



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HUGO BASTOS DA SILVA SOUZA

**ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS:
UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA
ATIVIDADE ADMINISTRATIVA BRASILEIRA**

Salvador

2018

HUGO BASTOS DA SILVA SOUZA

**ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS: UMA ANÁLISE À
LUZ DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE
ADMINISTRATIVA BRASILEIRA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação
em Direito da Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia, como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor. Durval Carneiro
Neto

Salvador

2018

HUGO BASTOS DA SILVA SOUZA

**ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS:
UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA
ATIVIDADE ADMINISTRATIVA BRASILEIRA**

Trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Durval Carneiro Neto – Orientador _____

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia

Rita Andreia Rehem Almeida Tourinho _____

Mestre em Direito Público Universidade Federal de Pernambuco

Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia

Láise Maria Guimarães Santos _____

Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia

Professora de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia

SOUZA, Hugo Bastos da Silva. **Adesão à Ata de Registro de Preços: Uma análise à luz dos princípios norteadores da atividade administrativa brasileira**. 2018. 66 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar o mecanismo de adesão à ata de registro de preços no âmbito da Administração pública federal. Apresentam-se opiniões doutrinárias relevantes e jurisprudenciais acerca da figura do “órgão carona” à luz dos princípios que regem a atividade administrativa brasileira. A pesquisa divide-se em seis capítulos, incluindo-se a introdução. Inicialmente, aborda de forma sucinta o histórico do instituto da licitação no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, traçam-se as linhas gerais do Sistema de Registro de Preços, com destaque para o conceito e a natureza jurídica do instituto, bem como os seus traços distintivos em relação ao procedimento comum de licitação, as vantagens e desvantagens de sua utilização. Analisa os aspectos mais relevantes da normatização do registro de preços à luz da Lei nº 8.666/93 e do Decreto Federal nº 7.892/2013. Faz-se, ainda, uma breve análise dos princípios particularmente aplicáveis à sistemática de compras, especialmente a padronização, o parcelamento e a economicidade. Na etapa seguinte, o trabalho analisa especificamente a figura do órgão não participante do registro de preços e os demais atores desse procedimento especial de licitação, a evolução normativa e o posicionamento jurisprudencial acerca da matéria, assim como o procedimento e limites estabelecidos no regulamento para a sua realização. Busca-se, finalmente, ponderar sobre a sua adequação aos princípios regentes da atividade administrativa brasileira, notadamente a legalidade, impessoalidade e isonomia, moralidade e a eficiência.

Palavras-chave: Licitação. Sistema de Registro de Preços. Adesão à Ata de Registro de Preços. Carona. Princípios Administrativos.

SOUZA, Hugo Bastos da Silva. **Adherence to the Registry of Prices: An analysis according to the guiding principles of the Brazilian administrative activity.** 2018. 66 f. Monography (Graduate). Law School, Federal University of Bahia. Salvador, 2018.

ABSTRACT

The present work has the objective of studying the mechanism of adhesion to the registry of prices in the scope of the Federal Public Administration. Relevant doctrinal and jurisprudential opinions on the figure of the "carpool" are presented in light of the principles that govern Brazilian administrative activity. The research is divided into six chapters, including the introduction. Initially, it briefly discusses the history of the bidding institute in Brazil as of the Federal Constitution of 1988. Subsequently, the outlines of the Price Registration System are outlined, highlighting the concept and legal nature of the institute, as well as its distinctive features in relation to the common bidding procedure, the advantages and disadvantages of its use. It analyzes the most relevant aspects of the regulation of price registration in accordance with Law No. 8.666/93 and Federal Decree No. 7,892/2013. A brief analysis is also made of the principles particularly applicable to the purchasing system, especially standardization, installment and economics. In the next stage, the work analyzes specifically the figure of the non-participant organ of the price register and the other actors of this special bidding process, the normative evolution and the jurisprudential positioning on the matter, as well as the procedure and limits established in the regulation for the implementation. Finally, it is sought to consider its adequacy to the governing principles of Brazilian administrative activity, especially legality, impersonality and isonomy, morality and efficiency.

Keywords: Bidding. Price Registration System. Adherence to the Price Registration Act. Ride. Administrative Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGU	Advocacia-Geral da União
ARP	Ata de Registro de Preços
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CGU	Controladoria-Geral da União
EC	Emenda Constitucional
IRP	Intenção de Registro de Preços
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
RDC	Regime Diferenciado de Contratações Públicas
SRP	Sistema de Registro de Preços
STF	Supremo Tribunal Federal
TCM-BA	Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia
TCU	Tribunal de Contas da União
TCE-SP	Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A LICITAÇÃO NO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	10
3 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS – SRP	16
3.1 ASPECTOS GERAIS	17
3.1.1 Conceito e distinção em relação ao procedimento comum de licitação	18
3.1.2 Vantagens e Desvantagens da utilização do registro de preços	19
3.2 NORMATIZAÇÃO À LUZ DO DECRETO FEDERAL Nº 7.892/2013	22
3.2.1 Hipóteses de admissibilidade do SRP	23
3.2.2 Modalidades licitatórias aplicáveis ao registro de preços	25
3.2.3 Ata de Registro de Preços - ARP	26
3.2.4 Intenção de Registro de Preços – IRP	28
4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO SRP	29
4.1 PADRONIZAÇÃO.....	31
4.2 PARCELAMENTO.....	32
4.3 ECONOMICIDADE.....	33
5 A FIGURA DO “CARONA” NO REGISTRO DE PREÇOS	35
5.1 EVOLUÇÃO NORMATIVA E O POSICIONAMENTO DO TCU.....	37
5.2 PROCEDIMENTO PARA ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS.....	40
6 O “CARONA” E OS PRINCÍPIOS REGENTES DO PROCESSO LICITATÓRIO .	43
6.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	43
6.1.1 Legalidade.....	43
a) Da extrapolação dos limites do Poder Regulamentar	45
b) Criação de hipótese de dispensa de licitação pelo Decreto nº 7.892/13	47
6.1.2 Isonomia e Impessoalidade.....	48
a) “Cardápio” de registro de preços	50
6.1.3 Moralidade e da Probidade administrativa	52
a) Da violação ao princípio da moralidade	54
6.1.4 Eficiência	55
a) Eficiência a qualquer custo?	56
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

