

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO (IDP)

Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo

LEONARDO JOSÉ ALVES LEAL NERI

**O PROCEDIMENTO DE ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E SUA
RELAÇÃO COM PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
E DAS LICITAÇÕES.**

Brasília / DF

2013

LEONARDO JOSÉ ALVES LEAL NERI

**O PROCEDIMENTO DE ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E SUA
RELAÇÃO COM PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
E DAS LICITAÇÕES.**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília / DF
2013

LEONARDO JOSÉ ALVES LEAL NERI

**O PROCEDIMENTO DE ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E SUA
RELAÇÃO COM PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
E DAS LICITAÇÕES.**

Monografia apresentada como parte das exigências para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __ / __ / ____, com
menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo tecer uma breve análise da doutrina e legislação pátrias de modo a investigar a possibilidade de conformação do procedimento de adesão à ata de registro de preços (ARP) com princípios norteadores da Administração Pública e das licitações. Ao longo do trabalho, constata-se que a própria evolução normativa do instituto equaciona grande parte das críticas feitas pela doutrina. O estudo almeja também identificar as posições de alguns Tribunais de Contas sobre o procedimento da adesão à ata de registro de preços, proferidas à luz do disposto no Decreto nº 3.931/01, posteriormente revogado pelo Decreto nº 7.892/13, identificando suas respectivas fundamentações de forma a analisar se tais argumentos ainda persistem sob a égide do novo Decreto.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Adesão à ata de registro de preços. Princípios regedores da Administração Pública.

ABSTRACT

This monograph aims to weave a brief analysis of the doctrine and legislation homelands in order to investigate the possibility of validate the procedure for accession to the minutes of prices record (ARP) in relation of the guiding principles of public administration. Throughout the work, the analysis reveals that the legal evolution of the institute solves much of the criticism of the doctrine. The work still aims to identify the decisions of some Audit Courts about the procedure of accession to the minutes of prices record given under the Decree nº. 3.931/01 subsequently repealed by Decree nº.7.892/13, identifying their respective foundations in order to examine whether such fundamentals persist under the aegis of the new Decree.

Keywords: Administrative Law. Accession to the minutes of prices record. Principles of Public Administration.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS:

AGU - Advocacia-Geral da União

ARP – Adesão à Ata de Registro de Preços

CF – Constituição Federal

LLC – Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 8666/93

MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

RDC - Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/11)

SRP – Sistema de Registro de Preços

TCE / CE – Tribunal de Contas do Estado do Ceará

TCDF – Tribunal de Contas do Distrito Federal

TCE / MG – Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

TCE / PR – Tribunal de Contas do Estado do Paraná

TCE / RO – Tribunal de Contas do Estado de Rondônia

TCE / SC – Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina

TCE / SP – Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

TCU – Tribunal de Contas da União

Sumário

Introdução	8
1 O sistema de registro de preços.....	10
2 Os usuários da ata de registro de preços.....	18
3 O procedimento de adesão à ata de registro de preços à luz de princípios regedores da Administração Pública e das licitações.	23
3.1 Princípio da legalidade	23
3.2 Princípio da igualdade.....	28
3.3 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	31
3.4 Princípios da impessoalidade e moralidade	33
3.5 Princípio da economicidade	35
3.6 Princípio da publicidade	36
4 As posições de alguns Tribunais de Contas acerca da Adesão ao Sistema de Registro de Preços (SRP).	37
4.1 Tribunal de Contas da União (TCU)	37
4.2 Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF)	39
4.3 Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE / SC)	40
4.4 Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE / SP).....	41
4.5 Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE / MG)	42
4.6 Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE /PR)	43
4.7 Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE / RO)	44
4.8 Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE / CE)	45
Conclusão	46
Referências bibliográficas	48

Introdução

No âmbito das repartições públicas brasileiras é comum a realização de licitações com a utilização do sistema de registro de preços (SRP), por meio do qual são registrados em uma Ata quantitativos e respectivos preços unitários de serviços e bens, os quais a Administração poderá futuramente vir a contratar ou adquirir de acordo com sua conveniência. Esse sistema possui uma grande flexibilidade, pois não obriga a Administração firmar as contratações decorrentes, mas vincula o fornecedor beneficiário do registro a cumprir com a prestação licitada, caso demandado dentro do período de validade da ata. Tal procedimento se amolda a objetos de difícil previsibilidade e/ou de demanda frequente, bem como quando a aquisição de bens ou a contratação de serviços se destina a mais de um órgão.

Essa sistemática surgiu com a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos - LLC), e, posteriormente, foi prevista também nas Leis nºs: 10.191/01, 10.520/02 e 12.462/11. Com a primeira regulamentação do sistema de registro de preços, previsto na LLC, pelo Decreto nº 3.931/01¹, surge a possibilidade de a Ata de Registro de Preços ser aproveitada por outros órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, que não participaram do procedimento licitatório, popularmente conhecido como a figura do “carona” ou “aderente”. Tal faculdade é veementemente rechaçada por muitos administrativistas brasileiros, que apontam a não observância aos princípios: da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, da igualdade, economicidade, e da vinculação ao instrumento convocatório, princípios estes regedores da Administração Pública e das licitações, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (CF) e no art. 3º da LLC.

A problemática em torno deste tema é de extrema relevância sob os pontos de vista prático e jurídico. No aspecto prático, os órgãos públicos não participantes dos certames estão cada vez mais aderindo a atas de registro de preços, de modo a conferir maior celeridade na contratação de bens e serviços de que necessitam, com eliminação da burocracia e dos riscos e custos envolvidos em procedimentos licitatórios próprios, o que vai de encontro ao princípio da eficiência administrativa.

¹ Recentemente revogado pelo Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013.

Já na seara jurídica, além das várias normas nas quais esse sistema é disciplinado, não há entendimento doutrinário e jurisprudencial pacífico acerca da matéria, o que torna o tema passível de diversas indagações.

Dessa forma, configura-se o objeto do presente estudo que é tecer uma breve análise da doutrina e legislação pátrias de modo a investigar a possibilidade de conformação do procedimento de adesão à ata de registro de preços (ARP) aos princípios norteadores da Administração Pública e das licitações.

Vislumbra-se a possibilidade de resposta afirmativa a essa questão, como hipótese, a qual é evidenciada pela evolução legislativa desse instituto, demonstrada por meio das diversas normas editadas pelo Poder Legislativo e Executivo que contemplam a possibilidade da mencionada adesão, em especial a Lei nº 12.462/11, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), e seu respectivo Decreto regulamentador (Decreto nº 7.581/11), bem como o recente Decreto nº 7.892/13, que revogou o Decreto nº 3.931/01, dando uma nova regulamentação ao SRP, previsto no art. 15 da LLC.

O presente trabalho procura, também, trazer a baila algumas decisões de Tribunais de Contas brasileiros com seus respectivos fundamentos, a fim de ilustrar os diversos posicionamentos acerca do procedimento de adesão à ata de registro de preços (ARP).

Além disso, ao longo do texto procura-se demonstrar as vantagens do sistema de registro de preços e da possibilidade de adesão por órgãos aderentes como instrumentos de dinamização da Administração Pública devido às características de agilidade, eficiência, economia e desburocratização, permitidas por essas sistemáticas.

Após a discussão a ser travada busca-se no fecho da presente monografia elencar algumas balizas, discutidas no escopo do presente trabalho, que permitam a conformação do procedimento de adesão à ata de registro de preços, por órgãos não participantes do procedimento licitatório, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, da igualdade, economicidade, e da vinculação ao instrumento convocatório.

1 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

O sistema de registro de preços (SRP), atualmente previsto no art.15, inciso II da LLC² e no art.32 do RDC³, representa um procedimento para registro formal de item(s) com seu(s) respectivo(s) preço(s) unitário(s) e quantitativo(s) em uma Ata, precedido de licitação realizada nas modalidades concorrência, pregão⁴ ou ainda pelo procedimento previsto no RDC, no qual são selecionadas propostas a serem utilizadas em contratações futuras de bens ou serviços, de consumo e demanda frequentes.

Joel de Menezes Niebuhr define o sistema de registro de preços enfocando o caráter de eficiência do sistema no atendimento da demanda efetiva da Administração, da seguinte maneira:

Instrumento destinado à eficiência no gerenciamento dos processos de contratação pública, por meio do qual o vencedor da licitação assina ata de registro de preços, comprometendo-se a oferecer por preço unitário o objeto licitado, de acordo com as necessidades da Administração, dentro de quantidade prefixada no edital e dentro de prazo também fixado nele, que não pode ultrapassar um ano⁵.

Já o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo conceitua esse sistema destacando o elemento essencial para sua adoção que é a existência de bens e serviços padronizáveis, que serão requeridos com frequência pela Administração, *verbis*:

²BRASIL. 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. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15.MAI.12.

³BRASIL. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 07.JAN.12.

⁴ Art. 11 da Lei nº 10.520/02.

⁵GUIMARÃES, Edgar & NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de Preços: aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 25.

O 'registro de preços' é um procedimento que a Administração pode adotar perante compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviços. Neste caso, como presume que irá adquirir os bens ou recorrer a estes serviços não uma, mas múltiplas vezes, abre um certame licitatório em que o vencedor, isto é, o que ofereceu a cotação mais baixa, terá seus preços 'registrados'. Quando a promotora do certame necessitar destes bens ou serviços irá obtê-los, sucessivas vezes se for o caso, pelo preço cotado e registrado⁶.

Note assim que o SRP é uma forma / procedimento de aquisição futura na qual a Administração não está vinculada a adquirir toda a quantidade estimada. Em face disso, as contratações podem ser realizadas na medida da necessidade real do Poder Público⁷, o que se coaduna com uma maior otimização e eficácia na aplicação dos recursos públicos.

Ressalte-se que nos procedimentos usuais de aquisição / contratação de serviços pela Administração Pública, após o término da licitação, o licitante vencedor é convocado para assinatura do contrato administrativo no qual são assumidas obrigações recíprocas: o licitante obriga-se a fornecer os bens ou prestar os serviços cotados no certame em sua totalidade e a Administração assume o compromisso de pagar.

No SRP antes da assinatura do contrato administrativo com os quantitativos efetivamente demandados pela Administração existe a fase de assinatura da ata de registro de preços, que expressa uma promessa de futura contratação, sendo tal documento definido pelo o art. 2º, II do Decreto nº 7.892/13⁸, que regulamenta o SRP, previsto na LLC, no plano federal, e o art. 88, II do Decreto nº 7.581/11⁹, que regulamenta o RDC, como:

⁶ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio: *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 558/559.

⁷ Art. 15, II, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 8.666/93 e Decreto nº 7.892/13.

⁸ BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm> Acesso em: 25.JAN.13.

⁹ BRASIL. Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm> Acesso em: 07.JAN.13.

documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, em que se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas.

