



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA - FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FERNANDO DE ALMEIDA LOPES

**A PARTICIPAÇÃO EXTRAORDINÁRIA EM ATA DE REGISTRO DE
PREÇOS À LUZ DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA**

**BARBACENA
2012**

FERNANDO DE ALMEIDA LOPES

**A PARTICIPAÇÃO EXTRAORDINÁRIA EM ATA DE REGISTRO DE
PREÇOS À LUZ DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Edson Gonçalves Tenório Filho

**BARBACENA
2012**

FERNANDO DE ALMEIDA LOPES

**A PARTICIPAÇÃO EXTRAORDINÁRIA EM ATA DE REGISTRO DE
PREÇOS À LUZ DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Edson Gonçalves Tenório Filho
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Luiz Carlos Rocha de Paula
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Rafael Francisco de Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico este Trabalho de Conclusão de Curso a Deus, meu maior inspirador, a minha família, que sempre me incentivou nos momentos difíceis, aos companheiros acadêmicos, e aos professores, que, clareando o meu pensamento, habilitaram-me a mais esta conquista.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por sua eterna presença em minha vida, concedendo-me saúde e possibilidade de aprender algo novo a cada dia.

Agradeço também aos meus pais, Irene e Fernando, por dedicarem suas vidas a mim e aos meus irmãos.

Agradeço a minha esposa, Luciana, aos meus irmãos, amigos, professores, e, em especial, ao meu orientador Edson Gonçalves Tenório Filho, que sempre se dispôs a compartilhar seu conhecimento sobre o assunto.

A todos que de alguma forma contribuíram para a concretização desta vitória, registro o meu sincero agradecimento.

RESUMO

As profundas transformações experimentadas pelo Estado brasileiro, notadamente nas duas últimas décadas, exigem a construção de um novo modelo de desenvolvimento. Daí a constante preocupação em se modernizar a Administração Pública, que deve ser munida com instrumentos aptos e eficazes que lhe permitam a prestação adequada da enorme gama de serviços públicos que lhe são confiados. Sabe-se que para cumprir suas atividades o Poder Público muitas vezes recorre à iniciativa privada para contratar bens que não produz, serviços que não executa e obras que não realiza, fazendo-o por meio do procedimento denominado licitação. Nesse contexto, este estudo tem por objetivo elucidar as peculiaridades do procedimento relativo à “Participação Extraordinária em Ata de Registro de Preços”, a qual, aliada ao Sistema de Registro de Preços, tem se mostrado eficaz em face dos contingenciamentos decorrentes da situação econômico-financeira do Estado. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica que evidencia os aspectos legais do novel procedimento da participação extraordinária em ata de registro de preços, também conhecida por adesão ou carona, inserida no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto Federal nº 3.931/01, ato normativo autônomo que colocou em confronto os princípios da legalidade e da eficiência. Nessa esteira, a validade desse novel procedimento será analisada à luz de suas peculiaridades e das controvérsias que o permeiam, levando-se em conta que ele constitui meio hábil e eficiente para a contratação de bens e serviços comuns. Portanto, este trabalho pretende municiar os gestores públicos com informações que auxiliem na tomada de decisão, considerando os inúmeros embates em torno da validade das contratações governamentais por meio de adesão, e que também auxiliem na formulação de políticas e diretrizes de gestão de recursos orçamentários.

Palavras-chave: Licitação. Participação extraordinária em ata de registro de preços. Validade. Legalidade. Eficiência.

ABSTRACT

The profound transformations experienced by the Brazilian state, especially in the last two decades, requiring the construction of a new development model. Hence the constant concern to modernize public administration, which should be provided with suitable and effective tools that will enable the provision of adequate huge range of public services entrusted to it. We know that to meet its activities the Government often uses the private sector to hire that does not produce goods, services and works that do not run that does not perform, making it through the bidding procedure called. In this context, this study aims to elucidate the peculiarities of the procedure for "Outstanding Participation in Minutes Record Prices," which, coupled with the System Registry Price, has been proven effective in the face of contingencies arising from the economic-financial state. It is a literature that reflects the legal aspects of the novel procedure of the extraordinary participation in the minutes of record prices, also known as hitchhiking or accession, entered the national laws through the Federal Decree No. 3.931/01, normative act standalone that put it at odds with the principles of legality and efficiency. On this track, the validity of this novel procedure will be examined in the light of its quirks and controversies that permeate it, taking into account that he is skilled and efficient means for the procurement of goods and common services. Therefore, this work aims to equip managers with public information to aid in decision making, considering the numerous conflicts around the validity of government contracting through accession, and also assist in the formulation of policies and guidelines for management of budgetary resources.

Key Words: Bidding. Participation in the minutes of extraordinary record prices. Validity. Legality. Efficiency.

ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

SRP – Sistema de Registro de Preços

ARP – Ata de Registro de Preços

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	17
2	LICITAÇÃO.....	19
2.1	Conceito.....	20
2.2	Princípios informativos.....	20
2.3	Modalidades.....	22
2.3.1	Concorrência.....	22
2.3.2	Tomada de Preços.....	22
2.3.3	Convite.....	23
2.3.4	Concurso.....	23
2.3.5	Leilão.....	23
2.3.6	Pregão: a nova, célere e eficiente modalidade.....	24
3	SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS.....	29
3.1	Fundamentos.....	29
3.2	Ata de Registro de Preços.....	31
3.3	Vantagens.....	32
4	PARTICIPAÇÃO EXTRAORDINÁRIA EM REGISTRO DE PREÇOS.....	35
4.1	Conceito.....	35
4.2	O posicionamento doutrinário.....	36
4.3	O posicionamento jurisprudencial.....	39
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
	REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

As exigências que a sociedade brasileira impõe aos administradores públicos, visando à aplicação responsável dos recursos públicos, direcionam as atividades administrativas para a adoção urgente de procedimentos eficientes e transparentes que atendam às demandas públicas.

Para que Administração Pública possa funcionar adequadamente e alcançar seus objetivos, às vezes ela recorre à iniciativa privada para contratar bens que não produz, serviços que não executa e obras que não realiza, fazendo-o por meio do procedimento denominado licitação, instituto previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, o qual determina a adoção de procedimentos licitatórios por todos os entes públicos. A Lei nº 8.666/93 regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição, instituindo normas sobre licitações e contratos celebrados pelo Poder Público.

A evolução tecnológica e a mudança de conceitos na administração a partir do modelo gerencial tornaram necessária a adequação dos procedimentos de aquisição que viabilizassem a agilidade e eficiência no atendimento das demandas públicas. Nesse contexto, surgiram normas visando à adequação dos procedimentos à realidade nacional, a exemplo da Lei nº 10.520/02, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, cujo art. 11 permite a utilização do Sistema de Registro de Preços (SRP) previsto pelo art. 15, II, da Lei nº 8.666/93.

Esse novo instrumento, o sistema de registro de preços, revelou-se célere, eficiente e econômico para a aquisição de bens e serviços comuns.