No exercício da função administrativa, a fim de atender primordialmente aos interesses da coletividade, o Poder Público necessita travar relações de cunho patrimonial com particulares, com vistas à celebração de contratos de fornecimento de bens, realização de obras, execução de serviços públicos, locação e alienação de bens imóveis etc. Contudo, em razão da indisponibilidade do interesse público, a escolha dos fornecedores pela Administração não se sujeita ao livre arbítrio do gestor, que deve observar um procedimento formal preliminar ao contrato, em conformidade com a lei, denominado de licitação.

A regra que vincula a contratação pela Administração à realização de prévio procedimento licitatório decorre da própria Constituição Federal de 1988, consoante se extrai do art. 37, XXI, no qual se estabelece que, excetuados os casos previstos em lei, “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

Com efeito, em decorrência da função que desempenha, a Administração necessita realizar contratações de forma reiterada e contínua, deparando-se com a situação de ter que lançar mão de um novo procedimento licitatório para cada aquisição de bens semelhantes. Essa situação, por vezes, implica em perda de eficiência da atividade administrativa, tendo em vista que, além de custoso, o procedimento licitatório ordinário é excessivamente moroso, sendo inadequado ao atendimento das demandas frequentes dos órgãos e entidades da Administração, além de acarretar desperdícios naquelas situações em que, pela natureza do objeto, não é possível definir previamente o quantitativo a ser demandado.

O Sistema de Registro de Preços (SRP), insculpido no art. 15 da Lei nº 8.666/93, tem o objetivo de corrigir essas distorções, aproximando a Administração das práticas comerciais da iniciativa privada, sem, todavia, descuidar da observância aos princípios administrativos que permeiam o procedimento licitatório para assegurar a igualdade de condições entre todos os concorrentes.

O Decreto nº 7.892/2013 é o ato normativo que regulamenta a utilização do SRP no âmbito da Administração pública federal. A pretexto de proporcionar eficiência nas contratações públicas, o referido decreto criou o polêmico mecanismo de adesão à Ata de Registro de Preços (ARP), permitindo que um órgão ou entidade da

administração pública que não tenha participado da licitação que deu origem à ata a ela adira, valendo-se da mesma como se fosse sua.

Não obstante a amplificação da eficiência nas contratações públicas em decorrência da ARP, pairam diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais em torno desse mecanismo, mormente no que toca à violação dos princípios básicos da Administração, como a legalidade, isonomia e impessoalidade, moralidade e a eficiência.

Para a concretização dos fins desta pesquisa, faremos, inicialmente, uma breve narrativa do histórico do instituto da licitação no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, a fim de permitir ao leitor uma melhor compreensão do contexto em que está inserido o objeto deste trabalho; posteriormente, traçaremos as linhas gerais do Sistema de Registro de Preços, momento no qual cuidaremos do conceito e da natureza jurídica do instituto, dos seus traços distintivos em relação ao procedimento comum de licitação ao lado das vantagens e desvantagens de sua utilização.

Em um segundo momento, a fim de obter o recorte metodológico adequado ao nosso estudo, discorreremos sobre os aspectos mais relevantes da normatização do registro de preços à luz da Lei nº 8.666/93 e do Decreto Federal nº 7.892/2013, que abrigou a figura do “órgão carona” no âmbito da Administração Federal e, na sequência, faremos uma breve análise dos princípios particularmente aplicáveis à sistemática de compras, notadamente a padronização, o parcelamento e a economicidade.

O quinto capítulo da pesquisa centraliza o objeto do nosso estudo. Nessa etapa tencionamos analisar o que se entende por órgão não participante do registro de preços e demais atores desse procedimento peculiar de licitação; a evolução normativa e o posicionamento jurisprudencial acerca da figura do “órgão carona”, assim como o procedimento e limites estabelecidos no regulamento para a sua realização.

Finalmente, buscaremos analisar a adequação do mecanismo de adesão à ata de registro de preços aos princípios regentes da atividade administrativa brasileira, notadamente a legalidade, a impessoalidade e a isonomia, a moralidade e a eficiência.

2 A LICITAÇÃO NO BRASIL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes de 1988, as normas acerca da obrigatoriedade de licitação não tinham *status* constitucional, o que levou à edição de variados diplomas legais no âmbito de todas as esferas federativas para disciplinar a matéria, acarretando uma ausência de uniformidade da aplicação do instituto.

À época já se travavam intensas discussões no que se refere à competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação aplicáveis aos demais entes da federação. Com efeito, o Decreto-Lei nº 2.300/86, que substituiu o Decreto-Lei nº 200, de 1967, cujo texto era considerado lacônico no que tange à disciplina das licitações, preconizava em seu art. 1º que as regras nele previstas atinentes às licitações e contratos administrativos eram aplicáveis somente à Administração Pública Federal.