Para Marçal Justen Filho a ata no SRP não produz diretamente um contrato de fornecimento ou de serviço, mas formaliza um contrato preliminar bilateral, que engloba as condições das futuras contratações entre as partes. Segundo esse autor a posição jurídica das partes na ata de registro de preços é assimétrica, pois o particular está obrigado a contratar, caso a Administração decida-se a promover a contratação, mas essa não está obrigada a contratar, ainda que assuma uma pluralidade de outras obrigações decorrentes do resultado da licitação¹⁰. Já na visão de Eliana Goulart Leal a ata de registro de preços se assemelha a uma espécie de protocolo de intenções, celebrado entre a Administração e os fornecedores que tiveram seus preços registrados, não configurando um contrato de fornecimento “mas sim um instrumento obrigacional unilateral, regido pelo direito público, sem a conotação de contraprestacionalidade própria dos contratos resultantes das licitações comuns”¹¹.

Cabe destacar que a existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar os contratos que deles poderão advir, sendo permitida a realização de licitação específica, desde que seja assegurada ao licitante registrado preferência em igualdade de condições, consoante dispõem o §4º do art.15 da LLC e o §3º do art. 32 do RDC.

Um ponto de distinção entre o SRP previsto na LLC e no RDC reside no número de fornecedores que podem ter seus preços registrados. No regime da LLC, após o Decreto nº 7.892/13, são registrados os preços e quantitativos do licitante mais bem classificado durante a etapa competitiva bem como os preços e quantitativos dos licitantes que tiverem aceitado cotar seus bens ou serviços em valor

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A. *et alii*. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 346.

¹¹ GOULART, Eliana Leão. *O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 137.

igual ao do licitante mais bem classificado, neste último caso observada a ordem de classificação dada pela última proposta apresentada durante a fase competitiva. Segundo o §1º do art. 11 do Decreto nº 7.892/13 a intenção de registro dos demais licitantes que não o vencedor é a formação de cadastro reserva, no caso de exclusão do primeiro colocado da ata, nas hipóteses de cancelamento dessa, previstas nos art. 20 e 21 do mencionado Decreto.

No RDC, além do licitante vencedor e dos licitantes, que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, deve-se incluir, também, na respectiva ata o registro dos licitantes que mantiverem suas propostas originais¹². No RDC a intenção não é a formação de cadastro reserva e sim proceder as contratações na seguinte ordem: 1º) o fornecedor registrado mais bem classificado, até o esgotamento dos respectivos quantitativos oferecidos; 2º) os fornecedores registrados que registraram seus preços em valor igual ao do licitante mais bem classificado, conforme a ordem de classificação; e 3º) os demais fornecedores registrados, conforme a ordem de classificação, pelos seus preços registrados¹³.

No caso de adesão no RDC, o órgão gerenciador indicará ao órgão aderente o fornecedor registrado mais bem classificado e os demais licitantes que registraram seus preços em valor igual ao do licitante mais bem classificado, devendo o carona propor a celebração de contrato aos fornecedores indicados seguindo a ordem de classificação¹⁴.

O prazo de vigência da Ata de registro de preços, no regime da LLC, é de até um ano (art. 15, §3º, III da LLC), incluídas eventuais prorrogações¹⁵. Já no RDC, segundo o parágrafo único do art. 99 do Decreto nº 7.581/11, o prazo de validade da ata de registro de preços será definido no instrumento convocatório, sendo limitado ao mínimo de três meses e ao máximo de doze meses.

¹² Art. 32, V da Lei 12.462/11 e art. 98 do Decreto nº 7.581/11.

¹³ Art. 103, § 1º do Decreto nº 7.581/11.

¹⁴ Art.103, §§ 2º e 3º do Decreto nº 7.581/11.

¹⁵ Art. 12 do Decreto nº 7.892/13.

Há que se destacar, também, que o prazo de vigência da ata não se confunde com o prazo de vigência dos contratos administrativos decorrentes, pois, uma vez celebrados, são independentes da ata de registro de preços e seguem as regras contidas no art. 57 da LLC, inclusive no caso do RDC, conforme dispõe o art. 39 do RDC e o art. 100 do Decreto nº 7.581/11. As alterações desses contratos administrativos também seguem as disposições contidas no art. 65 da LLC, sendo vedado de forma expressa no RDC o acréscimo quantitativo do objeto¹⁶, já no regime da LLC a vedação recai sobre o acréscimo dos quantitativos fixados pela ata de registro de preços, inclusive o acréscimo de que trata o § 1º do art. 65 da LLC¹⁷.

Segundo o art. 3º do Decreto nº 7.892/13 e o art. 89 do Decreto nº 7581/11 o SRP será adotado nas seguintes hipóteses quando: a) pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes; b) for mais conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa¹⁸; c) 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; e d) pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Note que a primeira grande vantagem do SRP é seu caráter desburocratizante, porque esse sistema permite uma pluralidade de contratações por meio de uma única licitação, o que permite à Administração reduzir gastos e tempo com múltiplas licitações de objeto idêntico. Outra vantagem nesse viés é o caráter de imediatismo das contratações, pois com um registro de preços válido pode-se promover a contratação assim que identificada a necessidade administrativa, ao passo que sem o SRP deve-se realizar uma licitação como regra.

Observe ainda que a licitação tradicional destina-se a atender às necessidades de um órgão específico, já a licitação para registro de preços pode ser promovida

¹⁶ Art.100, §1º do Decreto nº 7.581/11.

¹⁷ Art. 12, § 1º do Decreto nº 7.892/13.

¹⁸ Segundo o art. 6º da LLC – Tarefa é o regime quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

visando atender às necessidades de vários órgãos / entidades da Administração Pública.

Além disso, no SRP não se exige previsão orçamentária nos moldes dispostos no art. 7º, § 2º, inciso III da LLC, sendo a indicação dos recursos orçamentários necessária apenas quando da formalização do contrato ou instrumento equivalente, consoante prevê o art. 14 da LLC e o art. 91 do Decreto nº 7.581/11. Nesse sentido é a Orientação Normativa nº 20, da Advocacia-Geral da União (AGU): “na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato”¹⁹.

Em face dessa desnecessidade de previsão de recursos orçamentários o Tribunal de Contas da União (TCU) entende que o SRP é um instrumento eficaz para enfrentar contingenciamentos orçamentários e financeiros, normalmente enfrentados pelos órgãos da Administração Pública²⁰. Frise-se, no entanto, que o TCU possui entendimentos de que a indicação de recursos orçamentários no instrumento convocatório torna-se necessária quando se tratar de aquisições com caráter compulsório por parte do Poder Público como no caso de aquisição de gêneros alimentícios destinados à merenda escolar²¹.

A doutrina em geral afirma que a adoção do SRP é vantajosa para objetos cujos quantitativos são de difícil previsibilidade e / ou de demanda frequente. Ademais esse sistema facilita o controle de estoques por diminuir a necessidade de estrutura adequada para o armazenamento dos bens adquiridos pela Administração.

Nesse sentido Marçal Justen Filho aponta cinco vantagens, a saber: a) a supressão de vários procedimentos licitatórios contínuos e sucessivos versando de objetos semelhantes e homogêneos; b) a maior velocidade de contratação, relativamente à gestão dos recursos financeiros; c) o prazo de validade do registro de preços, que pode ser de até um ano, em contraposição à regra geral dada pelo *caput*

¹⁹ BRASIL. Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 20, de 01/04/2009. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 18. JAN.13.

²⁰ Acórdão nº 297/2011 – Plenário, Relator Ministro José Jorge e Acórdão nº 3146/2004 – Primeira Câmara, Relator Ministro Guilherme Palmeira.

²¹ Acórdão nº 2.077/2011 – Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman.

do art. 57 da LLC; d) a definição de quantidades e qualidades a serem contratadas; e e) a possibilidade das contratações serem destinadas a diferentes órgãos ou entidades²².

Já Regina Claudia Alencar Ximenes indica as seguintes vantagens: a) redução do número de licitações durante o exercício financeiro, com diminuição dos custos operacionais; b) economia processual, mediante concentração em único processo licitatório para atender às necessidades comuns de vários órgãos independentes; c) maior velocidade nas contratações; d) redução dos custos, em função do ganho com a economia de escala; e) impossibilidade de caracterização de fracionamento de despesas; f) desnecessidade de reserva orçamentária; g) possibilidade de a ata ultrapassar o exercício financeiro; h) redução das contratações diretas, especialmente as decorrentes da falta de planejamento; i) contratações somente das quantidades necessárias, evitando-se o desperdício; j) redução do volume de estoque, com diminuição do problema de espaço físico para estocagem, e k) maior aproveitamento do estoque em decorrência da redução de perdas de produtos com prazo fora da validade ou por má conservação²³.

Como desvantagens do SRP, Cássia Hoshino aponta as seguintes questões: a) propensão de a Administração perder vantagens de mercado em razão da comodidade na utilização do SRP; b) oposição das empresas quanto à participação em sistemas de registro de preços em virtude de incertezas quanto à efetiva contratação; c) necessidade de alocação de recursos humanos para atualização dos registros e gerenciamento de atas; d) obsolescência dos dados constantes do SRP representada pela possibilidade de descompasso entre os produtos, serviços e preços registrados e a realidade do mercado, por exemplo: a redução dos preços praticados no mercado, ou a redução da qualidade dos produtos com o passar do

²²JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p.179.

²³XIMENES, Regina Claudia de Alencar. *O Sistema de Registro de Preços e a Figura do "Carona": uma análise frente aos princípios da Administração Pública e da Lei de Licitações*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE – PE), v.18, n.18, p.28-52, Jun. 2011.

tempo²⁴; e) o não atendimento das necessidades específicas da Administração face à generalidade das especificações dos produtos e serviços registrados²⁵.

Com relação à redução ou aumento dos preços de mercado ao longo da vigência da ata, tanto o Decreto nº 7.892/13 (arts. 17 e 18) como o Decreto nº 7.581/11 (arts. 104, 105 e 107) preveem mecanismos de negociação com fornecedores registrados para alteração dos preços de modo a preservar a equação econômico-financeira da ata. Frise-se que atualidade dos preços registrados é de fundamental importância para assegurar que as contratações a serem efetivadas pela Administração sejam econômicas, razão pela qual o Decreto nº 7.581/11 obriga a avaliação trimestral dos preços registrados (art.104), bem como a LLC exige a publicação trimestral dos preços como possibilidade de impugnação desses por parte dos cidadãos (art. 15, §2º e §6º).

Outra possível desvantagem apontada por Marçal Justen Filho é o risco de perda da economia de escala devido às incertezas quanto à demanda efetiva da Administração. Segundo o autor o dilema de um licitante no SRP é a oferta de um preço menor calculado em face do quantitativo total previsto ou de um preço médio suficiente para reduzir o prejuízo, no caso de as contratações serem inferiores às estimadas. Para esse autor o SRP possibilita ganhos de escala porque permite a conjugação de necessidade diversas em um único procedimento licitatório. Contudo, tal ganho de escala é em parte neutralizado pela permissão de que o quantitativo total previsto deixe de ser efetivamente contratado, o que leva à prática de um preço médio calculado em função do grau de previsibilidade quanto às futuras contratações. Dessa forma, conclui o mencionado autor, o preço total em um SRP seria superior ao obtido em uma licitação tradicional, na qual a Administração fixasse os quantitativos exatos que pretende adquirir²⁶.

²⁴Por exemplo, a defasagem tecnológica enfrentada por equipamentos de Tecnologia da Informação no período de 1 (um) ano.

