

ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA ADESÃO A ATA DE REGISTRO DE PREÇOS PREVISTA NO DECRETO FEDERAL Nº 7.892/2013

DÉCIO SELJI FUJITA¹

RESUMO

O procedimento licitatório tem assento constitucional, consoante dispõe o inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Isso porque, nem sempre é possível à Administração Pública por si só satisfazer o interesse público, levando-a a contratar com particulares. Nesta contratação, a Administração Pública busca obter os melhores preços e os melhores serviços, ou seja, a proposta mais vantajosa para o ente político contratante que, ao contratar, deverá observar fielmente os trâmites da Lei de Licitações. Nas compras sempre que possível deverá ser processada por meio do sistema de registro de preços, nos termos do artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.666/93, e é nesta modalidade que se inseriu a possibilidade de órgãos ou entes municipais, distritais e estaduais a aderirem à ata de registro de preços da Administração Pública Federal, conforme art. 22, § 9º, do Decreto Federal nº 7.892/2013. Todavia, tal adesão na ótica do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo se mostra ilegal e inconstitucional consoante será demonstrado.

Palavras-chave: licitação, ata de registro de preços, decreto federal nº 7.892/2013, ilegalidade e inconstitucionalidade.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil, Penal e Tributário, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Público pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Tributário pelo Centro Universitário de Bauru.

SUMÁRIO

1 – LICITAÇÃO.....	03
2 – REGISTRO DE PREÇOS	05
3 – ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DO “CARONA”.....	06
4 – CONCLUSÃO.....	10
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	11

1 - LICITAÇÃO

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal exigiu que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

A Lei nº 8.666/93 regulamentou este dispositivo constitucional estabelecendo no seu artigo 1º “normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”

O artigo 3º da Lei de Licitações dispõe expressamente que “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

Desse modo, como a Administração Pública não consegue satisfazer, por si, só as necessidades e os interesses públicos, se vê obrigada a contratar particulares para obter esses bens e serviços.

Dentre a diversidade de obtenção de bens e serviços, há a compra de bens que sempre que possível deverá ser processada por meio do sistema de registro de preços, nos termos do artigo 15, II, da Lei nº 8.666/93.

O sistema de registro de preços observa bem o princípio da vantajosidade na medida em que permite que a Administração contrate com o particular o fornecimento de bens que só serão entregues quando houver necessidade, vale dizer, havendo necessidade daquele bem a Administração solicita à contratada que entregará o número

estritamente necessário ao consumo, evitando também que se disponibilize um depósito grande para estoque.

2 – SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

O Sistema de Registro de Preços é um sistema de aquisição de bens e contratação de serviços, a qual é realizada por intermédio de uma única licitação, como regra, na modalidade de concorrência, na qual as contratadas disponibilizam os bens e serviços a preços e prazos registrados em Ata, denominada Ata de Registro de Preços, cuja aquisição será feita quando melhor convier ao órgão ou ente contratante.

Oportuno ressaltar que a forma de licitar segue os ditames da Lei nº 8.666/93, sendo que a única diferença está no momento da contratação ou aquisição que pode ser de forma imediata, ou posteriormente quando surgir a necessidade, desde que observado o prazo de validade da Ata de Registro de Preços que não pode ultrapassar um ano, nos termos do artigo 15, § 3º, III, da Lei de Licitações.

Como bem observado por Marçal Justen Filho² “No registro de preços, a licitação destina-se a selecionar fornecedor e proposta para contratações não específicas, seriadas, que poderão ser realizadas durante um certo período, por repetidas vezes. A proposta selecionada fica à disposição da Administração que, se e quando desejar adquirir, se valerá dos preços registrados, tantas vezes quantas o desejar (dentro dos limites estabelecidos no ato convocatório).

A vantagem deste Sistema de Registro de Preços está na redução de gastos na medida em que se possibilita a realização de apenas uma licitação na qual, após a assinatura da Ata de Registro Preços pelo órgão gerenciador, permite-se que qualquer outro órgão do ente licitante (participante) venha a adquirir bens ou serviços por meio da mesma ata.

A lei que instituiu o pregão (Lei nº 10.520/02) que permite a compra e a contratação de bens e serviços comuns pela Administração Pública também admite a utilização do Sistema de Registro de Preços, consoante se depreende do artigo 11 da referida lei.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 183.

3 – ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DO “CARONA”

O art. 22, § 9º, do Decreto Federal nº 7.892/2013, dispõe que

Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

(...)

§ 9º É facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal.