Além disso, o referido decreto-lei padecia de inconstitucionalidade formal em face da Constituição vigente à época, que estabelecia a competência da União para legislar sobre “normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário”, nos moldes dos artigos 8º, item XVII, letra c, e art. 55, item II da Constituição de 1967, desconsiderando a indubitável distinção entre as disciplinas de direito administrativo e financeiro¹.

Neste mesmo sentido, Marçal Justen Filho argumentava a favor da inconstitucionalidade, eis que “a natureza das normas sobre licitação não comportava disciplina por decreto-lei, na vigência da Constituição de 1969”².

Em que pese as notáveis discussões acerca da impropriedade do decreto-lei para veicular regras de direito administrativos a serem observadas pelos demais entes federativos, a questão foi mitigada com a superveniência da Constituição Federal de 1988, que previa em seu art. 22, inciso XXVII, a competência da União para legislar acerca normas gerais de licitação e contratação, para a administração pública, direta e indireta, nas diversas esferas de governo.

¹ MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. **A licitação na Constituição de 1988**. In: CRUXÊN, Eliane; DANTAS, Bruno (Org.). **O Exercício da Política: Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal - ILB, 2008. Cap. 9. p. 3. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/a-licitacao-na-constituicao-de-1988>. Acesso em: 20/06/2018.

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999. (rev. e ampl.). p. 15.

Argumentava-se à época da assembleia constituinte sobre importância de que se houvesse certa padronização no País quanto às normas gerais de licitação, sobretudo em virtude da preocupação com a transparência das contratações públicas, impulsionada pelo processo de redemocratização.

Apesar da recepção do Decreto-Lei nº 2.300/86 pela Constituição de 1988, subsistiam os questionamentos quanto ao conceito de “normas gerais” incorporado no texto constitucional. Foi Aliomar Baleeiro, ex-deputado federal e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, o responsável por introduzir a expressão na Constituição de 1967, tendo o mesmo confessado a Rubens Gomes de Souza que a expressão representava mero compromisso político e que, portanto, não era dotada de qualquer sentido³.

Na vigência da Constituição anterior, o conceito jurídico indeterminado da expressão suscitou intensos debates, mormente no campo do direito tributário, sem que disso resultasse uma posição pacífica na doutrina e jurisprudência. Em razão disso, a fim de mitigar os debates em decorrência da imprecisão da expressão em matéria tributária, o constituinte de 1988 regulamentou o tema de forma minudente na Carta Magna vigente, consoante se extrai do art. 146, III.

Não é sem razão que Marçal Justen Filho afirma que a “experiência do direito tributário induz à previsão de que, por maiores que sejam os esforços dos doutrinadores, não se logrará definir, em termos mais precisos, o conceito de “normas gerais de licitação e contratação”⁴.

A insistência da discussão acerca do alcance da expressão “normas gerais” se deve ao fato de que o contexto político que precede à elaboração da Lei nº 8.666/93, nos primeiros anos da década de 1990, foi marcado por denúncias envolvendo fraudes no orçamento público e contratos administrativos. Essas circunstâncias levaram o legislador infraconstitucional à elaboração de uma lei muito minuciosa para regulamentar o procedimento licitatório, adotando uma acepção extremamente ampla para a expressão “normas gerais”⁵.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3⁶, promovida pelo então Governador do Estado do Rio

³ JUSTEN FILHO, Marçal, p. 14.

⁴ *Ibid.*, p. 16

⁵ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3/RS**. Brasília, DF, 03 de novembro de 1993. Diário de Justiça. Brasília, 11 nov. 1994.

Grande do Sul, tendo assentado entendimento pela constitucionalidade dos arts. 1º e 118 da Lei nº 8.666/93 e pela necessidade de se conferir interpretação conforme a Constituição aos dispositivos do art. 17, a fim de preservar a autonomia dos demais entes da Federação.

Com efeito, não se pode afirmar que as normas da Lei nº 8.666/93 consideradas não-gerais padecem de inconstitucionalidade. Por óbvio, as disposições específicas terão plena aplicabilidade no âmbito da União, de forma que os demais entes federativos poderão disciplinar com autonomia a mesma matéria.

Vale destacar, ainda, a importância da Emenda Constitucional nº 19 de 1998 que alterou sensivelmente a redação dos arts. 22, XXVII, e 173, §1º, III da CF. É que a redação original da Constituição de 1988 não distinguia entre Administração direta e indireta⁷, o que não obrigava a União a adotar regulação uniforme acerca da disciplina de licitações para toda a Administração pública.

Ressalte-se, inclusive, que o Decreto-Lei nº 2.300/86 já fazia essa dissociação de regimes, prevendo em seu art. 1º que as suas disposições eram aplicáveis somente “no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica”, sem que fosse suscitada qualquer inconstitucionalidade em virtude dessa opção legislativa⁸. Não obstante, com a edição da Lei nº 8.666/93 o legislador infraconstitucional adotou um regime único de contratação para toda a Administração Pública, sem distinção.

Com o passar dos anos percebeu-se o inconveniente do modelo único aplicável a toda a Administração Pública através da Lei nº 8.666/93, mormente em relação às entidades da Administração indireta exploradoras de atividade econômica, eis que a burocracia e o rigorismo imposto pelo diploma eram, e ainda são, absolutamente incompatíveis com a praxes do setor privado:

Dentre as críticas mais agudas contra o diploma, encontra-se aquela atinente ao tratamento reservado para as entidades da Administração indireta exercentes de atividades econômicas. É impossível exigir eficiência e, simultaneamente, impedir a adoção de procedimentos rápidos, simples e desburocratizados. A competição com o setor privado deve fazer-se em igualdade de condições. Se não se admitem vantagens ou benefícios, também não se podem admitir regras mais desvantajosas do que as praticadas no âmbito privado⁹.