²⁵HOSHINO, Cássia. *Sistema de Registro de Preços: Aspectos Polêmicos*. IN: MARINELA, Fernanda, BOLZAN, Fabrício *et alii*. *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Licitações e Contratos*. 1ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p.96.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A. *et alii*. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 348.

2 OS USUÁRIOS DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

O art. 2º do Decreto nº 7.892/13 e o art. 88 do Decreto nº 7581/11 conceituam os usuários da Ata de Registro de Preços, a saber os órgãos: gerenciador, participante e não participante ou aderente.

O órgão gerenciador é o órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos do certame para registro de preços e gerenciamento da Ata de Registro de Preços dele decorrente. A esse órgão compete a prática de todos os atos de controle e administração do SRP, dentre os quais se destacam a: a) coleta das intenções de participação no registro de preços de outros órgãos ou entidades públicas²⁷; b) consolidação das informações relativas às estimativas individuais de demanda; c) promoção da adequação de termos de referência ou projetos básicos encaminhados pelos outros órgãos, para atendimento aos requisitos de padronização e racionalização; d) realização de ampla pesquisa de mercado para a definição dos preços estimados para fins de licitação; e) realização de todo o procedimento licitatório; e) indicação dos fornecedores que poderão ser contratados e dos respectivos quantitativos e preços; f) manutenção do controle do saldo da quantidade global de bens e serviços que poderão ser contratados pelos órgãos aderentes; g) aplicação de sanções decorrentes do procedimento licitatório, do descumprimento da ata de registro de preços ou do descumprimento de contratos, nos quais figure como contratante o órgão gerenciador; h) condução de eventuais negociações dos preços registrados; i) promoção da anulação ou revogação do registro de preços²⁸.

O órgão participante é órgão ou entidade que participa dos procedimentos iniciais do SRP e integra a Ata de Registro de Preços. A esse órgão cabe a responsabilidade pela manifestação de interesse em participar do registro de preços, providenciando o encaminhamento, ao órgão gerenciador, de sua estimativa de consumo, cronograma de contratação e respectivas especificações ou projeto básico. Ao órgão participante cabe ainda às seguintes atribuições em síntese: a) a consulta

²⁷ Segundo o art. 4º do Decreto nº 7.892/13 a coleta das intenções dar-se-á por meio de registro no Portal de Compras do Governo Federal (*comprasnet*).

²⁸ Consoante dispõe o art. 5º e art. 20, parágrafo único do Decreto nº 7.892/13 e os arts. 92 e 95 do Decreto nº 7.581/11.

ao órgão gerenciador para obtenção de indicação do fornecedor e respectivos quantitativos e preços que poderão ser contratados; b) a fiscalização do cumprimento dos contratos que celebrarem; c) a aplicação de eventuais sanções que decorrerem do descumprimento da ata de registro de preços, no que se refere às suas demandas, e do descumprimento dos contratos que celebrarem²⁹.

Além desses dois tipos de órgãos, que participam do procedimento licitatório na figura de contratantes, o Decreto nº 3.931/01³⁰, em seu art. 8º, introduziu pela primeira vez a possibilidade de a Ata de Registro de Preços ser aproveitada por outros órgãos ou entidades da Administração Pública, que não participaram do certame. Posteriormente, tal dispositivo foi previsto de forma semelhante no art. 22 do Decreto 7.892/13, no art. 32, §1º da Lei do RDC e no art. 102 do Decreto 7.581/11.

Dessa forma, surge mais um tipo de usuário da Ata de Registro de Preços – o órgão não participante ou aderente ou também conhecido como carona. Esse órgão embora não tenha participado da fase interna da licitação pode aproveitar da Ata registrada mediante prévia anuência do órgão gerenciador e do fornecedor, e, no caso do regime da LLC, desde se justifique e demonstre a vantagem da adesão em relação à elaboração de um novo processo licitatório (art. 22, *caput* do Decreto 7.892/13).

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes define os órgãos não participantes ou caronas como “aqueles que, não tendo participado na época oportuna, informando suas estimativas de consumo, requererem, posteriormente, ao órgão gerenciador, o uso da Ata de Registro de Preços”³¹.

Para esse autor a natureza jurídica da adesão à ata de registro de preços (ARP) 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”.

²⁹ Vide o art. 6º Decreto nº 7.892/13 e o art. 96 do Decreto nº 7.581/11.

³⁰ BRASIL. Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 12.JUL.12.

³¹ FERNANDES, 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.JUL.2012.

Observa ainda o doutrinador que o carona tem se mostrado uma alternativa viável inclusive para evitar casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, ressaltando apenas a necessidade de uma correta avaliação das atas antes da adesão, a fim de que realmente seja demonstrada a vantagem da proposta. Jacoby, também, afirma que a adesão propicia transparência, considerando que o ato de adesão é publicado na imprensa oficial, podendo qualquer pessoa impugnar a validade dos preços registrados (art. 15, § 6º, da LLC).

Ademais, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes elenca as seguintes vantagens da adesão: a) aumenta a credibilidade do sistema pelo uso do SRP por outros órgãos; b) motiva a participação de mais licitantes, pois quem tiver preços registrados e suportar novas demandas será contratado sem licitação por outros órgãos e entidades; c) reduz a burocracia ao fixar requisitos mínimos³².

Pode-se ainda elencar como vantagens da adesão ao sistema de registro de preços, sob o ponto de vista do órgão aderente a: a) eliminação de custos com procedimentos licitatórios; b) economia de tempo com a efetiva aquisição de bens e contratação de serviços devido à ausência de licitação; c) possibilidade de evitar solução de continuidade na prestação de serviços e fornecimentos de bens necessários às atividades do órgão, em especial nos casos de transição administrativa; d) possibilidade de escolha de marca de produtos e prestador de serviço que realmente atendam às necessidades da administração, evitando que falhas de especificação em procedimentos licitatórios levem a uma contratação insatisfatória sob o aspecto da qualidade.

Alzimeri Martins indica três situações que recomendariam a utilização do carona a: a) primeira nos casos de dispensa de licitação, em especial nos casos de emergência ou de calamidade pública³³, pois o procedimento de adesão traria maior legitimidade à contratação, que, antes seria direta e, agora, submete-se ao crivo da competição licitatória, realizada por outra pessoa jurídica que coopere com o

³²FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 421.

³³No caso da adesão a contratação em caráter de emergência poderia ultrapassar o limite temporal de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos ininterruptos, previsto no art. 24, inciso IV da LLC para conclusão de obras e serviços contratados.

contratante; b) segunda nos casos de aquisição de bens e serviços custeados majoritariamente por repasses federais a estados ou municípios, instrumentalizados por convênios, pois nesse caso a carona agregaria elementos de praticidade, economicidade e padronização, estando de acordo com o princípio da cooperação federativa e a técnica das transferências voluntárias; c) terceira na tentativa de equacionar problemas com cartéis licitatórios, nos casos nos quais a Administração se defronta com graves dificuldades de conseguir alternância de empresas, que se perpetuam nos contratos prorrogados ou, em situações de indenização, obstaculizam judicialmente os novos processos licitatórios, ou, ainda, nos casos em que empresas de mesma área de especialização “loteiam” seus contratantes, combinando o envio de propostas “de mercado” com preços superiores aos da empresa “escolhida” para contratar com aquele órgão, nessas hipóteses a adesão ao registro de preços de outro ente federativo poderia figurar como uma alternativa viável, inclusive pela diferença da média dos preços de mercado praticada, que em regiões não monopolizadas tende a ser bem inferior³⁴.

Há de se ressaltar ainda algumas características para utilização da ata de registro de preços por órgãos não participantes, presentes no RDC³⁵, e que foram incorporadas ao regime da LLC, com o advento do Decreto nº 7.892/13, a saber: 1) os órgãos aderentes não podem contratar quantidade superior à soma das estimativas de demanda dos órgãos gerenciador e participantes, bem como a quantidade global de bens ou serviços que poderão ser contratados pelos órgãos aderentes não poderá ser superior a cinco vezes a quantidade prevista para cada item; 2) os órgãos ou entidades da Administração Pública Federal não podem participar ou aderir à ata de registro de preços, cujo órgão gerenciador integre a Administração Pública de Estado, do Distrito Federal ou de Município³⁶, permitindo-se a adesão no sentido inverso. Além disso, figuram como características da ARP a não obrigatoriedade de os fornecedores registrados contratarem com órgãos aderentes,

³⁴ MARTINS, Alzimeri. *Quando a carona pode não ser perigosa – Uma proposta de aplicabilidade para a adesão tardia a atas de registro de preços*. IN: Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 216, p. 148-157, fev. 2012.

³⁵ Regulado nacionalmente pelo Decreto nº 7.581/11.

³⁶ Ressalvada a faculdade de a Autoridade Pública Olímpica (APO) aderir às atas gerenciadas pelos respectivos consorciados. Art. 106 do Decreto nº 7.581/11. No regime da LLC §§ 8º e 9º do art.22 do Decreto nº 7.892/13.

bem como a competência do órgão não participante para aplicação de eventuais penalidades decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais, em relação às suas próprias contratações.

Com relação à questão de adesão a ata de registro de preços por órgãos de esferas políticas distintas do órgão gerenciador, o TCU orienta seus jurisdicionados a não aderir ou participar de Sistema de Registro de Preços, caso a gerência desse estiver a cargo de órgão ou entidade de outro ente, em virtude da devida publicidade que deve ser dada ao certame licitatório no âmbito da Administração Pública Federal, “em obediência ao inciso I do art. 21 da Lei 8.666/93, bem como de conformidade aos princípios básicos da legalidade, da publicidade e da igualdade e à Orientação Normativa AGU 21/2209”³⁷.

Já Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende que, quando se tratar de adesão por órgão de esfera distinta ao do órgão gerenciador da ata, torna-se necessário, sob o aspecto jurídico, uma norma autorizativa específica³⁸, ou seja, que cada ente federativo preveja em seus regulamentos a possibilidade de participação como carona em atas de outras pessoas políticas, pois ao aderir a uma ata de outra esfera, o órgão não participante está abrindo mão de sua autônoma política neste ato específico³⁹.

Cabe observar que, apesar das vantagens mencionadas, alguns administrativistas brasileiros entendem que o procedimento de adesão à ata de registro de preços, por órgãos não participantes, afronta princípios que norteiam a Administração Pública, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, bem como princípios gerais das licitações públicas, elencados no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

³⁷ Acórdão nº 6511/2009 – 1ª Câmara, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues.

³⁸ Segundo o autor os instrumentos adequados seriam: 1) ato de colaboração, quando não envolver qualquer tipo de cobrança pelo uso da Ata de Registro de Preços por parte do órgão gerenciador; ou 2) convênio, quando o órgão gerenciador cobra pagamentos dos usuários da Ata pela administração do Sistema de Registro de Preços.

³⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços – Carona de outras esferas de governo*. IN: Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 5, n.49, p.6571-6573, jan, 2006.

3 O PROCEDIMENTO DE ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS À LUZ DE PRINCÍPIOS REGEDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DAS LICITAÇÕES.

Neste capítulo serão abordados alguns dos princípios da Administração Pública e das licitações em cotejo aos agravos provocados pela figura do carona, apontados pela doutrina.