Porém, no ano de 2008 os órgãos de controle interno do Poder Executivo e o Tribunal de Contas da União, órgão vinculado ao Poder Legislativo e que tem por função a fiscalização do Orçamento Federal, ficaram alarmados com o total de contratações oriundas do sistema de registro de preços, ao verificarem que muitos órgãos e entidade responsáveis pela execução orçamentária realizavam a aquisição de bens e serviços comuns valendo-se do procedimento administrativo simplificado denominado “participação extraordinária” ou “carona”, consistente na adesão do interessado às Atas de Registro de Preços de outras entidades e órgãos públicos, mediante simples autorização do fornecedor e do gestor da ata.

A partir de então, houve vários pronunciamentos e decisões questionando a validade da adesão, que ficou conhecida como participação extraordinária ou carona. Não há dúvida que esse assunto gera insegurança jurídica e torna mais difíceis as decisões do administrador público, mormente porque evidencia um aparente conflito entre os princípios da celeridade e da validade do procedimento de adesão.

Diante das controvérsias que envolvem o tema proposto, questiona-se: pode o administrador público aderir à ata de registro de preços de outro órgão ou entidade, primando pela eficiência do serviço público, sem ofender a legislação pátria?

O presente estudo mostra-se relevante para os gestores públicos, pois contribuirá para a elucidação da questão, de modo a possibilitar uma tomada de decisão consciente por parte dos responsáveis pela gestão de recursos públicos, afastando a insegurança que os aflige em face das controvérsias decorrentes das várias interpretações sobre a matéria.

Para solucionar a questão far-se-á um estudo sistemático da legislação que disciplina o pregão à luz dos princípios que informam a licitação e das orientações jurisprudenciais e doutrinárias.

Nessa ordem, para facilitar a apresentação e a compreensão do tema, discorrer-se-á sobre a licitação, seus princípios e modalidades, entre as quais o pregão, novel modalidade licitatória utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns, independentemente do valor da contratação, para então passar-se à análise do sistema de registro de preços, com ênfase aos seus fundamentos e vantagens.

Finalmente, analisar-se-á a questão da participação extraordinária em registro de preços, conhecida como “carona”, a partir da legislação pátria e posicionamentos doutrinário e jurisprudencial, o que habilitará o leitor a responder aos seguintes questionamentos:

— “há fundamentos para concluir-se pela impossibilidade jurídica da prática da adesão à ata de registro de preços?”;

— “o gestor que se vale da adesão à ata de registro de preços infringe a legislação e os princípios que norteiam as atividades administrativas?”.

Na verdade, a busca pela melhoria na eficiência da máquina administrativa tem-se revelado um grande desafio enfrentado pela sociedade brasileira e, nesse cenário, sem qualquer pretensão de esgotar o tema em face de sua complexidade, este breve estudo procura apenas pontificar as notas básicas que em torno dele gravitam, a partir da análise da participação extraordinária em Ata de registro de Preços como ferramenta de eficiência e economicidade que contribui para a maximização dos resultados, de modo a possibilitar uma tomada de decisão segura e baseada na mais moderna orientação legal, doutrinária e jurisprudencial.

2 LICITAÇÃO

Extrai-se das preleções de Maurano (2012) que o instituto da licitação foi introduzido no Direito Público brasileiro pelo Decreto nº 2.926 de 14/05/1862, instrumento que regulamentava as arrematações dos serviços então a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Posteriormente, o procedimento licitatório foi consolidado no âmbito federal pelos arts. 49 a 53 do Decreto nº 4.536 de 28/01/1922, ato administrativo normativo que organizou o Código de Contabilidade da União.

Contudo, a primeira sistematização do procedimento licitatório deu-se através dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 200 de 25/02/1967, com a fixação das diretrizes da reforma administrativa federal, cujas normas referentes às licitações foram estendidas aos Estados e Municípios por meio do art. 1º da Lei n.º 5.456 de 20/06/1968.

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 2.300 de 21/11/1986 consolidou a matéria com a instituição do Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.

Finalmente, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 as licitações e contratos administrativas ganharam projeção constitucional pelo art. 37, XXI, dispositivo que obriga que todas obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública.

Predito dispositivo foi infraconstitucionalmente regulamentado pela vigente Lei nº 8.666 de 21/06/1993, que instituiu normas gerais sobre licitações e contratos para o Poder Público, prevendo como modalidades licitatórias a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão (art. 22).

Recentemente foi editada a Lei nº 10.520 de 17/07/2002, diploma que estendeu a modalidade licitatória denominada pregão a toda a administração pública da federação, destinada à aquisição de bens e serviços comuns.

Anote-se, como informação, que além dessas modalidades de licitação existe outra, denominada consulta, utilizável apenas pelas agências reguladoras, prevista pela Lei nº 9.472 de 16/07/1997 para a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (art. 54, parágrafo único) e pela Lei nº 9.986 de 18/07/2000 para as demais agências reguladoras (art. 37).

2.1 Conceito

No exercício de sua função precípua, visando a alcançar o interesse público prevalente, a Administração Pública adquire bens e contrata serviços de terceiros. Para tanto, submete-se ao procedimento administrativo-constitucional denominado licitação, previsto no art. 37, XXI, da Carta Política, pelo qual “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...]”.

Ressalte-se que o poder constituinte gravou constitucionalmente o termo licitação, evidenciando a importância desse instituto para o Estado como instrumento útil e hábil para a efetivação das políticas públicas e demais objetivos de interesse coletivo.

Contudo, somente com a publicação da Lei 8.666 de 21/06/1993 o art. 37 da Constituição Federal foi regulamentado. Essa lei instituiu normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, positivando seus princípios e seu caráter procedimental para as contratações a serem efetivadas pelo Poder Público.

Evidenciando a licitação como um procedimento administrativo, Justen Filho (2005, p.11) assim a conceitua:

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados, com observância de todos os requisitos legais exigidos.

Segundo Mello (2006 apud MENDES, 2008, p.840) a licitação “estriba-se na ideia de competição a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem a assumir”.

2.2 Princípios informativos

Com a maestria que lhe é peculiar, Mello (2006, p. 912/913) conceitua princípio da seguinte forma:

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

O art. 3º da lei 8.666/93 dispõe expressamente que o procedimento licitatório será informado pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Em síntese, pelo princípio da legalidade em suas contratações a Administração não possui autonomia de vontade ou plena liberdade para praticar seus atos, pois está vinculada à ordem jurídica, o que preserva o interesse público.

O princípio da impessoalidade orienta que os atos administrativos nas contratações não devem ser em praticados em razão das pessoas envolvidas, constituindo, por assim dizer, um desdobramento da legalidade.

O princípio da moralidade recomenda que a conduta administrativa deve pautar-se pelos valores da honestidade, probidade e boa administração.

O princípio da igualdade ou isonomia exige que a Administração trate igualmente todos os licitantes interessados em suas contratações, garantindo a igualdade de oportunidade.

O princípio da publicidade obriga a Administração a divulgar oficialmente seus atos, propiciando o conhecimento da conduta de seus agentes nas contratações.

Do princípio da probidade administrativa exsurge a necessidade de retidão do procedimento licitatório pela prática de atos honestamente voltados para a consecução de objetivos de interesse público.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório indica que a Administração deve limitar-se às regras que estabeleceu para determinada contratação.