⁷ A redação original da CF/88 era a seguinte: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle”.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal **Op. Cit.**, p. 22

⁹ **Ibid.**, p. 23.

Dessa forma, a EC nº 19/98 modificou substancialmente a redação do art. 173 da CF/88, sujeitando as entidades da Administração indireta, exploradoras de atividade econômica, à regime jurídico específico no tocante às licitações, através da formalização de um “estatuto jurídico”, mais adequado ao desenvolvimento de suas atividades, observando-se os princípios a que a administração pública se vincula.

Paradoxalmente, o referido estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias somente foi editado aproximadamente duas décadas após a EC nº 19/98. Trata-se da Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016, que traz disposições especiais entre os arts. 28 e 84 aplicáveis às licitações e contratos celebrados por essas entidades, aos quais não nos aprofundaremos em virtude de não ser o objeto de estudo no presente trabalho.

Semelhantemente às entidades públicas exploradoras de atividade econômica, os reclamos da excessiva burocracia do processo regular de licitação nas modalidades previstas na Lei nº 8.666/93 se estenderam também aos órgãos da Administração direta. As queixas diziam respeito aos pequenos contratos e que dependiam de rápida conclusão, como aqueles relacionados à aquisição de bens e serviços comuns das repartições.

Dessa forma, a fim de acelerar o processo de escolha dos futuros contratados pela Administração, editou-se a Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, que prevê a instituição de uma nova modalidade de licitação, denominada pregão (presencial e eletrônico).

Antes da edição da Lei nº 10.520/2002, o pregão já havia sido criado como modalidade específica das agências reguladoras, por meio da Lei 9.472/97, que instituiu a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), e da Lei 9.478/97, que criou a ANP (Agência Nacional do Petróleo).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o pregão nascera inconstitucional, tendo sido convalidado pela Lei nº 10.520/2002. É que a referida modalidade decorre da conversão das Medidas Provisórias nºs 2.026, 2.108 e 2.182, que previam a aplicação da modalidade exclusivamente ao âmbito da União¹⁰.

Para José dos Santos Carvalho Filho, não se justificava a restrição da utilização do pregão aos demais entes federativos:

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016 - São Paulo: Malheiros, 2016. p. 584.

Ao contrário, se a nova modalidade tinha o escopo de dar maior celeridade ao processo licitatório para certas contratações, não se conseguia entender por que razão não era estendida também para Estados, Distrito Federal e Municípios, na medida em que estas pessoas federativas, da mesma forma que a União, tinham a mesma inspiração no que tange à eliminação de certos trâmites burocráticos existentes nas licitações tradicionais. Quer dizer: era incompreensível ter dado aos diplomas reguladores o caráter de *federal*, e não de *nacional*¹¹.

Por fim, merece realce o procedimento licitatório previsto na Lei nº 12.462 de 04 de agosto de 2011, decorrente da conversão da MP 537, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

Inicialmente, o RDC destinava-se às obras de infraestrutura e contratação de serviços dos eventos esportivos ocorridos no País, notadamente a Copa das Confederações (2013), a Copa do Mundo (2014) e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos (2016). Além disso, o art. 1º, inciso III da referida lei direcionava-se às obras de infraestrutura e os serviços para os aeroportos das capitais dos Estados localizado até 350km das cidades-sede desses eventos.

Posteriormente, o escopo da lei foi sucessivamente alargado para alcançar também as “ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)”, previsto Lei nº 11.578 de 26 de novembro de 2007, assim como “as licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino”, dentre outras muitas ampliações, como, por exemplo, a sua utilização para aquisições nas áreas de segurança pública, logística, pesquisa, ciência e tecnologia, gerando severas críticas por parte da doutrina.

Com efeito, argumenta Celso Antônio Bandeira de Mello, a lei do RDC perdeu o seu caráter de temporariedade e especificidade em virtude das subseqüentes alterações que ampliaram sobremaneira o seu âmbito de ação. Segundo o autor, a Medida Provisória 678, que alargou o âmbito de incidência da lei, foi alvo de indevidas emendas parlamentares quando da sua conversão na Lei nº 13.190/2015, prática conhecida como “contrabando legislativo” ou “emendas jabutis”¹².

Em que pese as convenientes críticas doutrinárias ao diploma, há estudiosos da matéria que defendem a tendência de que as regras introduzidas pelo RDC afastem a aplicação da Lei nº 8.666/93 enquanto regime geral de contratações, em

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. Cit.**, p. 317

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. Cit.**, p. 688

prol da desburocratização e da eficiência nas compras públicas, a revelar a obsolescência do referido Estatuto. É o que afirma José dos Santos Carvalho Filho:

As subseqüentes alterações legislativas com a ampliação da incidência normativa do diploma primitivo, provocaram, obviamente, maior esfera de exceções relativamente ao Estatuto das Licitações, numa evidente demonstração de que este se tem mostrado obsoleto e inadequado ao regime geral de contratações – particularmente de obras e serviços de engenharia – firmadas pelo governo. Parece cada vez mais claro que o sistema da nova lei, derogatória do Estatuto, se inclina no sentido de tornar-se o regime geral em virtude dos objetivos que preconiza, que são: (a) ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; (b) promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; (c) incentivar a inovação tecnológica; e (d) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública¹³.

Por outro lado, não se pode olvidar que respeitadas administrativistas, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello e Maurício Zockun, advogam em sentido contrário, ao argumento de que o diploma instituidor do RDC apresenta muita especificidade, o que lhe retiraria o seu caráter de generalidade¹⁴.