Na discussão a ser travada torna-se essencial analisar pontos do Decreto nº 3.931/01, apesar de revogado, a uma porque a doutrina pátria existente foca sua análise na figura do carona criado por esse Decreto, sendo o Decreto nº 7.892, de 23/01/13, recente para que tenha havido tempo hábil para muitas discussões doutrinárias; a duas porque a hipótese da presente monografia é demonstrar a possibilidade de conformação do instituto de adesão à ata de registro de preços aos princípios regedores da Administração Pública e das licitações, o que em parte é demonstrada pela própria evolução normativa do instituto, trazida pela Lei do RDC e pelos Decretos nºs: 7.581/11 e 7.892/13.

3.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II da CF/88, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No âmbito privado esse princípio significa liberdade de atuação desde que não haja proibição expressa na lei. Já no âmbito da Administração Pública não é suficiente à ausência de proibição em lei, pois essa está adstrita à indisponibilidade do interesse público, e quem define o que é de interesse público é a própria Lei. Portanto, segundo nos ensina Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, “a legalidade traduz a ideia de que a Administração Pública somente tem possibilidade de atuar quando exista lei que o determine (atuação vinculada) ou autorize (atuação discricionária)”⁴⁰. Assim, o Administrador Público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza expressa ou implicitamente, nos estritos termos da competência que lhes foi atribuída por lei.

⁴⁰ ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. São Paulo: Método, 2010, p. 194.

Ocorre que, segundo nos aponta Joel de Menezes Niebuhr, a figura da adesão à ata de registro de preços não encontra respaldo legal, pois foi criada de forma independente e autônoma, por meio de regulamento administrativo (Decreto Federal nº 3.931/01), situação essa reprisada pelo Decreto nº 7.892/13. Esse autor ressalta que o Presidente da República, ao criar a figura de adesão à ata de registro de preços sem qualquer esteio legal, excedeu suas competências constitucionais, previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal⁴¹. Portanto, a figura do carona, por ter origem em um Decreto, violaria formalmente o princípio da legalidade⁴², pois somente a lei pode criar e extinguir direitos, competindo aos decretos apenas o detalhamento da lei por meio de regulamentação, e não a inovação na ordem jurídica.

Sob essa perspectiva estar-se-ia então diante de uma questão de ilegalidade apenas e não inconstitucionalidade, conforme se pode depreender da ementa da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 966/DF de Relatoria do Ministro Celso de Melo, *verbis*:

E M E N T A: ADIN – SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR (SNDC) – DECRETO FEDERAL N. 861/93 – CONFLITO DE LEGALIDADE – LIMITES DO PODER REGULAMENTAR – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra legem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizara, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. - O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja

⁴¹ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

⁴² GUIMARÃES, Edgar & NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de Preços: aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 113/114.

apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada⁴³.

Ressalte-se que o vício apontado não ocorre na adesão de atas de registro do Ministério da Saúde, pois a Lei nº 10.191/01 em seu art. 2º prevê expressamente a possibilidade de os Estados, Distrito Federal, Municípios, bem como as respectivas autarquias, fundações e demais órgãos vinculados, utilizarem atas de registro de preços desse Ministério quando a finalidade for a compra de materiais hospitalares, medicamentos e outros insumos da área de saúde, desde que prevista tal possibilidade no edital de licitação de registro de preços. O mesmo acontece nas contratações feitas sob a égide da Lei nº 12.462/11, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei do RDC), cujo §1º do art. 32 prevê a possibilidade de adesão por parte de qualquer órgão ou entidade, responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1º desse diploma legal, a um SRP, promovido no âmbito desse regime.

Cássia Hoshino rebate a posição de ilegalidade da figura do carona por entender que a LLC, em seu art. 15, § 3º, remeteu todo o método de funcionamento do SRP para decreto regulamentador, sendo que o Decreto nº 3.931/01, posição aplicável também ao seu Decreto sucessor (Decreto nº 7.892/13), apenas explicita esse método de funcionamento, não criando direitos e obrigações dependentes de lei em sentido estrito. Para a autora as linhas gerais do sistema foram definidas pela LLC, competindo ao regulamento detalhar todo o procedimento à luz de premissas como agilidade, economicidade, eficiência e desburocratização. Acrescenta, ainda, caso o carona ferisse o “princípio da legalidade como sustenta parte da doutrina, da mesma maneira ocorreria com a figura do ‘órgão participante’, também criada pelo Decreto, mas que não é contestada em momento algum”⁴⁴.

No mesmo sentido é a posição de Alzimeri Martins que defende que a figura do carona no regime da LLC deve ser analisada não apenas sob o prisma da literalidade

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 966/DF. Relator Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 31. JAN. 13.

⁴⁴ HOSHINO, Cássia. *Sistema de Registro de Preços: Aspectos Polêmicos*. IN: MARINELA, Fernanda, BOLZAN, Fabrício et alii. *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Licitações e Contratos*. 1ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p.108

da norma, e sim no de sua juridicidade⁴⁵, ou seja, na análise dessa figura deve ser levado em consideração à completa principiologia jurídico-administrativa contida no ordenamento vigente, o que levaria inevitavelmente à conclusão de que esse instituto “não agride normas basilares, mas busca, na verdade, concretizar enfaticamente os princípios da eficiência, razoabilidade e supremacia do interesse público”⁴⁶.

Existem ainda autores, como Toshio Mukai⁴⁷, que vislumbram como constitucionalmente obrigatória a realização de licitação (art. 37, inc. XXI da CF/88), sendo que tal obrigação não estaria sendo atendida quando entes não participantes do certame adquirissem bens ou serviços por meio de adesão, com cometimento, inclusive, do crime previsto no art. 89 da LLC⁴⁸. Em oposição a esse entendimento Alzimeri Martins defende sim a existência de realização de certame licitatório, não pela entidade contratante, mas por outro órgão que igualmente obedece aos dispositivos legais, visto que a regra constitucional exige apenas que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, o que estaria sendo observa no caso sob em análise⁴⁹.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende ainda que a Constituição Federal em nenhum momento limitou um contrato a uma só licitação, ou vice e versa, eis suas palavras:

⁴⁵ Para Raquel Melo de Carvalho diferenciam-se “a esfera da juridicidade – domínio amplo do Direito, composto de princípios e regras jurídicas – da esfera da legalidade – circunscrita às regras jurídicas, reduzindo-se somente a última ao sentido estrito de conformidade dos atos com as regras legais. É com a noção de juridicidade que se abandona um conceito primário de legalidade, satisfeito com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas. Parte-se em busca da observância íntegra do Direito, compreendido este como um conjunto de normas dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento”. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Direito Administrativo*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 58.

⁴⁶ MARTINS, Alzimeri. *Quando a carona pode não ser perigosa – Uma proposta de aplicabilidade para a adesão tardia a atas de registro de preços*. IN Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 216, p. 148-157, fev. 2012.

⁴⁷ MUKAI, Toshio. *Registro de preços em nível federal. Inconstitucionalidade do art. 8º (figura do ‘carona’) do Decreto nº 3.931/2001. Possibilitação de cometimento do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93*. Disponível em: <<http://www.governet.com.br/noticia.php?cod=1484>>. Acesso em 18.FEV.13.

⁴⁸ “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”.

⁴⁹ MARTINS, Alzimeri, loc. cit.

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 formulações de modelos: no primeiro, é possível conceber mais de uma licitação para um só contrato, como na prática se vislumbra com o instituto da pré-qualificação em que a seleção dos licitantes segue os moldes da concorrência, para só depois licitar-se o objeto, entre os pré-qualificados; no segundo, a figura do carona para em registros de preços ou a previsão do art. 112 da Lei nº. 8.666/93. Desse modo, é juridicamente possível estender a proposta mais vantajosa conquistada pela Administração Pública como amparo a outros contratos⁵⁰.

Marcos Jurema Villela Souto e Flavio Amaral Garcia acrescentam que a ARP não é um caso de contratação direta, mas do emprego de uma única licitação para a efetivação de vários contratos, alertando ainda que o procedimento de licitar não pode ser um fim em si mesmo da seguinte maneira:

O fato é que não cabe pregar a licitação como um fim em si mesmo. Interessa é que os contratos sejam, em regra licitados, por quem quer que seja. O ponto não é esse ! A questão é o método, o perfil do contrato e o perfil de contratante para que os preços sejam oferecidos para cada realidade específica e para cada tipo de atendimento e de julgamento⁵¹.

Do exposto neste tópico conclui-se que o instituto do carona possui melhor conformação quando existe previsão legal específica, tais como na Lei do RDC e na Lei 10.191/01. No entanto, a falta de sua previsão expressa na LLC não macula de ilegalidade os Decretos nº 3.931/01 e 7.892/13, vez que o sistema normativo deve ser analisado no campo de sua juridicidade e não apenas no campo da literalidade da lei, sendo que o instituto do carona vai de encontro ao princípio da eficiência administrativa com foco na produção de resultados, que permitam o desempenho dos órgãos administrativos em prol da correta prestação de serviços à comunidade. A constitucionalidade do instituto também nos parece regular, pois a própria Carta Magna em seu art. 37, XXI, não fixa a obrigatoriedade de realização de 1 (uma)

⁵⁰ FERNANDES, 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.JUL.2012.

⁵¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela e GARCIA, Flavio Amaral. *Sistema de Registro de Preços – O Efeito “Carona”*. IN: BLC – Boletim de Licitações e Contratos – Março / 2007, pp. 239/248.

licitação específica para cada contrato, remetendo inclusive a possibilidade de afastamento da obrigação de licitar desde que previsto em legislação específica.

3.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade encontra-se insculpido no caput do art. 5º da Carta Magna, sendo traduzido no paradigma do Estado Democrático de Direito pela máxima aristotélica de que “tratar desigualmente os desiguais significa assegurar a igualdade”. Para Raquel Melo de Carvalho o princípio da igualdade ou isonomia veda diferenciações sem justificações fáticas e jurídicas razoáveis, ou seja, aquelas baseadas em aspectos pessoais que não atendem qualquer necessidade pública concreta, ou as que são incompatíveis com o interesse coletivo e com o restante do ordenamento jurídico⁵².

No âmbito da Administração Pública os contratos administrativos geram benefícios econômicos ao contratado, e, naturalmente, isso gera a possibilidade de haver competição entre os agentes econômicos privados que se encontram habilitados para fornecer à Administração Pública o serviço ou bem de que ela necessita. Se há essa possibilidade de disputa, o princípio da isonomia impõe à Administração Pública o dever de tratamento isonômico entre os interessados, ou seja, tem esta o dever jurídico de assegurar a todos os interessados na realização de atos e negócios jurídicos administrativos potencialmente lucrativos, a oportunidade de disputa da preferência do Estado em igualdade de condições, da forma mais vantajosa possível para o interesse público. Em análise acurada a observância ao princípio da isonomia é a própria causa da licitação pública. Esse princípio impõe à Administração certas formalidades para escolher com quem contratar.