Finalmente, o princípio do julgamento objetivo orienta que a decisão do administrador em uma licitação deve ser objetiva, ou seja, utilizará critérios previamente definidos e conhecidos por todos, afastando a discricionariedade.

Observa-se com extrema clareza, pelos princípios acima descritos, a importância com que o legislador federal vetorou a Administração Pública na sua atividade de contratação de bens e serviços.

Segundo Mendes (2008), como o objetivo da licitação é servir o interesse público, constitui seu pressuposto jurídico que constitua ela o meio idôneo para atingir a finalidade pública a que se propõe. Isso porque a licitação não é um fim em si mesmo, mas meio para que se atinja um resultado.

2.3 Modalidades licitatórias

São modalidades de licitação previstas no art. 22 da Lei 8.666/93 a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e leilão, cada qual com suas peculiaridades.

2.3.1 Concorrência

A definição desta modalidade está estampada no § 1º do art. 22 da Lei de Licitações, segundo o qual “Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”.

Essa modalidade destina-se às contratações de maior vulto e deve ser utilizada quando a estimativa de aquisição de bens ou serviços for superior a R\$ 650.000,00 (art. 23, II, “c”), ou, em se tratando do caso de obras e serviços de engenharia, a contratação estimada ficar acima de R\$ 1.500.000,00 (art. 23, I, “c”).

O § 3º do art. 23 da Lei 8.666/93 evidencia como hipóteses de obrigatória utilização da concorrência as compras e alienações de bens imóveis, as licitações internacionais e as concessões de direito real de uso, qualquer que seja o valor do objeto dessas contratações.

2.3.2 Tomada de Preços

O § 2º do art. 22 da Lei 8.666/93 dispõe que “Tomada de Preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

Essa modalidade é cabível nas aquisições de bens e serviços cuja estimativa de valor esteja compreendida entre R\$ 80.000,00 e R\$ 650.000,00 (art. 23, II, “b”), ou, em se tratando de obras e serviços de engenharia, até R\$ 1.500.000,00 (art. 23, I, “b”).

Contudo, além da observância desses limites pecuniários, exige-se o cadastramento prévio dos interessados, cujo objetivo é a certificação de sua idoneidade perante o Poder Público. Assim, o interessado não devidamente cadastrado ou o que tiver restrições em seu cadastro deverá comprovar o preenchimento dos requisitos até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas, para assim assegurar sua participação no certame.

2.3.3 Convite

A Lei de Licitações define o convite no § 3º do seu art. 22 da seguinte forma:

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Trata-se de modalidade cabível nos procedimentos licitatórios visando a aquisição de bens e serviços cuja estimativa de valor seja limitada até R\$ 80.000,00 (art. 23, II, “a”), ou, em se tratando de obras e serviços de engenharia, até R\$ 150.000,00 (art. 23, I, “a”).

Nesse procedimento licitatório o legislador primou pela simplicidade e agilidade, visando à eficiência nas compras de pequeno vulto pela Administração Pública.

2.3.4 Concurso

A modalidade licitatória do concurso é assim definida no § 4º do art. 22 Lei 8.666/93:

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Como orienta Justen Filho (2006, p. 329), sua aplicação é restrita à hipótese em que a Administração Pública pretende adquirir “trabalho técnico ou artístico, exteriorizador de habilidade físico-intelectual ou revelador de certas capacidades personalíssimas, seja para fins de incentivo ao desenvolvimento cultural, seja para a obtenção de resultado prático imediato”.

2.3.5 Leilão

Como se extrai do art. 22, § 5º, da Lei nº 8.666/93, “Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis à administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação”.

Pode-se afirmar que constitui característica de todas modalidades licitatórias até agora estudadas a morosidade que a lei impôs ao definir os atos administrativos necessários ao seu trâmite, uma verdadeira burocratização excessiva, o que se agrava nas licitações de grande vulto, pois, quanto maior o valor do objeto a ser licitado, menor a celeridade procedimental.

Dessa forma, durante quase uma década, as modalidades licitatórias tradicionais ora arroladas foram usadas numa infinidade de contratações públicas nas esferas federal, estadual e municipal.

Durante esse período o administrador público vivenciou a aridez da manutenção dos serviços de interesse coletivo diante das exigências da Lei de Licitações, muitas vezes confusas e lacunosas, de modo que a doutrina procurou interpretá-la e preencher-lhe as omissões, com entendimentos que muitas vezes dificultava sua aplicação.

Os órgãos de controle interno e externo, especialmente os Tribunais de Contas, perseguiram aqueles que encontravam na lei a possibilidade de auferir ganhos ilícitos.

Comprovou-se, ao longo desse tempo, que as contratações públicas eram burocráticas, ineficientes, vulneráveis e incapazes de viabilizar celeremente a consecução dos interesses públicos, de maneira que evidenciou-se a necessidade de modificações que propiciassem a efetivação de melhoria procedimental nas contratações de interesse público, o que deu surgimento ao pregão.

2.3.6 Pregão: a nova, célere e eficiente modalidade

Sabedor da morosidade dos processos licitatórios e do reclamo das entidades e órgãos públicos que demandavam inovações visando à agilidade em suas contratações, o Governo Federal introduziu no ordenamento jurídico pátrio a modalidade licitatória “pregão” por meio da Medida Provisória nº 2.026 de 04/05/2000, inicialmente restrito à esfera federal.

Somente em 17/07/2002 com a conversão da Medida Provisória nº 2.026/02 na Lei nº 10.520 o pregão foi consagrado como modalidade de licitação aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Atualmente, dois atos normativos regulamentam a Lei nº 10.520/02, que instituiu o pregão, o Decreto Federal nº 3.555/00, que trata do pregão na modalidade presencial, e o Decreto Federal nº 4.450/05, que cuida do pregão na modalidade eletrônica ou virtual.

A propósito, Fernandes (2011, p. 475) assim define o pregão:

[...] o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando à execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances sucessivos.

Essa definição em cotejo com a Lei nº 10.520/02 permite a identificação das seguintes e principais características do pregão:

a) trata-se de modalidade de licitação destinada ao fornecimento de bens ou serviços de natureza comum, ou seja, o objeto da licitação deve possuir características usuais de mercado, sem complexidade, podendo ser facilmente descrito e compreendido pela simples leitura do edital; desta forma o legislador eliminou a possibilidade de contratação de obras e serviços de engenharia de natureza complexa;

b) possibilidade de os licitantes poderem oferecer lances sucessivos, reduzindo o valor de suas propostas originais e das dos demais concorrentes; essa inovação distinguiu o pregão das demais modalidades, permitindo a redução de custos e a consequente economia de recursos públicos;

c) o tipo de licitação é definido como o de menor preço;

d) inversão entre as fases habilitação e julgamento, de modo que primeiramente há o julgamento e posteriormente a habilitação: nas modalidades convencionais, examina-se previamente a documentação jurídica, fiscal e contábil dos licitantes a fim de verificar o preenchimento dos requisitos previstos no edital como condicionantes ao exame das propostas; no pregão examinam-se as propostas dos interessados e, ato contínuo, somente os documentos de habilitação do licitante vencedor, detentor do menor preço.

e) redução das fases recursais: nas demais modalidades há no mínimo duas fases que possibilitam os licitantes recorrerem dos atos da administração; no pregão o momento para impetrar recursos é único e apenas ao final do certame, quando o pregoeiro declara o licitante vencedor.