Não nos ateremos à outras diversas críticas doutrinárias a respeito do RDC. Interessa-nos, por ora, tão somente traçar um breve histórico do instituto da licitação no Brasil a partir da Constituição de 1988, de forma a permitir ao leitor uma melhor compreensão do contexto em que está inserido o objeto deste trabalho. Quanto ao Sistema de Registro de Preços, dedicaremos um capítulo próprio, no qual destacaremos seus aspectos mais gerais em cotejo com as controvérsias que pairam sobre o instituto.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. Cit.**, p. 308

¹⁴ Para os prestigiados professores, “a dita lei [*que instituiu o RDC*] não pode ter a pretensão de reger licitações e contratos efetuados por Estados, Distrito Federal e Municípios, porque [...] não se trata de “norma geral”, prevista no art. 22, XXI, da Constituição, mas, pelo contrário, de norma de muita especificidade; logo, a competência da União não irrompe na matéria, pelo que a Lei 12.462 só poderia valer para a esfera federal”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016 - São Paulo: Malheiros, 2016, p. 689 **apud** Apontamentos do Regime Diferenciador de Contratação à Luz da Constituição da República”, in **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC**, obra coletiva, Marcio Cammorasano, Augusto Neves Dal Pozzo e Rafael Valim (Coords.), Fórum, 2011, p. 13.

3 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS – SRP

Hely Lopes Meirelles preleciona que o conceito de compra pública, objeto da licitação, em nada difere daquele previsto no art. 481 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e no revogado art. 191 do Código Comercial (Lei nº 556/1850). Trata-se do “contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e a outra, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”, certo que não há se falar em compra e venda administrativa¹⁵.

Sem se afastar disso, frise-se que há uma singela diferença no que diz respeito à forma da compra e venda celebrada no campo do direito privado para aquela em que a Administração pública é parte¹⁶. Com efeito, a compra e venda celebrada entre particulares, via de regra, prescinde de qualquer formalidade para a sua validade, eis que no âmbito das relações privadas prepondera o princípio da liberdade das formas, insculpido no art. 107 do Código Civil¹⁷. Diferentemente, extrai-se da leitura do art. 60 da Lei nº 8666/93 a indicação de que a regra no direito administrativo é a forma escrita dos contratos, sendo, portanto, nulo e sem efeito, o ajuste verbal celebrado pela Administração pública, com as ressalvas constantes da própria lei¹⁸.

Pois bem, a Lei nº 8.666/93 traz em seu art. 15 disposições que visam orientar as compras da administração pública de forma a tornar a aquisição de bens ou serviços mais céleres e planejadas, facilitando a aplicação regular dos recursos públicos pelos gestores. Trata-se da adoção do denominado Sistema de Registro de Preços (SRP), segundo o qual as compras da administração pública, sempre que possível, deverão ser processadas mediante um procedimento especial que observe condições de aquisição e pagamento semelhantes às praticadas pelo setor privado.

Neste capítulo faremos uma incursão pelo instituto do SRP, analisaremos seus aspectos gerais e suas peculiaridades em face procedimento de licitação comum, a rede principiológica aplicável, sua evolução legislativa no âmbito da administração pública federal, os principais aspectos da sua normatização e as suas vantagens e

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo: de acordo com a Lei 8.666, de 21.6.1993, com todas as alterações posteriores**. 15a. ed. atualizada ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010. p. 79.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010. p. 179.

¹⁷ TARTUCE, F. **Direito Civil**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo Gen - Editora Forense, 2017.

¹⁸ O parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666/93 excepciona da regra da formalidade as “pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a” desta Lei, feitas em regime de adiantamento”.

desvantagens. A partir disso, daremos enfoque à polêmica figura do “carona”, órgão aderente da ata de registro de preços, mas que não participa dos procedimentos iniciais da licitação, em face dos princípios regentes da atividade administrativa brasileira.

3.1 ASPECTOS GERAIS

Conforme já dissemos, o SRP encontra previsão no art. 15, II da Lei nº 8.666/93, que estabelece que as compras efetuadas pela Administração, sempre que possível, devem ser processadas mediante um procedimento especial, cuja finalidade precípua é aproximar os mecanismos de compras da Administração às contratações realizadas entre particulares, a fim de que possa desfrutar das vantagens inerentes à competição de preços. Trata-se, pois, de uma exigência do princípio da eficiência, ao qual a Administração pública está vinculada por força da disposição expressa no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, sobre o qual nos debruçaremos adiante.

Por ora, interessa-nos saber que o art. 15, §3º da Lei 8.666/93 estabelece que o SRP será regulamentado por decreto. No âmbito federal, a regulamentação do instituto é feita pelo Decreto nº 7.892/2013, que revogou os Decretos nº 3.931/2001 e Decreto nº 4.342/2002. Cabe mencionar, ainda, o Decreto nº 7.851/2011, que cuida da implantação do SRP para as contratações realizadas através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

Não é demais lembrar que a Lei 8.666/93 dispõe sobre normas gerais de licitação. Dessa forma, nada impede que os demais entes federativos e as entidades da administração indireta¹⁹ se utilizem a sistemática do registro de preços, sendo necessário que estes editem seus próprios regulamentos, com regras próprias, adequadas às suas peculiaridades.

Neste trabalho, a fim de realizar o recorte metodológico adequado ao nosso estudo, nos limitaremos a analisar as principais características do registro de preços

¹⁹ Joel de Menezes Niebuhr afirma que o Decreto Federal nº 7.892/2013 comete uma impropriedade ao prever que as entidades da administração indireta e controladas pela União devem observância às suas disposições. Para ele, “o chefe do Poder Executivo não agrega competência para editar regulamento que atinja os poderes Judiciário e Legislativo, bem como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, as entidades da administração indireta, especialmente as empresas públicas e as sociedades de economia mista, e as paraestatais, incluindo, aqui, o Sistema S, todos dotados de autonomia administrativa”. NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3ª ed. Fórum, 2013. p. 598.