Cabe ainda observar que as contratações diretas entre um particular e a Administração constituem exceção e somente podem ser feitas naqueles casos previstos em lei. A Lei nº 8.666/93, que regulamentou o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, somente prevê os casos de licitação dispensada (art. 17),

⁵² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Direito Administrativo*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 161.

dispensável (art. 24) e inexigível (art. 25), como exceções ao dever constitucional de licitar. Dessa forma, para boa parte da doutrina o Decreto Federal nº 3.931/01, ao instituir o “carona”, criou uma nova hipótese de contratação direta, não prevista em lei, desrespeitando o dever de licitar e, inevitavelmente, ferindo o princípio da isonomia por não ter sido oportunizado a todos os interessados a possibilidade de contratar com o poder público, situação essa aplicável, também ao Decreto nº 7.892/12. Nesse sentido Joel de Menezes Niebuhr observa que:

O carona não encontra justificativa para afastar a obrigatoriedade de licitação pública e, com isso, atenuar o princípio da isonomia. Repita-se que o carona ocorre em casos de viabilidade de competição e em casos em que a realização da licitação pública não importa por si prejuízo algum ao interesse público⁵³.

Completa o cerne da questão o ponto de vista de Hamilton José Rodrigues de Lima⁵⁴, pois para ele, após a realização do certame e registrados os preços, quando algum órgão adere à ata alheia e contrata com fornecedor, há uma alteração completa do panorama da disputa, porquanto o objeto licitado inicialmente poderá sofrer acréscimo incompatível com os limites legais. Segundo o autor é inegável que, caso outras empresas do ramo soubessem que o objeto licitado sofreria acréscimo de dezenas de vezes (fato usual), o interesse em participar da disputa seria bem maior, logo o desconhecimento do que poderá vir depois de lavrada ata não se compatibiliza com o princípio da isonomia.

Sob primeiro aspecto apontado pela doutrina é importante ressaltar que não se vislumbra desrespeito ao princípio da isonomia nos casos em que a possibilidade de adesão e a consequente figura de “contratação direta” encontra-se prevista em lei do mesmo status da lei de Licitações como nas Leis nºs: 10.191/01 e 12.462/11, vez que nesses casos configura-se hipótese de dispensa legal, cujas justificativas de interesse público foram debatidas quando do processo legislativo e encontram-se presentes nos referidos diplomas legais.

⁵³ GUIMARÃES, Edgar & NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de Preços: aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 118/119.

⁵⁴ LIMA, Hamilton José Rodrigues de. *A adesão extraordinária à ata de registro de preços: uma análise principiológica sobre sua inconstitucionalidade*. IN: BLC: Boletim de licitações e contratos, v. 24, n. 9, p. 859-882, set. 2011.

Mais se investigarmos a questão a fundo o problema da não observância ao princípio da isonomia reside no quantitativo a ser adquirido por meio de adesão à Ata de Registro de Preços, pois com a fixação dessa quantidade à época da licitação de forma aberta e transparente a todos os interessados cairiam por terra eventuais alegações de não oferta da real dimensão da contratação pública a todos os possíveis interessados.

Nesse ponto foram acertadas as alterações promovidas pelos Decretos nºs 7.581/11 (art. 102, §3º) e 7.892/13 (art. 22, §4º), que limitaram a quantidade global de bens ou serviços que poderão ser contratados pelos órgãos aderentes em no máximo em cinco vezes o quantitativo registrado para cada item. Assim, resolve-se de forma adequada a lesão ao princípio da isonomia, pois com a fixação do limite em norma e no instrumento convocatório, como exigido pelo Decreto nº 7.892/13⁵⁵, a situação passa a se tornar análoga à faculdade de a Administração poder aditar ou reduzir o quantitativo do objeto contratado em até 25% do valor ajustado, consoante previsão do art. 65, §1º da LLC, dispositivo legal esse não questionado pela doutrina administrativista.

É importante ainda colocar em perspectiva a posição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que defende como papel primordial da licitação enquanto processo o atendimento ao interesse público, bem como que a observância do princípio da “isonomia não é para distribuir demandas uniformemente entre os fornecedores, mas para ampliar a competição visando a busca de proposta mais vantajosa”⁵⁶.

Dessa forma, verifica-se que a fixação de limites claros para adesão à ata de registro de preços permite o equacionamento dos questionamentos feitos a esse instituto sob a ótica da isonomia a ser assegurada aos licitantes.

⁵⁵ Art. 22, § 4º do Decreto nº 7.892/13.

⁵⁶ FERNANDES, 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.JUL.2012

3.3 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está previsto no *caput* do art. 3º e no art. 41 da Lei nº 8.666/93, e estabelece que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Além disso, a própria contratação se submete aos termos da licitação e da proposta vencedora, nos termos do art. 54, § 1º da LLC.

Esse princípio é conhecido, também, como a regra segunda a qual o edital é a lei interna da licitação, pois vincula tanto os licitantes como a Administração que o expediu. Tal princípio decorre do princípio da legalidade e da isonomia, pois num Estado Democrático de Direito torna-se imperioso que a todos sejam ofertadas condições equânimes de disputar a celebração de um contrato administrativo, fixando-se, previamente, as regras a serem observadas.

Uma das críticas da doutrina ao art. 8º do Decreto nº 3.931/01⁵⁷ era de que o sistema do carona ofenderia o princípio da vinculação ao instrumento convocatório porque, numa licitação para registro de preços, a possibilidade de adesão à ata por órgão ou entidade não participante do certame não é explicitada no edital. Dessa forma, não haveria como os licitantes avaliarem, na licitação, quantos órgãos pretenderiam, eventualmente, fazer adesão à Ata de Registro de Preços. Do mesmo modo não estariam previstos, no instrumento convocatório, os quantitativos estimados correspondentes às demandas dos órgãos ou entidades que teriam interesse em fazer adesão à ata, prejudicando, assim, a elaboração das propostas

⁵⁷ “Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

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

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

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

pelos licitantes. Portanto, a figura do carona implicaria em uma contratação fora dos limites do edital no que tange à entidade contratante e aos quantitativos estabelecidos no certame.

Com a revogação do Decreto 3.931/01, pelo Decreto 7.892/13, as críticas à ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório tornam-se insubsistentes, uma vez que nos §§ 3º e 4º do art. 22 desse último decreto há a fixação do limite quantitativo por órgão aderente bem como a exigência expressa de que o instrumento convocatório preveja o limite quantitativo global para as adesões da seguinte forma:

§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes.

§ 4º O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem.

Note que, também, no regime diferenciado de contratações públicas (RDC) existe a mesma estipulação para o quantitativo máximo global de bens ou serviços que poderão ser contratados pelos órgãos aderentes, apesar de no Decreto nº 7.581/11 não existir a obrigatoriedade de essa informação constar do edital de licitação. No entanto, entende-se que tal limitação mitiga a possibilidade de ofensa ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório, vez que a previsão do quantitativo excedente possível está previsto em normativo que rege a matéria objeto da contratação.

Portanto, considera-se que a evolução normativa do instituto da adesão ao sistema de registro de preços, dada pelos Decretos nº 7.581/11 e 7892/13, equacionaram adequadamente as críticas apontadas ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois apesar de no edital não constarem os nomes dos órgãos aderentes todos os licitantes saberão de antemão que essas contratações não ultrapassarão ao quádruplo da quantidade total registrada, podendo ainda os

fornecedores optar ou não pelo fornecimento / prestação de serviços aos órgãos não participantes⁵⁸.

3.4 Princípios da impessoalidade e moralidade

O princípio da impessoalidade informa que a Administração, em suas decisões, deve pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.

Já o princípio da moralidade exige do agente público comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade.

Diz-se que a figura do carona fragiliza os princípios da impessoalidade e da moralidade, pois a possibilidade de adesão à ata de registro de preços pode levar a situações de corrupção, ao permitir o conluio entre o beneficiário de uma ata de registro de preços e o gestor do órgão gerenciador ou do órgão aderente, mediante a oferta de favores ou vantagens indevidas, com vistas a obter uma maior lucratividade.

Hamilton José Rodrigues de Lima alerta para ocorrência de um mercado paralelo de negociação de atas de registro de preços da seguinte maneira:

Noutras palavras, determinada empresa, detentora de ata para fornecimento de objeto, lança-se ao 'mercado' público oferecendo-a aos gestores ávidos por comprar o bem já registrado, muitas vezes, não condizentes com as especificações que realmente atendam aos interesses do órgão para o qual trabalham.

Tem-se verificado no cotidiano a inversão da ordem dos fatos, porquanto, muitas vezes, não são os órgãos que publicam os editais para se contratar determinado objeto, ao revés, os particulares é que 'dão publicidade' da existência de atas de registro de preços, e as ofertam ao gestor público.⁵⁹

⁵⁸ Art. 102, § 4º do Decreto nº 7.581/11 e Art. 22, § 2º do Decreto nº 7.892/13.

⁵⁹ LIMA, Hamilton José Rodrigues de. *A adesão extraordinária à ata de registro de preços : uma análise principiológica sobre sua inconstitucionalidade*. IN: BLC: Boletim de licitações e contratos, v. 24, n. 9, p. 859-882, set. 2011.

Cabe destacar que a ofensa aos princípios aqui apreciados não é provocada apenas pela construção jurídica do instituto da adesão à ata de registro de preços, cuja permissão para sua efetivação requer inclusive a prova da vantagem para a entidade, e sim pelo desvio de poder do administrador público, que se utiliza de meios lícitos para alcançar finalidades diversas ao do interesse público. Ocorre que tal desvio de conduta é passível de ocorrência também nos demais procedimentos de contratação pública, precedidos ou não de licitação pública. Em outras palavras a extinção desse instituto não eliminará os casos de corrupção nas contratações públicas.

Nesse sentido José dos Santos Carvalho Filho afirma que o princípio da moralidade administrativa só é atendido quando o administrador se reveste do espírito público. Para esse autor “o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser conhecedor da lei como dos princípios éticos regentes da função administrativa”⁶⁰.

Para o combate aos desvios de conduta do administrador público, o ordenamento jurídico brasileiro prevê normas tais como: a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), bem como atuação dos seguintes órgãos públicos: Tribunais de Contas, Ministério Público, Judiciário e as Polícias Civil e Federal.

Dessa maneira, entende-se que a extinção do instituto da adesão à ata de registro de preços não eliminaria os riscos de ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade, haja vista que tais princípios dependem principalmente da conduta pessoal do administrador público.

⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. ver. Ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21/22.

3.5 Princípio da economicidade

A licitação tem como um dos seus objetivos selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, tanto sob o prisma da qualidade como o da economia, consoante dispõe o artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

Pela economia de escala, quanto maior for o quantitativo requerido, maior a possibilidade de redução dos preços. A crítica da doutrina ao Decreto nº 3.931/01 à luz do princípio da economicidade era de que os quantitativos demandados pelos órgãos aderentes não estavam previstos no edital nem no orçamento estimativo da licitação, assim os efeitos desses quantitativos extras não estariam contemplados nas propostas ofertadas pelos licitantes. Dessa forma, a Administração não poderia se beneficiar do fator de economia de escala, configurando o procedimento de adesão à ata de registro de preços como antieconômico.