O pregão consolidou-se como instituto capaz de reduzir custos, otimizar recursos humanos e agilizar as aquisições pelas entidades públicas.

Com a publicação do Decreto nº 5.450/2005 o Governo Federal tornou o pregão eletrônico a forma preferencial para compras de bens e serviços de natureza comum.

Prosseguindo em sua preleção, Fernandes (2011, p. 479) evidencia com dados a economicidade obtida a partir do pregão:

No ano de 2008 a modalidade respondeu por R\$12,2 bilhões (73,7%) do valor de bens e serviços comuns licitados e por 33.972 processos de compra (79,4%) dos procedimentos. Os bens mais comprados nesse período foram medicamentos e artigos para uso médico, dentário e veterinário, correspondendo ao valor de 1,6 bilhão (19%) do valor gasto com essas compras. Os serviços comuns mais contratados pela modalidade foram os de suporte, representando 14% (R\$489,3 milhões) dos valores despendidos para as essas contratações. Já no exercício de 2010 as aquisições pela modalidade fecharam na cifra de R\$26,2 bilhões, ou 46% do total de compras governamentais, representando uma economia de R\$7,1 bilhões ao executivo federal. Nos últimos 8 anos a economia gerada para os cofres públicos foi de R\$19,6 bilhões, como resultado da diferença entre o valor de referência dos produtos que a leilão e o que é efetivamente pago pelo governo.

A oportunidade propiciada pelo pregão eletrônico aos licitantes é muito superior àquela possibilitada pelo pregão presencial. Essa afirmação pode ser ratificada, por exemplo, no caso ficto de uma licitação destinada à aquisição de gêneros alimentícios para determinada escola pública no interior do estado de Minas Gerais. Sob a forma presencial, exigir-se-ia das empresas interessadas o envio de no mínimo um representante à localidade onde se situa o órgão promovedor do pregão. Sabe-se da existência de milhares de empresas do ramo que poderiam interessar-se pelo objeto da citada licitação. Contudo, a exigência da presença para participação, por si só, elimina a maior parte dos eventuais competidores, limitando-se àqueles próximos da localidade da escola.

Por outro lado, se o mesmo certame fosse promovido sob a forma eletrônica, as empresas interessadas não precisariam enviar representantes para participar da licitação, pois todo o procedimento seria realizado virtualmente, ocupando apenas um computador com acesso à *Internet*, por meio do qual a empresa licitante, previamente cadastrada, ofertaria seus lances e receberia orientações do pregoeiro por meio de mensagens via *chat*.

Outro aspecto interessante a destacar é a possibilidade de se contratar serviços de engenharia, quando simples e de baixa complexidade, por meio de pregão. Essa questão controversa ocasionou inúmeros debates no meio jurisprudencial e doutrinário.

Após anos de conflitos o Tribunal de Contas da União resolveu a questão por meio da Súmula nº 257/2010, segundo a qual “o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”.

Pode-se afirmar que após praticamente uma década de contratações operadas pelas modalidades tradicionais de licitação previstas na Lei nº 8.666/93 o governo federal conseguiu instituir uma nova modalidade licitatória concebida precipuamente nos princípios da isonomia e eficiência, garantindo às contratações governamentais agilidade e economia: o pregão.

Percebeu-se, contudo, que o sucesso e a eficiência do pregão ainda eram restritos, pois embora tenha representado um avanço como modalidade licitatória, a Administração Pública, alvo de severos e sucessivos cortes e contingenciamentos orçamentários, via-se obrigada a efetivar as contratações dele decorrentes, a teor da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

[...]

Portanto, com fulcro nesses dispositivos legais, ao promover uma licitação o Poder Público gera no licitante uma expectativa de direito à contratação, não podendo modificar seus contratos conforme sua disponibilidade orçamentária, sob o risco de frustrar os legítimos interesses dos contratados e responder por eventuais danos.

Por isso, a Administração ainda carecia de um instrumento apto a flexibilizar suas contratações em razão dos diversos e instáveis cenários que a conjuntura globalizada e a ordem econômico-financeira impunham aos orçamentos públicos, óbices que seriam superados com a implementação do Sistema de Registro de Preços (SRP), instituto previsto pelo art. 15, II, da Lei de Licitações.

3 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Apesar de o pregão imprimir eficiência nas contratações, ele não atendeu às demandas da Administração, pois a Lei de Licitações estabelece restrições à anulação e à revogação dos procedimentos licitatórios, dificultando o bom desenvolvimento das atividades administrativas, de sorte que nesse contexto implementou-se o Sistema de Registro de Preços (SRP) como instrumento capaz de viabilizar a efetividade nas contratações públicas, como se depreende de seus fundamentos e peculiaridades adiante analisados.

3.1 Fundamentos

O Sistema de Registro de Preços não constitui novidade no direito brasileiro, pois seus fundamentos foram introduzidos na ordenamento jurídico pelo Decreto nº 4.536/22, o antigo Código de Contabilidade da União.

O Decreto-Lei n.º 2.300/86, diploma legal que antecedeu a Lei Federal nº 8.666/93, já estabelecia em seu artigo 14, II, que “as compras, sempre que possível e conveniente, deverão ser processadas através de sistema de registro de preços”.

A Lei Federal nº 8.666/93 manteve tal disposição, como se constata no dispositivo abaixo com nossos realces:

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

[...]

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

[...]

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano.

§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

§ 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado. § 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

Por sua vez, a Lei Federal nº 10.520/02, instituidora do pregão, expressamente admitiu o uso do sistema de registro de preços nessa nova modalidade licitatória, como se observa nos dispositivos abaixo com nossos destaques:

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

No âmbito federal, regulamentando esse dispositivo legal, a União expediu o vigente Decreto nº 3.931/01, posteriormente alterado pelo Decreto nº 4.342/02.

Dando importante contribuição doutrinária para o correto entendimento do SRP, Niebuhr preleciona que:

[...] 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 ano. (GUIMARÃES, 2008, p. 25)

Também com propriedade e exatidão Fernandes (2011, p. 30) assim o conceitua:

[...] é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão *sui generis*, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração.

Desse conceito pode-se extrair as características fundamentais do SRP: (1ª) o caráter de procedimento especial de licitação que não gera imediatamente o direito à contratação entre as partes; (2ª) pode ser efetivado por concorrência ou pregão, o que amplia a competição entre interessados, pois essas modalidades possuem a maior publicidade e para elas não há limite de valores; (3ª) a nota mais singular do SRP, a eventual e futura contratação, possibilita que a Administração adquira ou não o objeto licitado, registrado na respectiva Ata de Registro de Preços com validade de um ano, conforme o interesse público ou situação financeira vigente.