Nota-se que o referido ato infralegal conferiu a possibilidade de entes municipais, distritais ou estaduais a aderirem à ata de registro de preços da Administração Pública Federal.

Ocorre que o Decreto Federal não tem respaldo legal e ainda afronta dispositivos constitucionais que cuidam do procedimento licitatório que serão a seguir melhor explicitados.

Antes de discorrer sobre a ilegalidade e a inconstitucionalidade, importante anotar que no âmbito do Estado de São Paulo, a previsão normativa que instituiu o denominado “carona”, foi expressamente revogado pelo art. 2º, I, do Decreto Estadual nº 58.494/12 que assim disciplina:

Art. 2º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário, em especial:

I – os artigos 15 A e 15 B do Decreto nº 47.945, de 16 de julho de 2003³

³ Decreto Estadual nº 47.945/2003 (redação dada pelo Decreto nº 51.809, de 16 de maio de 2007):

Artigo 15A - 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 comprovada a vantagem em tal adesão.

§ 1º - 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.

Portanto, no âmbito estadual (Estado de São Paulo), não há mais previsão infralegal do “carona”, persistindo apenas a previsão do Decreto Federal nº 7.892/2013, o qual, s.m.j., é ilegal e inconstitucional.

No que pertine a legalidade, verifica-se que não há lei permitindo ao ente municipal ou estadual a adesão à ata de registro de preços disponibilizada pela União, afrontado o princípio da legalidade estampado no “caput” do art. 37 da Constituição da República, já que a Lei nº 8.666/93 não contém previsão da utilização do denominado “carona”.

Vale lembrar que tal instituto viola, do mesmo modo, o princípio da licitação obrigatória, insculpida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, assim como o art. 2º da Lei nº 8.666/93, os quais determinam a realização da licitação, na medida em que afasta o ente aderente do procedimento licitatório.

Ressalte-se que também há violação do princípio da vinculação ao edital, pois a contratação do órgão aderente não estava prevista no instrumento convocatório, bem como violação ao princípio da publicidade, porquanto a publicização fica restrita ao ente que realizou a licitação.

Oportuno frisar que, do mesmo modo, há violação ao princípio da isonomia, já que o vencedor será fornecedor de inúmeras contratações, conferindo tratamento desigual com os possíveis concorrentes capazes de disputar o certame licitatório.

Importante salientar que o E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo vem reiteradamente considerando ilegal e inconstitucional a figura do “carona”, como é o caso do TC 673/007/11 (Corpo de Auditores), relatado pelo auditor Josué Romero, julgado em 17/02/2014, que, apesar de concluir pela regularidade do contrato em

§ 2º - 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.

§ 3º - Poderão igualmente utilizar-se da Ata de Registro de Preços, mediante prévia consulta ao Órgão Gerenciador, outros entes e entidades da Administração Pública, desde que observadas as condições estabelecidas nos §§ 1º e 2º deste artigo.

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

virtude da peculiaridade do caso em apreço, fez questão de asseverar que *“A Fiscalização concluiu pela irregularidade da matéria, face à ilegalidade que destacou em seu circunstanciado Relatório de fls. 100/104, em razão de a aquisição ser decorrente da Ata de Registro de Preços do Pregão Eletrônico nº 01/2009, realizado pelo BNDE, expediente denominado “carona”, procedimento combatido por este Tribunal de Contas por afrontar os princípios da legalidade, isonomia, economicidade, competitividade e vinculação ao instrumento convocatório, com manifestação da respectiva Diretoria Técnica de Divisão às fls. 105/106. Ademais, o órgão instrutivo faz menção à julgado desta Corte de Contas que afasta a possibilidade da utilização do “carona” nas circunstâncias em análise”*.

No mesmo sentido, TC 041726/026/08, relatado pelo substituto de conselheiro Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, que citou ensinamentos doutrinários de MARÇAL JUSTEN FILHO, PAULO SÉRGIO MONTEIRO e RAMON ALVES DE MELO, que também são contrários a figura do “carona”:

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, a prática da "carona" é inválida porque frustra o princípio da obrigatoriedade da licitação, configurando dispensa de licitação sem previsão legislativa. Não cabe invocar a existência de uma licitação anterior, eis que tal licitação tinha finalidade e limite definidos no edital. (“TCU restringe a utilização de "carona" no sistema de registro de preços”, texto disponível na internet: <http://www.justenfilho.com.br/midia/15.pdf>)

De acordo com PAULO SÉRGIO MONTEIRO, a figura do "carona" produz a elevação dos quantitativos originalmente previstos sem a redução do preço unitário pago pela Administração, revelando-se tal prática danosa aos cofres públicos, atingindo as raias da improbidade administrativa (O Carona no Sistema de Registro de Preços. ILC – Informativo de Licitações e Contratos, nº 167. Curitiba: Zênite jan. 2008).