Com o advento do Decreto nº 7.581/11, no caso do RDC, e do Decreto nº 7.892/13, no regime da LLC, houve a fixação do limite global dos quantitativos máximos sujeitos ao procedimento da ARP⁶¹. Essa nova solução, permite a prática de um valor médio pelos licitantes, que possivelmente levem em conta os quantitativos sujeitos à adesão, entretanto, não permite a captura efetiva da economia de escala pelo aumento das quantidades a serem adquiridas, além de permitir possível comportamento oportunista de um eventual licitante que detenha informações particulares acerca da previsão da demanda efetiva oriunda da Administração Pública, inclusive por meio do procedimento de adesão.

Para solucionar essa questão Ângelo Henrique Lopes da Silva⁶² propõe um modelo, no qual seria licitado de forma ponderada o preço unitário (p) de um item e seu respectivo custo unitário variável (C_v)⁶³, de modo de que os preços pagos fossem decrescentes à medida que a quantidade requerida pela Administração aumentasse

⁶¹ Não poderá exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes.

⁶² SILVA, Ângelo Henrique Lopes da. *Capturando economias de escala no sistema de registro de preços*. IN: Revista de direito público da economia, v. 9, n. 35, p. 9-30, jul./set. 2011.

⁶³ Fator que define o decaimento da curva de preços à medida que o fornecimento aumenta além da quantidade inicialmente contratada.

além da inicialmente registrada. Segundo esse autor o modelo por ele proposto permite a captura da economia de escala de forma clara e objetiva, não deixando tal ganho ser definido apenas pelos licitantes, o que eliminaria ainda a possibilidade de algum licitante possuir informações privilegiadas acerca de órgãos caronas, e, assim ter vantagens na disputa da licitação.

Deste modo, conclui-se que a evolução normativa dada pelos Decretos nºs: 7.581/11 e 7.892/13 ao instituto da adesão à ata de registro de preços permite apenas a formação de um preço médio pelos licitantes que contemple o quantitativo global sujeito a esse procedimento, sendo que a captura efetiva da economia de escala depende da adoção de modelos que reduzam o preço unitário, quando o quantitativo demandado pela Administração ultrapasse o registrado para o órgão gerenciador e os órgãos participantes.

3.6 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade para fins deste trabalho é focado sob o viés da exigência de transparência da atuação administrativa de modo a possibilitar o controle da Administração Pública por seus administrados, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público. Esse princípio abrange não apenas à divulgação do procedimento licitatório nos meios de comunicação para conhecimento dos interessados, mas também dos atos da Administração praticados em suas várias fases, os quais podem e devem ser abertos aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. Ademais, é por meio da publicidade do edital que se possibilita a elaboração das propostas pelos licitantes e a competitividade da licitação.

A crítica da doutrina ao procedimento de adesão à ata de registro de preços, sob a égide do Decreto nº 3.931/01, era de os quantitativos demandados pelos órgãos aderentes não integravam o quantitativo estimado para o objeto a ser licitado, não sendo dada a devida publicidade quando da divulgação do edital do certame.

Entretanto, tal crítica restou superada com o advento dos Decretos nºs: 7.581/11 e 7.892/13, que fixaram o limite global para o quantitativo decorrente de adesões, inclusive com sua previsão editalícia no caso desse último decreto.

4 AS POSIÇÕES DE ALGUNS TRIBUNAIS DE CONTAS ACERCA DA ADESÃO AO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS (SRP).

Neste capítulo serão abordadas as posições de alguns Tribunais de Contas sobre o procedimento da adesão à ata de registro de preços. Insta observar que essas decisões foram tomadas à luz do disposto no Decreto nº 3.931/01, posteriormente revogado pelo Decreto nº 7.892/13. Dessa forma, a linha de exposição a ser traçada buscará identificar os fundamentos dessas decisões, verificando se tais fundamentos ainda persistem sob a égide do novo Decreto.

4.1 Tribunal de Contas da União (TCU)

O Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1.487/2007 optou por não declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da adesão à ata de registro de preços, mas determinou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) o estabelecimento de limite a esse tipo de procedimento, *verbis*:

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

(...)

9.2.2. adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto n.º 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão⁶⁴.

A maior preocupação do Relator Ministro Valmir Campelo no supracitado Acórdão era a questão da falta de limites quantitativos para o procedimento de adesão à ata de registro de preços, o que no caso analisado levou uma ata de registro de preços do Ministério da Saúde, para a prestação de serviços, apoio logístico e realização de eventos, ser aderida por outros 62 (sessenta e dois) órgãos, passando o valor inicial da contratação da ordem de R\$32 milhões para cerca de

⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.487/2007 – Plenário, Relator Ministro Valmir Campelo. Disponível em: < <http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 02. FEV. 13.

R\$2 bilhões de reais. A preocupação do Ministro à luz dos princípios da isonomia, competitividade e economicidade foi externada da seguinte maneira:

6. Diferente é a situação da adesão ilimitada a atas por parte de outros órgãos. Quanto a essa possibilidade não regulamentada pelo Decreto nº 3.931/2001, comungo o entendimento da unidade técnica e do Ministério Público que essa fragilidade do sistema afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes.

7. Refiro-me à regra inserta no art. 8º, § 3º, do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que permite a cada órgão que aderir à Ata, individualmente, contratar até 100% dos quantitativos ali registrados. No caso em concreto sob exame, a 4ª Secex faz um exercício de raciocínio em que demonstra a possibilidade real de a empresa vencedora do citado Pregão 16/2005 ter firmado contratos com os 62 órgãos que aderiram à ata, na ordem de aproximadamente 2 bilhões de reais, sendo que, inicialmente, sagrou-se vencedora de um único certame licitatório para prestação de serviços no valor de R\$ 32,0 milhões. Está claro que essa situação é incompatível com a orientação constitucional que preconiza a competitividade e a observância da isonomia na realização das licitações públicas.

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

Posteriormente, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1.233/2012, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, acabou por fixar o entendimento de que as adesões à ata de registro de preços deveriam ser limitadas à quantidade consignada inicialmente na ata⁶⁵. Em análise ao teor desse Acórdão Joel Menezes Niebuhr, apesar de considerar louvável a imposição de limites à adesão, considera que não cabe ao TCU definir tais limites, que devem ser estabelecidos em lei ou regulamento, competindo apenas àquele Tribunal decidir pela legalidade ou não da adesão à ata de registro de preços diante de casos concretos⁶⁶.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.233/2012 – Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz. Disponível em: < <http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 04. FEV. 13

⁶⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo perfil da adesão à ata de registro de preços conforme o acórdão nº 1.233/2012 do tribunal de contas da união*. IN: Revista Zênite : ILC : Informativo de licitações e contratos, v. 19, n. 223, p. 922-930, set. 2012.

Dessa forma, entende-se que o advento do Decreto nº 7.892/13 equaciona de modo razoável as preocupações do TCU em relação ao instituto da adesão à ata de registro de preços, haja vista a fixação do limite global para adesões, que deverá inclusive constar do instrumento convocatório.

4.2 Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF)

O Tribunal de Contas do Distrito Federal, por meio da Decisão nº 1806/06, considerou possível que os órgãos e entidades do complexo administrativo do Distrito Federal se utilizem da Ata de Registro de Preços de outro ente federativo, desde que expresse pesquisa de mercado promovida no Distrito Federal, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 4º da Lei Distrital nº 938/1995, e atenda aos requisitos que a norma de regência estipula para tal hipótese.

Decisão nº 1806/2006

O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, tendo em conta, em parte, a instrução e o parecer do Ministério Público, decidiu: I - tomar conhecimento, em caráter excepcional, da consulta em apreço; II - informar ao órgão consulente que há 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 nº 938/1995, e atenda os requisitos que a norma de regência estipula para tal hipótese⁶⁷.

Frise-se que no âmbito do Distrito Federal, o Decreto Federal nº 3.931/01, foi recepcionado pelo Decreto Distrital nº 22.950/12⁶⁸, sendo a base para as adesões à ata de registro de preços nesse ente federado em conjunto com o Decreto Distrital nº 33.662/12⁶⁹. Assim, possivelmente a edição do Decreto nº 7.892/13 demandará

⁶⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Decisão nº 1806/2006, Relator Conselheiro Antônio Renato Alves Rainha. Disponível em: < <http://www.tc.df.gov.br>>. Acesso em: 07.FEV. 13

⁶⁸ DISTRITO FEDERAL. Decreto Distrital nº 22.950, de 08/05/2002. Aprova a aquisições de bens e produtos e dá outras providências. Disponível em: < http://www.tc.df.gov.br/sinj/Arquivo.ashx?id_norma_consolidado=41464> Acesso em: 10.FEV.13.

⁶⁹ DISTRITO FEDERAL. Decreto Distrital nº 33.662, de 15/05/2012. Dispõe sobre os procedimentos de adesão à ata de registro de preços e de contratação emergencial por órgãos da Administração Direta e Indireta do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.tc.df.gov.br/sinj/Arquivo.ashx?id_norma_consolidado=71331> Acesso em: 10.FEV.13.

adequações normativas com vistas à fixação de limite global para adesões à ata de registro de preços.

4.3 Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE / SC)

O Tribunal de Contas de Santa Catarina, por meio da Decisão nº 2.392/07 reformada pela Decisão nº 3446/2010, considerou que o sistema de “carona”, fere o princípio da legalidade, afirmando que os decretos e as resoluções regulamentadoras não podem dispor além da Lei das Licitações ou contrariar princípios constitucionais. Em razão disso, reconheceu a ilegalidade da adesão à Ata de Registro de Preços, vedando que os seus jurisdicionados façam adesão a atas de órgãos ou entidades da esfera municipal, estadual ou federal ou permitam a utilização de suas atas por outros órgãos ou entidades de qualquer esfera, excetuadas as situações vinculadas a Programas do Governo Federal, nas áreas de assistência social, educação e saúde pública, por exemplo: as contempladas na Lei Federal nº 10.191/2001 e no Decreto Federal nº 6.768/2009, desde que o ato convocatório da licitação contenha expressa previsão sobre a hipótese de adesão à Ata de Registro de Preços. Eis o seguinte excerto da mencionada decisão:

1. O Sistema de Registro de Preços, previsto no art. 15 da Lei (federal) n. 8.666/93, é uma ferramenta gerencial que permite ao Administrador Público adquirir de acordo com as necessidades do órgão ou da entidade licitante, mas os decretos e as resoluções regulamentadoras não podem dispor além da Lei das Licitações ou contrariar os princípios constitucionais.
2. Regra geral, o sistema de adesão (“carona”) à ata de registro de preços, instituído pelo Decreto (federal) n. 3.931, de 2001, que regulamenta o art. 15 da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, conflita com o princípio da legalidade, não devendo ser utilizado pelos jurisdicionados deste Tribunal com relação a outros órgãos de qualquer das esferas de Governo, nem permitir a utilização das suas atas por outros órgãos de qualquer esfera de Governo, ressalvado quando vinculado a Programa do Governo Federal, de abrangência nacional, de comprovado interesse público, nas áreas de assistência social, educação e saúde pública, a exemplo da Lei (federal) n. 10.191/2001 (aquisição de bens relativos às ações de saúde) e do Decreto (federal) n. 6.768/2009 (que dispõe sobre o Programa “Caminhos da Escola”), desde que o ato convocatório da licitação

contenha expressa previsão sobre a hipótese de adesão à Ata de Registro de Preços⁷⁰.