Como se observa, o sistema registro de preços é o procedimento licitatório destinado a selecionar a melhor proposta para futuras e eventuais contratações de bens e serviços, as quais, dentro do período de um ano, poderão vir a ser realizadas por repetidas vezes, residindo

aí a principal diferença do SRP para as demais modalidades de licitação: a não obrigatoriedade de aquisição dos bens ou serviços registrados.

Portanto, o SRP é instrumento eficaz, cujo objetivo é a escolha e consolidação das propostas mais vantajosas para a Administração em Ata de Registro de Preços (ARP), instrumento que registra o resultado da licitação e vincula os licitantes.

3.2 Ata de Registro de Preços

O Sistema de Registro de Preços compreende três grandes etapas: licitação, ata de registro de preços e contratação.

A primeira etapa, a licitação, como salientado anteriormente, opera-se por meio das modalidades concorrência e, mais comumente, pregão, para bens e serviços considerados de natureza comum.

A ata de registro de preços (ARP) é o instrumento jurídico que indica o resultado da licitação, vinculando o licitante vencedor e a Administração a eventual e futura contratação, como determina o art. 1º, II, do Decreto nº 3.931/01, abaixo transcrito com nossos realces:

Art. 1º As contratações de serviços e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços, no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto.(Redação dada pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)

Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I - Sistema de Registro de Preços - SRP - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras;(Redação dada pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)

II - Ata de Registro de Preços - documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;

III - Órgão Gerenciador - 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; e

IV - Órgão Participante - órgão ou entidade que participa dos procedimentos iniciais do SRP e integra a Ata de Registro de Preços.

Desse ato regulamentar exsurtem as seguintes características da ARP, como previsto no instrumento convocatório, o edital: (1ª) documento que vincula a Administração e o

vencedor da licitação; (2^a) produção de obrigações entre as partes licitantes; (3^a) a existência de preços registrados a serem observados e cumpridos pelo prazo de um ano.

Ressalte-se que a ARP produz obrigações de modo unilateral apenas para o vencedor da licitação, a mais importante delas a de fornecer os bens ou prestar os serviços na quantidade e no tempo de interesse da Administração.

Nessa esteira, Guimarães (2008, p. 83) assevera com nossos grifos que:

[...] o signatário da ata de registro de preços assume para com a administração o compromisso de contratar com ela o objeto consignado na ata de registro de preços, nas condições e preços oferecidos durante a licitação, dentro do prazo de validade dela. **A Administração, assinada a ata de registro de preços, contrata se quiser, na quantidade que quiser, dentro do que foi fixado no edital, de acordo com as condições e preço obtidos na licitação, dentro do prazo de validade da ata de registro de preços.**

Pode-se concluir que a natureza jurídica da ARP é pré-contratual, sem se confundir com contrato, pois a ARP o precede. Em procedimento comum de licitação, não envolvendo registro de preços, os órgãos públicos lançam seus editais definindo os bens ou serviços de que necessitam e após obtida a proposta mais vantajosa, adjudicam o objeto ao licitante vencedor e com ele normalmente celebram de imediato o contrato.

No SRP, entre a licitação e o contrato há obrigatoriamente a ARP com os parâmetros para as futuras contratações pela Administração. Importante aspecto a destacar é a validade da ata, sendo que o art. 15, § 3º, III, da Lei nº 8.666/93 prescreve que o regulamento do registro de preços deve observar que a validade da ata não poderá ser superior a um ano.

Consoante o art. 4º do Decreto nº 3.931 é permitida a prorrogação da validade da ata, desde que o período total de vigência não ultrapasse 12 meses.

Porém, não se deve confundir o prazo de validade da ata com o prazo de vigência do contrato, os quais podem não coincidir, sendo juridicamente possível a celebração de contrato por meio de ata que esteja em seu último dia de vigência e o contrato vigorar por até 60 ou 48 meses partir de então, mediante prorrogações, com base no art. 57, II e IV, da Lei nº 8.666/93.

Pode-se afirmar sem qualquer dúvida que atualmente, por sua versatilidade, o Sistema de Registro de Preços é a mais eficiente forma viabilizadora das contratações públicas.

3.3 Vantagens

O sistema registro de preços apresenta inúmeras vantagens para o Poder Público e, mesmo não resolvendo todos os problemas da Administração, imprimiu maior agilidade e flexibilidade aos procedimentos de aquisição e, conseqüentemente, trouxe maior efetividade no atendimento das demandas das diversas entidades e órgãos governamentais.

Diante disso, o administrador constatou a possibilidade de melhoria substancial no gerenciamento de seus processos com a implantação do Sistema de Registro de Preços, razão pela qual esse sistema tornou-se reconhecidamente útil e eficaz entre os gestores, podendo-se indicar como suas principais vantagens as seguintes particularidades:

a) **desnecessidade de recursos orçamentários**: nas licitações convencionais há necessidade de prévia dotação orçamentária para que a entidade promova o certame. Essa exigência decorre da Lei Complementar nº 101 de 04/05/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, obrigando que os administradores planejem suas despesas de forma que essas não ultrapassem suas receitas. Porém, em um cenário de contingenciamento orçamentário, os órgãos encontram inúmeras dificuldades no atendimento de demandas, haja vista a impossibilidade legal de lançarem seus editais, ora em virtude da inexistência de recursos, ora porque estes foram contingenciados. Não há planejamento que possa adequar-se e subsistir a essa infeliz realidade nacional. O SRP viabiliza o lançamento de editais de licitação pelas entidades públicas sem ofensa à Lei de Responsabilidade Fiscal, pois o objetivo do certame é o registro de preços para futuras e eventuais contratações, que poderão ser efetivadas dentro do prazo de validade da ata que é de no máximo um ano. Dessa forma, a flexibilidade proporcionada com a implantação do SRP possibilita maior efetividade nas aquisições, num cenário de dificuldades orçamentárias, cujos repasses fogem à esfera de controle dos gestores públicos.

b) **atendimento imediato de demandas**: com a ata vigente, surgindo determinada necessidade de bens ou serviços, o gestor pode contratar de imediato e solicitar ao fornecedor ou prestador de serviço a sua execução, com o atendimento da demanda em poucos dias, sendo que até então, pelas licitações convencionais, as necessidades dariam início ao moroso procedimento licitatório que poderia demorar meses até a satisfação das necessidades.

c) **diminuição do fracionamento do objeto ou de despesa**: considerado a mais comum irregularidade entre os gestores públicos, o fracionamento do objeto da licitação, consistente no seu fracionamento em vários certames de modalidade inferior, quando o correto seria integralizar o objeto por meio de modalidade superior em termos de valor. Por

exemplo, ao invés do administrador adquirir determinado objeto por meio de uma tomada de preços, ele faz a aquisição por meio de vários convites, dividindo o objeto em diversas parcelas. Com a adoção do SRP e possuindo o preço do objeto registrado em ARP, a Administração poderá adquiri-lo parcelada ou de uma única vez, sem se preocupar com valores e sem correr o risco de fracionamento de despesa, já que o SRP se opera por meio de pregão ou concorrência, modalidades que admitem contratos de qualquer valor ou monta.