à luz da Lei nº 8.666/93 e da utilização dessa sistemática no âmbito da Administração Federal.

3.1.1 Conceito e distinção em relação ao procedimento comum de licitação

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes ensina que o Sistema de Registro de Preços “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”²⁰.

Por seu turno, Marçal Justen Filho define o SRP como “um conjunto normativo, constituído como um cadastro de produtos e fornecedores, selecionados mediante licitação, para contratações sucessivas de bens e serviços, respeitados lotes mínimos e outras condições previstas no edital”²¹.

Na tentativa de explicitar a natureza jurídica do instituto, Fábio Mauro de Medeiros assevera que o “registro de preços é a pesquisa de preços realizada por licitação que autoriza a aquisição de bens e serviços quando surja a necessidade pública previsível do Poder Público”²².

Nas compras realizadas pelo registro de preços, diferentemente do procedimento comum de licitação, a Administração pública não licita com intenção imediata de contratação, mas sim com o objetivo de registrar preços em ata para uma eventual contratação futura. É dizer, a contratação é uma mera faculdade, mas caso opte em fazê-la, a Administração estará vinculada às regras do edital de licitação.

Em outras palavras, a diferença fundamental do SRP em relação às licitações comuns é o fato de que ao valer-se do SRP a Administração não visa a contratação imediata do objeto do certame, mas tão somente a formação de um documento formal com prazo de validade predeterminado, denominado de Ata de Registro de Preços, o qual identifica os fornecedores e os preços dos objetos licitados, que podem ser adquiridos pela Administração de acordo com os seus critérios de oportunidade e

²⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 25.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. Cit.**, p. 191.

²² MEDEIROS, Fábio Mauro de. **Registro de preços e sua natureza jurídica**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 14, n. 163, p. 15-26, jul. 2015. p. 21.

conveniência, não possuindo o signatário da ata direito subjetivo à contratação, ressalvada a preferência mencionada no §4º do art. 15 da Lei 8.666/93²³.

Isso não significa dizer, contudo, que a Administração está autorizada a realizar licitação para o registro de preços de forma aleatória, sem que haja uma real demanda ou perspectiva de demanda para a contratação. Ensina Joel de Menezes Niebuhr que em hipóteses tais “a licitação seria viciada por falta de motivo, bem como violaria os princípios da razoabilidade, eficiência, economicidade e da proteção à confiança”²⁴.

Dito isso, supõe-se que após a convocação do adjudicatário para a assinatura da ata de registro de preços a Administração irá celebrar contrato para fornecimento dos bens ou serviços licitados, muito embora, frise-se, a Administração não esteja obrigada a fazê-lo.

3.1.2 Vantagens e Desvantagens da utilização do registro de preços

Incontáveis são as vantagens da utilização do SRP em relação ao procedimento ordinário de licitação. Para melhor compreensão das virtudes desse procedimento especial de contratação, semelhantemente ao tópico anterior, faremos um paralelo entre as regras e procedimentos da licitação comum e o registro de preços.

Nos processos de contratação ordinária, o ato convocatório deve fixar previamente as quantidades e qualidade dos bens que pretende adquirir, de maneira que qualquer alteração nos quantitativos sujeita-se aos limites fixados no art. 65, §1º da Lei 8.666/93. Neste ponto, a vantajosidade da utilização do registro de preço salta aos olhos. Com efeito, na sistemática do registro de preços a Administração somente estima as quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis e, posteriormente, com rapidez e menos burocracia, celebra tantos contratos quanto forem necessários para atender às suas necessidades²⁵. Bem se vê

²³ O art. 15, §4º da Lei 8.666/93 dispõe que “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”.

²⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3ª ed. Fórum, 2013. p. 596.

²⁵ OLIVEIRA FILHO, Sérgio Veríssimo de. **O Sistema de Registro de Preços e o "Carona"**. Revista de Direito Público da Procuradoria-geral do Município de Londrina, Londrina, v. 1, n. 1, p.115-129, 2012. Disponível em: <http://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina/article/view/21>. Acesso em: 03 jun. 2018.

que a adoção do registro de preços permite que a Administração reduza significativamente o número de licitações, mormente aquelas que visem a aquisição de objetos semelhantes e homogêneos, reduzindo os custos para contratação de bens e serviços comuns, evitando desperdícios nos casos em que há imprevisibilidade de consumo.

Outra vantagem merecedora de destaque refere-se a uma questão jurídica. É que o prazo de validade da proposta na licitação para registro de preços é superior ao da licitação comum, que prevê no art. 64, §3º, da Lei nº 8.666/93, a liberação dos fornecedores dos compromissos assumidos, decorridos sessenta dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação. Diferentemente, no registro de preços a validade da proposta é de até um ano, consoante se extrai da leitura do art. 15, §3º, III, do mesmo diploma legal. No âmbito federal, a regra foi reproduzida no art. 12, *caput*, do Decreto nº 7.892/2013.

Há, ainda, uma outra vantagem que decorre da desnecessidade de reserva orçamentária para a realização da licitação de registro de preços. A questão suscitava polêmica, entretanto, encontra-se pacificada no tocante ao SRP, conforme passaremos a explicar.