Do exposto verifica-se que o TCE/SC exige para conferir legitimidade ao procedimento de adesão à ata de registro de preços a existência de previsão legal expressa, sob tal viés o instituto da adesão estaria bem conformado no RDC, tendo em vista a previsão expressa na Lei nº 12.462/11, bem como na Lei nº 10.191/01. Já no regime da LLC, apesar do novo Decreto nº 7.892/93, ainda haveria falta de dispositivo legal explícito prevendo tal faculdade, em que pese o já discorrido anteriormente acerca do campo de juridicidade da norma.

4.4 Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE / SP)

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, segundo Alexandre Manir Figueiredo Sarquis e Rosemeire da Silva Cardoso⁷¹, posiciona-se majoritariamente contrário a figura do carona, na forma constituída pelo Decreto Federal (3.931/01) e pelo Decreto Estadual (51.908/07), por entender que o instituto afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes, em razão da possibilidade de cada órgão, que aderir à ata de registro de preços, poder contratar até 100% dos quantitativos registrados, situação que permite ganho imensurável ao licitante vencedor⁷².

Nesse sentido cabe trazer a baila o seguinte excerto do Voto da Conselheira Substituta, Silvia Monteiro, no processo TC - 020.721/026/11⁷³, de 20/11/2012, no qual é reiterada a posição contrária do TCE / SP em especial por falta de limitação para os quantitativos sujeitos à adesão, vejamos:

⁷⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Decisão nº 3446/2010, Relator Wilson Rogério Wan Dal Herneus de Nadal. Disponível em: <http://servicos.tce.sc.gov.br/processo/index.php?nu_proc=1000095069> Acesso em: 11.FEV.13.

⁷¹ SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo & CARDOSO RAMOS, Rosimeire da Silva. *A interpretação do TCE/SP para o sistema de registro de preços*. IN: BLC: Boletim de licitações e contratos, v. 25, n. 3, p. 223-232, mar. 2012.

⁷² Posicionamento firmado pelo TCE/SP a partir dos seguintes julgamentos: TC-038.240/026/08 E TC-037.165/026/08 – Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, Tribunal Pleno – Sessão de 03/12/2008 e 17/12/08.

⁷³ SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC-020.721/026/11, Relatora Conselheira Substituta Silvia Monteiro. Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br/content/resultado-da-pesquisa-de-processo?TC=20721-026-11&xNUMERO=020721&xREGIONAL=026&xANO=11>> Acesso em 13. FEV.13.

2.3 Também não se falar em economia de escala. É que a ata de registro de preços previa a aquisição de 400.000 laptops, porém, não há nos autos qualquer indicativo de controle feito pelo órgão gerenciador que demonstre tenha sido respeitado o quantitativo estimado. Aliás, da forma como redigido o artigo 8º § 3º, do Decreto n. 3.931/01, que admite contratações adicionais de até 100% dos quantitativos registrados em ata, por órgão ou entidade que a ela assentir, bem assim que à citada ata poderão aderir todos os Estados e Municípios do país, o fornecimento acaba sendo, na verdade, ilimitado, diluindo os ganhos da economia de escala, já que o preço proposto teve por base a necessidade da aquisição informada pela Administração, o que afronta tanto os princípios da competitividade e da isonomia como o dever de licitar determinado no artigo 37, XXI, da Constituição da República e no artigo 2º, caput, da Lei n. 8.666/93.

Ante ao exposto, considera-se que com o limite global para adesões, determinado pelo novo Decreto nº 7.892/13, as críticas apontadas pela TCE / SP encontram-se em grande parte resolvidas.

4.5 Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE / MG)

O Tribunal do Estado de Minas Gerias, por meio da Consulta nº 75798, de 08/10/2008, considerou como lícita a figura do carona, desde que previamente à efetivação desse procedimento seja elaborado termo de referência e realizada pesquisa de mercado com vistas à demonstração da vantajosidade da adesão nos seguintes termos:

De toda sorte, deverá o interessado (carona) elaborar processo administrativo por sua iniciativa, qual seja, providenciar termo de referência no qual conste as especificações do objeto que deseja adquirir, após ampla pesquisa de preços de mercado, e, ainda, informações relativas à existência de Ata de Registro de Preço sobre o objeto desejado, para fins de acionar o órgão/entidade gerenciador, externando sua intenção de utilizar a respectiva Ata. O órgão gerenciador consultará ao fornecedor acerca da possibilidade de atender àquela adesão, uma vez que haverá acréscimo ao quantitativo pactuado.

A justificativa apresentada deverá demonstrar a vantagem econômica da adesão à referida Ata, mencionando, ainda, a similitude de condições, tempestividade do prazo, suficiência das quantidades e qualidade do bem.

A esse processo administrativo deve ser agregada, também, a anuência formal da entidade/órgão gerenciador sobre a possibilidade de utilização da Ata de Registro de Preços, para a adesão ao preço

registrado, bem como dos fornecedores, obedecendo-se à ordem de classificação⁷⁴.

Insta observar que o TCE/MG respondeu a supracitada consulta com base no Decreto Mineiro nº 42.652/03, que atraiu, na íntegra, o comando do art. 8º do Decreto nº 3.931/01. Dessa forma, com a edição do Decreto nº 7.892/13 possivelmente o ente federado promoverá adequações normativas para acompanhar as alterações do novo decreto.

4.6 Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE /PR)

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná rechaça a criação da figura do carona por meio do Decreto nº 3.931/01 (art. 8º), reproduzido no Decreto Estadual nº 2.391/08 (art. 7º), por entender que esse instituto depende de lei em sentido estrito. Nesse diapasão cabe destacar trecho do Voto do Conselheiro Hermas Eurides Brandão no Acórdão nº 1344, de 21/07/2011:

A adesão por outro ente à ata de registro de preços encontra fundamento apenas e tão-somente em decreto regulamentar. Em momento algum a Lei n. 8.666/93, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição, veiculando normas gerais na forma do art. 22, XXVII, também da Constituição, dispõe sobre o instituto do carona. Tampouco existe regra similar na Lei n. 15.608/07. Em não havendo previsão expressa em lei, os regulamentos federal e estadual houveram por bem agregar à ordem jurídica tal possibilidade, o que não se admite. Na forma do art. 84, IV, da Constituição, o qual serve de parâmetro para as constituições estaduais, decreto e regulamentos se prestam única e exclusivamente para a “fiel execução da lei”. O preconizado pela Constituição deixa claro que o decreto há que se pautar pela lealdade à lei, regulamentando, detalhando, esmiuçando, institutos por ela estabelecidos e não os criando. Ora, é um truísmo afirmar que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei faculta. É a legalidade em sua essência, erigida como princípio de estatura constitucional (art. 37, caput), que orienta a atividade administrativa. É um tanto óbvio, mas convém reiterar que, diferentemente do particular que pode fazer tudo aquilo que a lei não proíba, a Administração se encontra adstrita aos estritos termos da lei, pautando-se apenas por aquilo que a lei, em sentido formal, permite. Dela não se pode esquivar. Disse que a adesão por outro ente à ata de registro de preços não poderia vir disciplinada em simples ato regulamentar. Há, inevitavelmente, a necessidade de lei. O decreto

⁷⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 757978, Relator Conselheiro Substituto Gilberto Diniz. Disponível em: < http://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp?cod_processo=757978> Acesso em 12. FEV.13.

não se consubstancia na via adequada, dado que, como aventado no Acórdão n. 986/11, o “carona” obliquamente se traveste em causa de contratação direta em favor da entidade pública aderente, se funcionalizando como dispensa ou inexigibilidade de licitação, não prevista em lei ⁷⁵.

Assim, da mesma forma que o TCE / SC, o TCE /PR exige para conferir legitimidade ao procedimento de adesão à ata de registro de preços a existência de previsão legal expressa, o que ocorre apenas no RDC e na Lei nº 10.191/01, e denota a necessidade de alteração específica na Lei nº 8.666/93.

4.7 Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE / RO)

O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, no Parecer Prévio nº 59/10, entende pela possibilidade de adesão à ata de registro de preços, desde que todas as aquisições ou contratações adicionais (caronas) não excedam a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços, pois segundo aquele Tribunal está e a melhor interpretação que compatibilize o disposto no §3º do art. 8º do Decreto nº 3.931/01 com a Constituição Federal, uma vez que “é ilegal o uso ilimitado das Atas de Registro de Preços, em virtude de concorrer para o malferimento dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública”⁷⁶.

Esse Tribunal, no Acórdão nº 72/2011, entendeu ainda que deve ser observado o porte populacional dos órgãos e entidades gerenciadoras das atas de registro de preço em relação aos órgãos aderentes, a fim de que o carona possua uma escala de demanda menor que a do órgão gerenciador, de modo a serem obtidos benefícios econômicos para o aderente. Destaca-se o seguinte trecho do citado Acórdão, que deu nova redação à alínea “I” do item II do Parecer Prévio nº 59/2010:

I – a prática do ‘carona’ será possível, observado o porte populacional do Ente detentor da Ata, segundo o último censo demográfico

⁷⁵ PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Acórdão nº 1344/11, Relator Conselheiro Hermas Eurides Brandão Diniz. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/acordao-13442011/9566>> Acesso em 12. FEV.13.

⁷⁶ RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Parecer Prévio nº 59/2010 (Processo nº 3.393/2010), Relator Conselheiro Edilson de Sousa Silva. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/Jurisprudencia.aspx>> Acesso em 13. FEV.13.

realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, nas seguintes hipóteses:

I – Adesão vertical de cima para baixo:

- a) Estado de Rondônia/Município de Rondônia: não é possível;
- b) Estado de Rondônia/Município de outro Estado: é possível desde que o detentor da ata possua porte populacional similar ou superior àquele que requer a adesão.

II – Adesão vertical de baixo para cima:

- a) Estado de Rondônia/União: é possível;
- b) Município de Rondônia/União: é possível;
- c) Município de Rondônia/Estado de Rondônia: é possível;
- d) Município de Rondônia/Outro Estado da Federação: é possível.

III – Adesão horizontal:

- a) Município de Rondônia/Município de Rondônia: é possível, desde que o detentor da ata possua porte populacional similar ou superior àquele que requer a adesão;
- b) Município de Rondônia/Município de Outro Estado: é possível, desde que o detentor da ata possua porte populacional similar ou superior àquele que requer a adesão;
- c) Estado de Rondônia/Outro Estado da Federação: é possível, desde que o detentor da ata possua porte populacional similar ou superior àquele que requer a adesão⁷⁷.

Verifica-se, portanto, que o posicionamento do TCE/RO é favorável à figura do carona, devendo as futuras decisões daquela corte contemplar as futuras alterações promovidas na legislação estadual em função da edição do Decreto nº 7.892/13.

4.8 Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE / CE)

O Tribunal de Contas do Estado do Ceará no Processo Consulta nº 0448/2009-0, também, se posicionou favorável a que os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Ceará utilizassem ata de registro de preços de outros órgãos da administração, inclusive ata prorrogada, desde que seja demonstrada a vantagem para a Administração em relação a um novo procedimento licitatório e o atendimento dos princípios da razoabilidade, da impessoalidade e da economicidade⁷⁸. Dessa forma, é provável que a evolução do instituto da adesão, dada pelos Decretos nºs 7. 581/11 e 7.892/13, seja incorporada pelo TCE/CE em suas futuras decisões.