d) **redução do número de licitações**: havendo um sério planejamento por parte da Administração, o SRP permite uma considerável redução no número de licitações a serem empreendidas. Suponha-se que determinado município tenha que adquirir gêneros alimentícios para sua rede escolar. Caso ele optasse pelas modalidades convencionais, certamente teria que efetuar inúmeras licitações durante o ano para atendimento dessa necessidade. Contudo, optando pelo SRP, o município poderá consolidar as necessidades de todas as escolas de sua rede e processar apenas um pregão, visando ao registro de preços para o eventual e futuro fornecimento de gêneros alimentícios. Portanto, é inquestionável a racionalização de meios que o SRP oferece ao Poder Público, quando considerado o universo de bens e serviços necessários à manutenção de suas atividades, como material de expediente, limpeza, infraestrutura, medicamentos, peças de viaturas etc.

e) **diminuição dos gastos com licitação**: com a redução do número de licitações há a conseqüente diminuição dos gastos necessários à sua realização.

f) **melhor gerenciamento de estoques**: com a facilidade de se adquirir bens imediatamente por meio da ata de registro de preços, houve a racionalização de estoques, pois a Administração tornou seus controles de estoques mais efetivos, reduzindo o capital imobilizado pela redução de volumes de estoques, com economia de pessoal e espaço. A perda com estocagem de bens perecíveis sempre atormentou a contabilidade, contudo, com o advento do SRP, os estoques são gerenciados com o menor desperdício possível, graças à reposição de estoques, objetivando o *just in time*.¹

g) **participação extraordinária, carona ou adesão**: a possibilidade de outros órgãos e entidades que não promoveram a licitação pelo SRP utilizarem a ARP, representa, certamente, a maior vantagem e constitui a maior polêmica envolvendo o SRP.

¹ *Just in time* é expressão utilizada para designar a técnica de administração para redução de custos de produção e de estocagem, a qual determina que nada deve ser produzido, transportado ou comprado antes da hora certa.

3.4 Divergências quanto à uso da participação extraordinária

Porém, apesar dos benefícios elencados, o que para muitos significa uma opção inteligente e eficaz de aquisição, para outros a participação extraordinária (carona ou adesão) em licitações promovidas por outros órgãos e entidades constitui ofensa à Constituição.

Contudo, as razões dessas divergências no âmbito doutrinário e jurisprudencial serão especialmente estudadas adiante, pois constitui o a questão nuclear deste trabalho.

4 PARTICIPAÇÃO EXTRAORDINÁRIA EM REGISTRO DE PREÇOS

A participação extraordinária em registro de preços, também conhecida como adesão à ata ou carona, constitui um ponto de tormenta em que se debruçam doutrinadores, julgadores e aplicadores da legislação relativa às licitações públicas.

Porém, para possibilitar que o leitor elabore sua opinião, passa-se ao estudo desse tema polêmico — participação extraordinária, adesão ou carona — a partir de seu conceito e das razões fáticas e jurídicas divergentes.

4.1 Conceito

Entre as inovações introduzidas pelo Decreto n.º 3.931/01, destaca-se a possibilidade de utilização da ARP, durante sua vigência, por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, como se constata nos dispositivos adiante transcritos com nossos destaques:

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)

Portanto, com base no predito ato normativo, qualquer entidade ou órgão público que não tenha participado do processo licitatório, ou seja, que não se tenha vinculado ao processo administrativo que deu origem à licitação poderá aderir à ata de registro de preços de outra entidade ou órgão público, independentemente de órbita federativa dos envolvidos, ao que se denomina participação extraordinária, adesão ou carona.

Acerca da participação extraordinária Justen Filho (2005, p. 194), esclarecendo o seu verdadeiro alcance, preleciona com nossos grifos que:

Em síntese, “carona” consiste na contratação fundada num sistema de registro de preços em vigor, mas envolvendo uma entidade estatal dele não participante originalmente, com a peculiaridade de que os quantitativos contratados não serão computados para o exaurimento do limite máximo. De acordo com a prática, a única restrição admitida reside no limite de 100% do quantitativo máximo objeto do registro por entidade. Qualquer órgão alheio ao sistema, independentemente de órbita federativa, pode valer-se dessa solução.

Como se extrai das preleções de Niebuhr (2008), a adesão à ata de registro de preços pode ser definida como procedimento utilizado por órgãos e entidades que não tenham participado da licitação que originou a ata de registro de preços, para a ela aderirem, valendo-se dela como se sua fosse, podendo contratar até 100% do quantitativo registrado.

Dos preditos escólios conclui-se que a participação extraordinária, adesão ou carona, constitui procedimento previsto em ato infralegal que franqueia a utilização dos resultados de determinado pregão para registro de preços a órgãos da Administração Pública que não tenham participado da elaboração do processo licitatório.

4.2 O posicionamento doutrinário

Em muito divergem os doutrinadores a respeito da participação extraordinária em ata de registro de preços. Desde sua regulamentação, a figura da adesão tem sido alvo de inúmeras críticas. Há os que a repreendem ao argumento de constituir ofensa ao princípio da legalidade e à Constituição Federal. Outros a recomendam, ao argumento de sua efetividade e no primado da eficiência no âmbito da Administração Pública.

Jacoby (2011), a propósito, não só atesta a validade jurídica da participação extraordinária em Ata de Registro de Preços, como também estende esta possibilidade a outras esferas de governo. Assim, uma prefeitura poderia participar extraordinariamente de uma Ata de Registro de Preços realizada por órgão federal, o que, para Mukai (2010), constitui uma aberração, já que representaria uma afronta à autonomia dos entes políticos, atentando contra o sistema federativo.

Percebe-se que o posicionamento de Jacoby (2011) encontra respaldado no princípio constitucional da eficiência, ancorado na novel administração gerencial, que enfatiza a eficiência, pois o procedimento da adesão possibilita várias contratações através de única licitação. De fato, a inovação trouxe enorme contribuição para a Administração, que até então era inefetiva na prestação de seus serviços e ineficaz nas suas licitações em face dos morosos procedimentos arraigados à falida administração burocrática, que enfatiza a legalidade.

Contudo, há necessidade de os “caronas” atuarem de forma responsável no controle do procedimento de adesão. Outrossim, o interessado na ARP deve comprovar a vantajosidade dos preços registrados, através de aferição ancorada em pesquisa de mercado. Registre-se, por pertinente, que o próprio Tribunal de Contas da União (TCU) tem recomendado que os preços registrados sejam parâmetros para outras licitações, em consonância com o disposto no art. 43, IV, da Lei nº 8.666/93.

Evidencia-se, assim, a desnecessidade de repetição de processos onerosos, lentos e desgastantes, quando já alcançada a proposta mais vantajosa para Administração por meio do Sistema de Registro de Preços.

Em contrapartida, para Mukai (2010), a “carona” constitui ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição Federal, asseverando o eminente doutrinador que órgãos gerenciadores de atas que permitirem a “carona” e aqueles que usufruírem desse procedimento em suas aquisições estarão incorrendo no crime de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, conforme preceitua o artigo 89 da Lei 8.666/93.