A exigência de previsão orçamentária encontra respaldo no art. 7º, §2º da Lei de Licitações, que define “a previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso”, como pressuposto para a realização do procedimento licitatório. E mais, o inciso IV condiciona a realização de licitação à sua previsão no Plano Plurianual, nos casos de obras e serviços que se estendam por mais de um exercício financeiro.

Ressalte-se, contudo, que tais exigências não se aplicam às licitações para registro de preços, pois, como dissemos anteriormente, no procedimento do SRP a Administração não licita com objetivo imediato de contratação. O beneficiário da ata de registro de preços compromete-se, dentro do prazo de vigência, a executar todo o quantitativo licitado, sempre que solicitado pela Administração. Neste particular, oportuno é o esclarecimento de Joel de Menezes Nieburh:

“Ora, se a Administração, com a ata de registro de preços, não assume o compromisso de contratar, não faz qualquer sentido exigir dela a previsão de recursos orçamentários. Pode ser que a Administração não contrate ou, é muito provável, pode ser que ela contrate, porém não todo o quantitativo previsto na ata de registro de preços. Nesse passo, a Administração deve

realizar a reserva de recursos orçamentários quando assume o compromisso de contratar. E isso, em registro de preços, somente ocorre depois da licitação e depois de assinada a ata”²⁶.

Por fim, ainda tratando das vantagens, não se pode deixar de fazer menção à possibilidade de que vários órgãos participem de aquisições a partir de uma única ata de registro de preços²⁷. Registre-se que essa sistemática é própria do registro de preços no âmbito da Administração pública federal por força do Decreto nº 7.892/2013. Nada impede, contudo, que os demais entes federativos e entidades que gozam de autonomia administrativa em face da administração direta possam editar seus próprios regulamentos e adotar metodologia semelhante.

No âmbito federal, por força do art. 2º, IV, do referido decreto, permite-se que um órgão ou entidade da administração pública integre a ata de registro de preços de outro órgão, o que lhe assegura, inclusive, a prerrogativa de aplicar penalidades decorrentes do descumprimento do pactuado na ata de registro de preços ou do descumprimento das obrigações contratuais, em relação às suas próprias contratações. A vantagem em termos de economia aqui é clara para a Administração como um todo, pois se busca evitar a abertura de diversos procedimentos licitatórios por órgãos distintos, para a aquisição dos mesmos bens e serviços.

Além das virtudes já apontadas, alguns estudiosos indicam que a utilização do registro de preços favorece a ampliação da transparência, a atualidade dos preços, o melhor gerenciamento e controle de estoques²⁸ e, ainda, a ampliação da competitividade com a participação de pequenas e médias empresas, em decorrência da regra de parcelamento obrigatório das compras, obras e serviços²⁹.

No campo das desvantagens, Marçal Justen Filho apresenta dois inconvenientes do registro de preços, a saber: a obsolescência e a incompletude. Para o autor, a obsolescência reside na possibilidade de “defasagem entre os dados do registro e a realidade do mercado. Podem surgir novos produtos, os preços podem

²⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Op Cit.**, p. 606.

²⁷ Trata-se do denominado “órgão participante”, que não deve ser confundido com a figura polêmica do órgão “carona”, cuja análise será feita adiante.

²⁸ BARBOSA, Klênio. **Sistema Brasileiro de Registro de Preços: Virtudes e vícios à luz da teoria econômica**. Texto para discussão, Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), nº 1757, ISSN 1415-4765, julho 2012.

²⁹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preço e pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 63.

variar e assim por diante”³⁰, havendo risco de que com o passar do tempo os itens licitados não mais atendam às necessidades da Administração.

A incompletude, por sua vez, é efeito da obrigatoriedade de padronização que é inerente ao registro de preços. Para o citado autor, “muitas vezes, o registro contempla produtos com especificações ou qualidades genéricas, que não atende a necessidades específicas”³¹.

Ao lado das desvantagens, destacamos também que a realização de licitação para registro de preços entre entes federativos distintos poderia conduzir a um impasse jurídico, como por exemplo, a hipótese de os órgãos participantes se encontrarem sob a jurisdição de diferentes Tribunais de Contas, causando um conflito de competências de difícil solução³².

No nosso entender, as desvantagens apresentadas não são suficientes para rechaçar o emprego do sistema de registro de preços pela Administração pública. Primeiro, porque as inúmeras vantagens que o procedimento proporciona em termos de eficiência se sobressaem frente às desvantagens apontadas e, em segundo lugar, porque sua utilização pelos gestores públicos é obrigatória, desde que o objeto a ser licitado seja compatível com a sua sistemática. Assim, se pela natureza e especificidade do objeto a ser licitado não houver possibilidade de padronização, não há qualquer impedimento de que se adote o procedimento ordinário de contratação.

3.2 NORMATIZAÇÃO À LUZ DO DECRETO FEDERAL Nº 7.892/2013

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que a utilização do SRP não é uma faculdade à disposição do gestor público. O art. 15, *caput*, através do vocábulo “sempre que possível”, deixa claro que a utilização dessa metodologia de compras é obrigatória nos casos em que for aplicável³³. Portanto, pode-se afirmar que a escolha por outro procedimento, quando couber o registro de preços, deve ser justificada³⁴.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. Cit.**, p. 194.

³¹ **Ibid, loc. cit.**

³² BOTTESI, Claudine Corrêa Leite. **Recentes alterações no Sistema de Registros de Preços**. 2013, p. 9. Disponível em: <http://www4.tce.sp.gov.br/questao-carona-e-o-tce-sp>. Acesso em: 05 jun. 2018.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Op. Cit.**, p. 83.