⁷⁷ RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Acórdão nº 72/2011 (Processo nº 1.838/2011), Relator Conselheiro Edilson de Sousa Silva. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/Jurisprudencia.aspx>> Acesso em 13. FEV.13.

⁷⁸ CEARÁ. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Processo nº 0448/2009-0. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br>> Acesso em 30. JAN.13.

Conclusão

A adesão a atas de registro de preços por órgãos e entidades da Administração Pública, não participantes da fase interna do sistema de registro de preços (SRP), apesar de vícios de ordem jurídica apontados por boa parte da doutrina administrativista brasileira, vem se popularizando em todas as esferas de governo dos entes federados.

O presente trabalho buscou analisar o sistema de registro de preços e o procedimento de adesão à ata de registro de preços como procedimentos dinamizadores da Administração Pública voltados para produção de resultados e satisfação do interesse público, uma vez que viabilizam aquisições de bens e contratação de serviços necessários ao poder público de forma rápida e eficiente.

No que tange ao procedimento de adesão à ata de registro de preços verifica-se que a própria evolução normativa do instituto, dada pela Lei nº 12.462/11 e Decreto nº 7.581/11, no RDC, e pelo Decreto nº 7.892/13, no regime da LLC, equaciona grande parte das críticas feitas pela doutrina à luz de princípios da Administração Pública e das licitações.

Da discussão travada pode-se concluir por algumas balizas legitimadoras do procedimento de adesão em cotejo a princípios da Administração Pública.

Sob o prisma do princípio da legalidade o instituto do carona possui melhor conformação quando existe previsão legal específica, tais como na Lei do RDC e na Lei 10.191/01. No entanto, a falta de sua previsão expressa na LLC não macula de ilegalidade os Decretos nº 3.931/01 e 7.892/13, vez que o sistema normativo deve ser analisado no campo de sua juridicidade e não apenas no campo da literalidade da lei, sendo que o instituto do “carona” vai de encontro ao princípio da eficiência, devendo ser ponderado com o princípio da legalidade, vez que ambos possuem o mesmo *locus* constitucional, no art. 37, XXI da CF.

No que tange ao princípio da isonomia entende-se que a limitação normativa do quantitativo global de bens ou serviços, sujeitos à contratação pelos órgãos aderentes, consoante os termos dos Decretos nºs 7.581/11 e 7.892/13, resolve de

forma adequada à lesão ao citado princípio, pois com a fixação dessa quantidade à época da licitação de forma aberta e transparente a todos os interessados, caem por terra eventuais alegações de não oferta da real dimensão da contratação pública a todos os possíveis interessados.

A fixação desse quantitativo resolve de igual modo possível ofensa aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da publicidade, pois apesar de no edital não constarem os nomes dos órgãos aderentes todos os licitantes saberão de antemão que essas contratações não ultrapassarão a quantidade permitida em norma, podendo ainda os fornecedores optar ou não pelo fornecimento / prestação de serviços aos órgãos não participantes.

No que diz respeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas constata-se que a ofensa a esses princípios, apontados pela doutrina, não é provocada apenas pela construção jurídica do instituto da adesão à ata de registro de preços, cuja permissão para sua efetivação requer inclusive a prova da vantagem para a entidade, e sim pelo desvio de poder do administrador público, que se utiliza de meios lícitos para alcançar finalidades diversas ao do interesse público. Ocorre que tal desvio de conduta é passível de ocorrência também nos demais procedimentos de contratação pública, precedidos ou não de licitação pública. Em outras palavras a extinção desse instituto não eliminaria os casos de corrupção nas compras públicas.

Quanto ao princípio da economicidade conclui-se que a evolução normativa dada pelos Decretos nºs: 7.581/11 e 7.892/13 ao instituto da adesão à ata de registro de preços permite apenas a formação de um preço médio pelos licitantes que contemple o quantitativo global sujeito a esse procedimento, sendo que a captura efetiva da economia de escala depende da adoção de modelos que reduzam o preço unitário, quando o quantitativo demandado pela Administração ultrapasse o registrado para o órgão gerenciador e os órgãos participantes.

No âmbito dos Tribunais de Contas Brasileiros, as polêmicas em torno do instituto do carona também têm provocado entendimentos diversos, cujos posicionamentos deverão ser revistos com a recente edição do Decreto nº 7.892/13.

Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. São Paulo: Método, 2010. 954 p.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio: *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 1073 p.

BINS, Laura Menezes. Adesão à Ata de Registro de Preços. *Uma análise crítica à luz da principiologia balizadora da atividade administrativa brasileira: legalidade, isonomia e economicidade*. Disponível em: <www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/.../tcc/.../laura_bins.pdf> Acesso em: 15.JUL.12.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20.MAI.12.

_____. Lei nº 8.666, de 21 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. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 15.MAI.12.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. e Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. 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: 20.MAI.12.

_____. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nos 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória no 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 07.JAN.12.

_____. Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm> Acesso em: 12.JUL.12.

BRASIL. Decreto nº 4.342, de 23 agosto de 2002. Altera dispositivos do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4342.htm> Acesso em: 26.JAN.12.

_____. Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm> Acesso em: 22.AGO.12.

_____. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm> Acesso em: 25.JAN.13.

_____. Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 19, publicado no Diário Oficial da União em 07/04/2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Orientacao>. Acesso em: 08. JAN.13.

_____. Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 20, de 01/04/2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=189181&ID_SITE=>>. Acesso em: 18. JAN.13.

_____. Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 21, de 01/04/2009, alterada pela Portaria AGU nº 572, de 13.12.2011 - publicada no DOU I, de 14.12.2011. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 18. JAN.13.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 966/DF. Relator Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24.SCLA.+E+996.NUME.%29+OU+%28ADI.ACMS.+ADJ2+996.ACMS.%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/b7g88pw>>. Acesso em 31. JAN. 13.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.487/2007 – Plenário, Relator Ministro Valmir Campelo. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 02. FEV. 13.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.233/2012 – Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 04. FEV. 13.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. ver. Ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas, 2012. 1249p.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Direito Administrativo*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, 1234p.

CEARÁ. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Processo nº 0448/2009-0. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br>> Acesso em 30. JAN.13.

DISTRITO FEDERAL. Decreto Distrital nº 22.950, de 08/05/2002. Aprova a aquisições de bens e produtos e dá outras providências. Disponível em: < http://www.tc.df.gov.br/sinj/Arquivo.ashx?id_norma_consolidado=41464> Acesso em: 10.FEV.13.

_____. Decreto Distrital nº 33.662, de 15/05/2012. Dispõe sobre os procedimentos de adesão à ata de registro de preços e de contratação emergencial por órgãos da Administração Direta e Indireta do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.tc.df.gov.br/sinj/Arquivo.ashx?id_norma_consolidado=71331> Acesso em: 10.FEV.13.

_____. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Decisão nº 1806/2006, Relator Conselheiro Antônio Renato Alves Rainha. Disponível em: < <http://www.tc.df.gov.br>>. Acesso em: 07. FEV. 13.

FERNANDES, 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.JUL.2012.

_____. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 804p.

_____. *Sistema de registro de preços – Carona de outras esferas de governo*. IN: Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte, ano 5, n.49, p.6571-6573, jan, 2006.

GOULART, Eliana Leão. *O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, 269p.

GUIMARÃES, Edgar & NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de Preços: aspectos práticos e jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 175p.

HOSHINO, Cássia. *Sistema de Registro de Preços: Aspectos Polêmicos* IN: MARINELA, Fernanda, BOLZAN, Fabrício *et alii*. *Leituras Complementares de Direito Administrativo: Licitações e Contratos*. 1ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, pp. 77-118.

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

JUSTEN FILHO, Marçal, GUIMARÃES PEREIRA, Cesar A. *et alii*. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 489p.

LIMA, Hamilton José Rodrigues de. *A adesão extraordinária à ata de registro de preços: uma análise principiológica sobre sua inconstitucionalidade*. IN: BLC: Boletim de licitações e contratos, v. 24, n. 9, p. 859-882, set. 2011.

MARTINS, Alzimeri. *Quando a carona pode não ser perigosa – Uma proposta de aplicabilidade para a adesão tardia a atas de registro de preços*. IN: Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 216, p. 148-157, fev. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Consulta nº 757978, Relator Conselheiro Substituto Gilberto Diniz. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp?cod_processo=757978> Acesso em 12. FEV.13.

MUKAI, Toshio. *Registro de preços em nível federal. Inconstitucionalidade do art. 8º (figura do 'carona') do Decreto nº 3.931/2001. Possibilitação de cometimento do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93*. Disponível em: <<http://www.governnet.com.br/noticia.php?cod=1484>>. Acesso em 18.FEV.13.

NIERBUHR, Joel de Menezes. *O novo perfil da adesão à ata de registro de preços conforme o acórdão nº 1.233/2012 do tribunal de contas da união*. IN: Revista Zênite: ILC: Informativo de licitações e contratos, v. 19, n. 223, p. 922-930, set. 2012.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Acórdão nº 1344/11, Relator Conselheiro Hermas Eurides Brandão Diniz. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/acordao-13442011/9566>> Acesso em 12. FEV.13.

RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Parecer Prévio nº 59/2010 (Processo nº 3.393/2010), Relator Conselheiro Edilson de Sousa Silva. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/Jurisprudencia.aspx>> Acesso em 13. FEV.13.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Acórdão nº 72/2011 (Processo nº 1.838/2011), Relator Conselheiro Edilson de Sousa Silva. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/Jurisprudencia.aspx>> Acesso em 13. FEV.13.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Decisão nº 3446/2010, Relator Wilson Rogério Wan Dal Herneus de Nadal. Disponível em: <http://servicos.tce.sc.gov.br/processo/index.php?nu_proc=1000095069> Acesso em: 11.FEV.13.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC-020.721/026/11, Relatora Conselheira Substituta Silva Monteiro. Disponível em: <<http://www4.tce.sp.gov.br/content/resultado-da-pesquisa-de-processo?TC=20721-026-11&xNUMERO=020721&xREGIONAL=026&xANO=11>> Acesso em 13. FEV.13.

SARQUIS, Alexandre Manir Figueiredo & CARDOSO RAMOS, Rosimeire da Silva. *A interpretação do TCE/SP para o sistema de registro de preços*. IN: BLC: Boletim de licitações e contratos, v. 25, n. 3, p. 223-232, mar. 2012.

SILVA, Ângelo Henrique Lopes da. *Capturando economias de escala no sistema de registro de preços*. IN: Revista de direito público da economia, v. 9, n. 35, p. 9-30, jul./set. 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela e GARCIA, Flavio Amaral. *Sistema de Registro de Preços – O Efeito “Carona”*. IN: BLC – Boletim de Licitações e Contratos – Março / 2007.

XIMENES, Regina Claudia de Alencar. *O Sistema de Registro de Preços e a Figura do “Carona”: uma análise frente aos princípios da Administração Pública e da Lei de Licitações*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE – PE), v.18, n.18, p.28-52, Jun. 2011. _____