Ainda segundo Mukai (2010), outra inovação ilegal contemplada no decreto nº 3.931/01 é permitir que o “carona” adquira até 100% dos quantitativos registrados em ata, contrariando o § 1º do art. 65 da Lei de Licitações, que determina o percentual máximo de 25% nos acréscimos do valor inicial atualizado do contrato.

Cite-se, como exemplo, o processo licitatório do Ministério da Saúde, conforme relatório do Tribunal de Contas da União na Tomada de Contas 008.840/2007-3, em que uma licitante apresentou proposta de R\$32 milhões e celebrou contratos com a Administração Pública na ordem de R\$2 bilhões, em virtude de inúmeras “caronas”, afrontando os princípios constitucionais da igualdade, moralidade e competitividade.²

² A propósito dessa constatação relativa ao processo licitatório do Ministério da Saúde e apesar das opiniões contrárias à adesão e dos entendimentos jurisprudenciais, discordo do entendimento por eles esposado, pois o carona jamais poderá adquirir quantidade superior ao licitado no processo licitatório a que aderiu, havendo de se presumir que a quantidade licitada no processo originário ocorreu pelo menor preço. Por outro lado, o órgão ou entidade que adere a uma ARP, por suas necessidades, obrigatoriamente procura gerenciadores que, na pior das hipóteses, licitaram no mínimo a mesma quantidade de que necessita, nunca procura um que licitou quantidade inferior à sua demanda. Ademais, a prática tem demonstrado que as caronas normalmente decorrem de atas de grandes gerenciadores que adquirem grandes quantidades e, por isso, conseguem os menores preços. Suponha-se que um determinado órgão tenha realizado uma licitação para adquirir 5.000 computadores. Imagine-se que um pequeno município adira à ata desse órgão para adquirir apenas 50 computadores. Certamente, dificilmente essa pequena cidade conseguiria os seus 50 computadores por preço inferior àquele órgão que adquiriu 5.000, pois isso fere a própria economia de escala e a lógica. Essa hipótese demonstra a economicidade do carona, eis que, diante da proposição apresentada, a licitação da pequena urbe estaria fadada a pagar preço muito superior àquele pago pelo grande órgão gerenciador. De fato, os pequenos licitantes dificilmente conseguem preços menores que os grandes gerenciadores.

Mukai (2010) resume seu posicionamento afirmando que considera notória estratégia de corrupção e efetivação de crime por aqueles que se utilizam deste instituto.

E, nessa mesma linha de raciocínio, Niebuhr (2008), apesar de considerar o Sistema de Registro de Preços um instrumento útil e interessante colocado à disposição da Administração Pública, reconhece que o Decreto 3.931/01 inovou o ordenamento jurídico, extrapolando sua função meramente regulamentar, ao instituir o “carona”, asseverando com nossos destaques que:

Neste contexto, o inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal estabelece que compete privativamente ao presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. **Constata-se que a competência regulamentar é sempre sublegal, pendente de lei.** Através de comandos abstratos e genéricos, a Administração regulamenta apenas leis, jamais dispositivos constitucionais. A lei é que cria primariamente Direito, sujeitando-se os indivíduos ao cumprimento de obrigações. **O regulamento administrativo serve somente para assegurar a fiel execução das leis, dispondo do modo pela qual elas devem ser operacionalizadas** (GUIMARÃES, 2008, p. 113).

Segundo a corrente contrária à participação extraordinária, a “carona” afronta todo um arcabouço de princípios consagrados na Superlei, motivo pelo qual a considera antijurídica, inconstitucional e ilegal. Assim, conclui que a adesão à ata, desde sua criação, impõe agravos veementes aos princípios da legalidade, isonomia, vinculação ao edital e economicidade.

Para esses doutrinadores, o princípio da legalidade, evidenciado no caput do art. 37 da Constituição Federal, sofreu um verdadeiro atentado com a criação da figura da adesão, haja vista o seu surgimento pelo Decreto 3.931/01 de forma autônoma e independente, excedendo assim o presidente da República suas competências constitucionais.

Dallari (1997 apud GUIMARÃES, 2008, p.116) confronta o princípio da isonomia com a da licitação pública, mostrando-se contrário à participação extraordinária, manifestando-o nos seguintes termos com nossos destaques:

O princípio da isonomia, por si só e independentemente de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação e ao esclarecer esta obrigatoriedade erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimento licitatórios.

Dessa forma, infere-se do ideário dessa linha doutrinária que a adesão viola os primados da isonomia e da legalidade porque dela se origina contrato sem licitação, pois o art. 37, XXI, da Constituição, estabelece que ressalvas à obrigatoriedade de licitação pública

devem estar previstas em lei, sendo que a “carona” surgiu no ordenamento jurídico por simples regulamento administrativo, o Decreto nº 3.931/01.

Conhecido como “lei interna da licitação” entre os gestores públicos, o instrumento convocatório ou edital assume distinta importância nas contratações públicas, pois estabelece com clareza e precisão as condições do procedimento licitatório e, ainda, vincula tudo o que dela advier. Portanto, há evidente ofensa em se admitir que a promoção de um certame licitatório para atendimento de uma entidade específica possa ser utilizado por outras, inclusive em quantitativos diversos, não preestabelecidos no instrumento convocatório.

Finalmente, para a corrente contrária à adesão, há nítida afronta ao princípio da economicidade na “carona”, pois o critério predominante na escolha da proposta mais vantajosa é o menor preço. Assim, por força da economia de escala, quem compra mais paga menos. Ora, se determinada licitação é realizada para fornecer 500 computadores e, em face da “carona”, propiciasse o fornecimento de outros 5.000 a vários órgãos, esse procedimento estaria violando o princípio da economicidade, fazendo com que a Administração arcasse com valor superior ao praticado no mercado.

4.3 O posicionamento jurisprudencial

O Tribunal de Contas da União (TCU) é órgão de controle externo, ao qual compete, entre outras atribuições, fiscalizar a aplicação dos recursos públicos pelos três poderes da República, como se extrai dos arts. 70 a 72 da Constituição Federal.

O colendo TCU editou a Súmula nº 222, cujo verbete determina que:

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Como se sabe, por força do art. 3º da Lei 8.443/92, os gestores públicos devem fiel obediência às orientações e diretrizes emanadas do TCU.

Recentemente, porém, o TCU manifestou-se em um caso concreto sobre a figura da “carona”, conforme Acórdão nº 1.487/07 – Plenário abaixo colacionado com nossos realces, tendo como Relator o Ministro Valmir Campelo:

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 Acórdão.

O colendo TCU reconheceu a fragilidade da adesão, haja vista este sistema afrontar os princípios da competição e da isonomia entre os licitantes. Mesmo sem o poder de proibir, determinou ao Ministério do Planejamento que reavaliasse as regras atualmente vigentes acerca do assunto.