Segundo RAMON ALVES DE MELLO, “a figura do carona afeta ainda o princípio da competitividade, quando obsta a livre concorrência

prevista no artigo 170, inciso IV da Constituição Federal, já que privilegia determinado fornecedor, desigualando-os dos demais, pura e simplesmente por ter sido contemplado em uma Ata de Registro de Preços, em uma licitação realizada por certo órgão da Administração Pública. Passando desta forma praticamente dominar parcela de mercado local, regional ou até mesmo nacional, em prejuízo de sociedades empresárias melhor localizadas que poderiam vir a ofertar preços até mesmo inferiores a outros órgãos tendo em vistas as condições locais, de entrega, de pagamento, e outras”.

Ademais, como bem frisado pela Assessora Técnico-Procuradora da Secretaria-Diretoria Geral do E. Tribunal de Contas Claudine Corrêa Leite Bottesi⁴ “...tendo em vista a jurisprudência que se firmou nesta Corte, entendo que cabe a este Tribunal orientar os órgãos e entidades jurisdicionados para que não se utilizem do expediente denominado “carona”, sob pena de julgamento pela irregularidade das contratações firmadas por meio do emprego de tal instituto”.

Por derradeiro, importante anotar que a adoção desse sistema poderia causar divergência de competência na análise dos contratos, pois poderia atribuir a Tribunais de Contas diversos (por exemplo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e o Tribunal de Contas da União) o exame da matéria, sem falar ainda na possibilidade de decisões conflitantes que acarretaria indesejável insegurança jurídica.

A título de curiosidade, cumpre ressaltar que a única espécie legal de adesão de entes estaduais, distritais e municipais a ata de registro de preços de ente federal, vem disposta no art. 6º da Lei 12.816/2013 que trata do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação que assim dispõe:

Art. 6º Os registros de preços realizados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação poderão ser utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para aquisição de bens e contratação dos serviços necessários à execução das ações e projetos educacionais, inclusive quando empregados recursos próprios.

⁴ http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/par-cclb-_2013-03-18_tca-008073-026-09-artigo_sitio-eletronicocodecreto07892-23-01-2013_regulamenta_sistema_registro_de_precos_da_lei_8666.pdf. Acesso em 27 de maio de 2015.

4 – CONCLUSÃO

O tema “carona” não é novo mais ainda vem despertando acalorados debates doutrinários, principalmente no âmbito do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que reiteradamente tem rechaçado a utilização do instituto.

O afastamento da utilização da adesão à Ata de Registro de Preços da Administração Federal por entes ou órgãos distritais, estaduais ou municipais, especialmente a prevista no artigo 22, § 9º, do Decreto Federal nº 7.892/2013, fundamenta-se na inexistência de previsão legal, assim como na violação de diversos princípios constitucionais.

Tanto é verdade que no âmbito do Estado de São Paulo, a previsão normativa que instituiu o denominado “carona”, foi expressamente revogado pelo art. 2º, I, do Decreto Estadual nº 58.494/12.

O denominado “carona” a primeira vista parece vantajoso, entretanto, vem causando problemas, inclusive de segurança jurídica, pois imaginando a adesão de um órgão estadual à Ata de Registro de Preços da Administração Federal em que o contrato deva ser fiscalizado.

Nesse caso, em tese, teria a atribuição de fiscalizar, o Tribunal de Contas da União bem como o Tribunal de Contas Estadual, o que poderia acarretar decisões conflitantes.

Sem mencionar ainda outras inconstitucionalidades como é o caso da violação do princípio da vinculação ao edital, pois a contratação do órgão aderente não estava prevista no instrumento convocatório.

Desse modo, s.m.j., o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo é o que melhor se coaduna ao cenário atual na medida em que vem reiteradamente afastando a utilização da figura do carona, inclusive acertadamente vem orientando os entes e órgãos estaduais e municipais nesse sentido.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ROSA, Márcio Fernando Elias; e SANTOS, Marisa Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Editora Saraiva, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 25ª edição, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário á lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora Dialética, 13ª edição, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros editores, 20ª edição, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros editores, 22ª edição, 2003.