibilidade de ser fiscalizado; contudo, quando da adoção da ata pelo órgão carona, dificultado estará o controle desta contratação, até mesmo para saber se o preço registrado realmente lhe é mais vantajoso.

13 - Quanto à análise das Cortes de Contas sobre a questão, poucos são os pronunciamentos até o momento, porém, verificam-se indícios de como poderá ser considerada a prática do empréstimo da ata.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1487/07 – Plenário, relatado pelo Ministro Valmir Campelo, que analisou a licitação para registro de preços realizada pelo Ministério da Saúde, na qual estimavam-se contratações no valor de 32 milhões de reais, e na qual outros 62 órgãos valeram-se do sistema de empréstimo, perfazendo um total de aproximadamente 2 bilhões de reais, aborda a questão da impropriedade do decreto regulamentar para disciplinar a matéria, e, ainda, polemiza questão relativa aos princípios constitucionais, determinando ao Ministério que sejam reavaliadas as regras do sistema de registro de preços, estabelecendo limites para sua adesão, ou seja, necessidade de limitar a utilização da ata pelos órgãos não participantes.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo também possui posição contrária à prática do empréstimo de ata prevista em editais e decretos. Trazemos trechos de decisões que evidenciam tal entendimento:

“Exame Prévio de Edital. Pregão visando ao Registro de Preços para prestação de serviços de vigilância/ segurança patrimonial. Possibilidade de se adotar modalidade pregão, não descaracterizando o atributo de “serviço comum”, as minuciosas especificações técnicas e memorial descritivo constantes do edital. Inadmissibilidade de

utilização do Sistema do Registro de Preços para contratação de serviços de natureza continuada. Impossibilidade de se prorrogar o prazo de validade da Ata de Registro de Preços por conta do princípio da reserva de lei. Desnecessidade de divulgação de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos. Recomendação, no entanto, para que se divulgue valor total estimado; que se abstenha de exigir 2 (dois) atestados para demonstração de qualificação técnica, **bem como de admitir a figura do “carona”**. **Determinação de anulação do certame, com recomendações**”. (TC-038240/026/08) (destaque nosso) **É por esse e outros motivos que o E. Plenário desta Corte vem fortalecendo entendimento, mormente retratado em sede de Exame Prévio de Edital, pela inviabilidade da utilização do “carona”, nos termos ora instituído por decreto, nas contratações públicas, tendo em vista que tal admissão fraudava o princípio informador da licitação, insculpido na Constituição Federal, consoante o artigo 37, inciso XXI que prescreve “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”**. **(TC-023456/026/08)** (destaque nosso)

Contratante: Prefeitura Municipal de Hortolândia.

Contratada: Delta Construções S/A.

Autoridade(s) que firmou(aram) o(s) Instrumento(s): Ângelo A. Perugini (Prefeito).

Objeto: Execução de serviços de manutenção, reparação e complementação de infraestrutura

urbana em áreas com ocupação urbana consolidada e que apresentem problemas com benfeitorias públicas precárias, compreendendo em pavimentos, sistemas de drenagem, consolidação de taludes, muros de arrimo, obras de terra e demais serviços. (...)

Ante o exposto, e por tudo o mais consignado nos autos, VOTO no sentido da **IRREGULARIDADE do ajuste em apreciação, representado pela adesão à Ata de Registro de Preços nº 011/07, decorrente da Concorrência nº 027/06, da Prefeitura Municipal de Campinas. (TC-002638/003/07) (destaque nosso)**

Em suma, pode-se afirmar que a prática do carona, na mais tênue hipótese, impõe agravos aos princípios constitucionais, entre outras inúmeras irregularidades, sendo uma prática inválida desde a sua instituição até sua operacionalidade. Referida solução encontrada pelo Governo Federal e demais entes da Federação é inconcebível. Para se ter uma pequena ideia do seu despropósito, basta se lembrar do caso examinado pelo Tribunal de Contas da União, aqui citado, no qual o Ministério da Saúde realizou licitação para registro de preços, visando à contratação com valor estimado em 32 milhões de reais, e no qual outros 62 órgãos valeram-se do sistema de empréstimo, perfazendo um total de aproximadamente 2 bilhões de reais.

Esperamos, assim, que este trabalho possa contribuir, ainda que de forma modesta, para uma reflexão mais aprofundada acerca do sistema de registro de preços e, em especial, sobre a prática do empréstimo da sua ata.

Referências

CAMMAROSANO, M Regulamentos. In **RDP 51/52, Estudos e Comentários**, pág. 130.

NIEBUHR, J. M. **Pregão Presencial e eletrônico**. Curitiba: Zênite, 2004, pág. 29.

NIEBUHR J. M. “Carona” em ata de registro de preços: Atentado veemente aos princípios de direito administrativo. **Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC**, Curitiba: Editora Zênite, nº 143, p.13, janeiro de 2006.

MUKAI, T. Registro de Preços no Governo do Estado de São Paulo: “Caronas”, estaduais e nacionais. In: Revista **O Pregoeiro**, ano IV – Janeiro de 2008, pág. 30.