A exemplo do egrégio TCU, outras Cortes de Contas também se manifestaram sobre o tema, como o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, que de forma bem incisiva assim se pronunciou em 2007:

6.2 Responder à Consulta nos seguintes termos:

6.2.1 O Sistema de Registro de Preços, previsto no art. 15 da Lei (federal) n.º 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**;

6.2.2 Por se considerar que o sistema de “carona”, instituído no art. 8º do Decreto (federal) n.º 3.931/2001, fere o princípio da legalidade, **não devem os jurisdicionados deste Tribunal utilizar as atas de registro de preços de órgãos ou entidades da esfera municipal, estadual ou federal para contratar com particulares, ou permitir a utilização de suas atas por outros órgãos ou entidades de qualquer esfera**, excetuada a situação contemplada na Lei n.º 10.191/2001 (Decisão n.º 2.392/07. Relator Wilson Rogério Wan-Dall).

Nessa mesma linha, eis o entendimento dos Tribunais de Contas dos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, conforme Santana (2007, p. 5):

Nesse particular, vale a referência à recente regulamentação do SRP a que procedeu o Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Ato Normativo n.º 92/07, que se ateu aos termos da Lei [...]. **Outro aspecto a ser ressaltado, nessa regulamentação, é a não previsão do carona, nem dar e nem pegar carona foi permitido.** Foi essa também a solução encontrada pelo E. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Resolução n.º 01/2006, o que denota a preocupação das Cortes de Contas com o Sistema e, ao nosso ver, **com essa anômala figura do carona.**

Diante dos pronunciamentos das diversas Cortes, a jurisprudência administrativa majoritária vigente repudia a figura da “carona”, aos argumentos que ela contraria princípios

constitucionais balizadores da atividade administrativa e não permite o alcance do objetivo primordial da licitação: a proposta mais vantajosa.

Assim, com a posição contrária de vários Tribunais de Contas tornou-se recorrente entre os órgãos de controle interno dos Poderes da República a frequente emissão de diretrizes, orientações e pareceres no sentido de “padronizar” procedimentos ao se promover a adesão a atas. Contudo, em razão dessas preocupações, disseminou-se a inadequada ideia que o instituto da adesão é juridicamente precário e que o administrador estaria arriscando-se ao adotá-lo, tendo em vista as controvérsias edificadas pela doutrina e pela jurisprudência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública brasileira vem sendo forçada a prestar melhores serviços à sociedade. A Constituição Federal de 1988 erigiu a eficiência à categoria de princípio a ser obrigatoriamente observado, e, assim, impôs o grande desafio consistente na articulação de gerenciamentos capazes de propiciar maior eficiência dos serviços públicos, assegurando sua continuidade com o efetivo atendimento das crescentes demandas coletivas.

No desenvolvimento deste trabalho comprovou-se a importância dos princípios constitucionais da legalidade, isonomia e eficiência nas contratações públicas oriundas de processos licitatórios. Na verdade, com esses princípios o legislador pátrio procurou reduzir a discricionariedade dos agentes responsáveis pela aplicação dos recursos financeiros destinados ao atendimento do interesse público prevalente.

Com esse propósito, evidenciou-se que a legislação que disciplina as licitações e contratos públicos, notadamente a Lei 8.666/93, inviabiliza a realização das políticas públicas, pois seus procedimentos morosos e burocráticos nem sempre permitem o pronto atendimento das demandas coletivas. Efetivamente, como planejar e executar atividades num contexto de frequentes cortes e contingenciamentos orçamentários?

Durante anos a Administração Pública sucumbiu à frustração da própria ineficácia, recebendo severas críticas da sociedade brasileira, que via no Poder Público o sinônimo de incompetência, num contexto que reclamava a criação de um sistema de compras célere e que tornasse efetiva a manutenção das atividades públicas. Surge, então, o Sistema de Registro de Preços (SRP), regulamentado por meio do Decreto 3.931/01, o qual refletiu o amadurecimento da aplicação de recursos públicos e o aperfeiçoamento dos procedimentos de contratação.

O Governo Federal imprimiu eficácia ainda maior ao SRP ao instituir por meio da Lei nº 10.520/02 o pregão como modalidade licitatória para todas as unidades federadas, pois com a combinação desses dois institutos o Brasil alterou o rumo da sua História nas contratações públicas. De fato, desde a implantação desse novo formato de licitação, as entidades públicas economizaram bilhões em recursos financeiros e garantiram eficiência em seus procedimentos.

Contudo, a figura do “carona” contemplada no Decreto 3.931/01, chamou a atenção da doutrina e da jurisprudência pela sua inovação por regulamento administrativo autônomo, recebendo duras críticas dos diversos Tribunais de Contas que se acautelaram face ao

montante de recursos envolvidos no procedimento da participação extraordinária, adesão ou carona.

Paralelamente e em razão das críticas das Cortes de Contas, os gestores passaram a ser orientados por seus órgãos de controle interno sobre os procedimentos e riscos inerentes ao processo da adesão, e a partir de então perderam a segurança para optarem pela participação extraordinária em licitações de outros órgãos e entidades.

A controvérsia em torno da adesão foi potencializada pela doutrina e jurisprudência, de modo que sobre esse novo instituto que prima pela economicidade e eficiência dos gastos públicos passou a sofrer severo questionamento quanto à sua validade: “estaria o administrador público cometendo ilegalidade ou improbidade ao aderir a uma ata?”.

A resposta, no meu entendimento, há de ser negativa. Com efeito, apesar dos vários posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, a figura da adesão jamais teve sua validade ou constitucionalidade formalmente questionada, mesmo porque há de se tomar como regra, a teor da presunção da legalidade administrativa, que os princípios que informam a Administração e a Licitação Públicas continuam norteando as decisões do gestor público, independentemente da modalidade de licitação escolhida.

Dessa forma, ao decidir aderir a uma ata de registro de preços o gestor deverá, preliminarmente, verificar se os atos praticados no processo licitatório original respeitaram a lei, a isonomia, a moralidade, a publicidade e o interesse público, como também se os preços registrados representam vantajosidade para sua administração se comparados aos do mercado, devendo instruir seu processo de adesão com todas peças necessárias à formação de seu convencimento de forma objetiva, lúdima e proba.

Assim, percebendo quaisquer razões que lancem dúvida quanto ao interesse público do ato de aderir, o administrador deve decidir pela não adesão.

Apesar de nenhum sistema estar imune a desvios de finalidade, não se deve desacreditar no desenvolvimento de processos de modernização, ao contrário, a persistência no aprimoramento de institutos eficazes é a solução capaz de consolidar uma Administração Pública calcada na eficiência.

Portanto, é inegável a eficiência do Sistema de Registro de Preços e a validade da Participação Extraordinária em Ata de Registro de Preços, pois ambos, conjuntamente, imprimem celeridade, eficiência e economicidade às contratações públicas, garantindo, assim, um lugar privilegiado na História do Direito Administrativo pátrio.

REFERÊNCIAS

- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MAURANO, Adriana. **A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns**. Disponível em: <http://www.conciliação.com.br/sucessopregão/pareceres>> Acesso em: 10 out. 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GUIMARÃES, NIEBUHR. **Registro de Preços Aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- SANTANA, Luiz Cláudio. O Sistema de Registro de Preços e o Carona. **Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC**, v.16, n. 166, dez. 2007. p. 1218-1232.