³⁴ A Consultoria Geral da União, órgão da Advocacia Geral da União manifestou-se no mesmo sentido através do Parecer nº 109/2013/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor Geral da União por meio do despacho nº 265/2014/SFT/CGU/AGU.

Embora a Lei nº 8.666/93 discipline timidamente as linhas gerais para a implantação do SRP, fica clara a preocupação do legislador com a lisura do procedimento.

O §1º da referida lei dispõe expressamente sobre a necessidade da realização de prévia e ampla pesquisa de mercado, a fim de evitar distorções nos preços registrados; o §2º estabelece a publicação trimestral dos preços registrados, prestigiando a transparência do procedimento;

Por seu turno, o §3º trata da regulamentação do SRP e a observância às peculiaridades regionais. Ressalte-se que o entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido da autoaplicabilidade do SRP, de modo que a regulamentação do SRP pode ocorrer até mesmo no próprio edital de licitação, sem a necessidade de norma regulamentadora, já que a Lei 8.666/93 oferece a baliza para as diversas soluções para a sua implantação.

O mesmo dispositivo traz outras regras para a o SRP, tais como adoção da modalidade licitatória de concorrência, prazo de validade da ata de registro de preços não superior a um ano, dentre outras, as quais trataremos oportunamente em tópico específico à luz do Decreto Federal nº 7.892/2013.

3.2.1 Hipóteses de admissibilidade do SRP

O art. 3º do Decreto Federal nº 7.892/13, elenca as hipóteses de utilização do Sistema de Registro de Preços na Administração pública federal. Vejamos:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III - quando 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; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Cumpre-nos fazer uma importante observação quanto à uma divergência doutrinária em torno do dispositivo transcrito: O rol elencado no art. 3º do regulamento federal é taxativo ou meramente exemplificativo?

Sob a vigência do Decreto nº 3.931/01 entendia-se que o rol de hipóteses de utilização do SRP era meramente exemplificativo, tendo em vista que o art. 2º do regulamento revogado trazia em seu texto a indicação de que o registro de preços seria utilizado “preferencialmente” nas hipóteses que indicava. O termo adotado no decreto levava à conclusão de que a Administração poderia lançar mão do registro de preços para qualquer contratação compatível com a sua sistemática, inclusive, essa era a posição majoritária da doutrina e prevalecente no TCU.

Com o advento do Decreto nº 7.892/13 a redação do dispositivo foi alterada para excluir o advérbio “preferencialmente”. Pela nova redação, o registro de preços “poderá” ser utilizado nas situações acima mencionadas, o que levou a parte doutrina a fazer uma interpretação restritiva do dispositivo, advogando pela sua taxatividade.

Em que pese o texto do dispositivo indicar o registro de preços “poderá” ser utilizado nas situações acima mencionadas, entendemos se trata de um rol meramente exemplificativo. Adotamos aqui o posicionamento de Bruno Gomes Bahia, que interpretando o art. 3º do regulamento à luz da Lei 8.666/93, entende que “o legislador teve a intenção patente em tornar o SRP a regra do ordenamento [e, portanto], seria um verdadeiro contrassenso afirmar que o SRP é a regra e ao mesmo tempo entender que suas hipóteses são taxativas”³⁵.

Nesse mesmo sentido, Joel de Menezes Niebuhr defende que, a partir de uma interpretação sistêmica do Estatuto das Licitações, a utilização do SRP para quaisquer objetos compatíveis com a sua sistemática é medida que se impõe, consagrando-se assim o princípio da eficiência nas contratações públicas:

Utilizar o registro de preços em relação a outros objetos afora as compras é medida que somente contribui para a eficiência, sem produzir qualquer rusga em relação a qualquer outro princípio jus-administrativo. Se o registro de preços é legítimo em relação às compras, é legítimo em relação a todos os demais objetos que se harmonizarem a sua sistemática. A propósito, o intérprete, com o mínimo de experiência com a Lei nº 8.666/93, sabe perfeitamente que o legislador não atentou a aspectos de ordem sistêmica. Logo, insista-se, não se deve apegar em detalhes de ordem literal e fazer um cavalo de batalha acerca do fato de o registro de preços ter sido posto na parte da Lei destinada às compras, frustrando a possibilidade de aplica-lo, com muito sucesso, no tocante a outros objetos³⁶.

³⁵ BAHIA, Bruno Gomes. **Sistema de Registro de Preços: Comentários ao Decreto 7.892/13**. Pará de Minas: Virtualbooks, 2015, p. 78-79.

³⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Op. Cit.**, p. 600

Em que pese a notável lição aduzida, advirta-se que se trata de opinião minoritária na doutrina e no âmbito do Tribunal de Contas da União. Prevalece atualmente o entendimento de que o rol do art. 3º do regulamento é taxativo, razão pela qual não é permitida a ampliação das hipóteses de cabimento.

3.2.2 Modalidades licitatórias aplicáveis ao registro de preços

O registro de preços não se enquadra como uma nova modalidade de licitação, como as previstas no art. 22 da Lei nº 8.666/1993 e no art. 1º da Lei nº 10.520/02, e muito menos como um novo tipo além daqueles já previstos no art. 45, §1º da Lei nº 8.666/93. Relembre-se que as modalidades admitidas no Brasil são a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o pregão. Quanto aos tipos de licitação, que diz respeito aos critérios de julgamento, admitem-se o menor preço, a melhor técnica, a combinação de melhor técnica com menor preço e maior lance.

O art. 7º do Decreto nº 7.892/2013 dispõe que “a licitação para registro de preços somente poderá ser realizada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço, ou na modalidade de pregão, e será precedida de ampla pesquisa de mercado”.

A concorrência, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é “a modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preenchem os requisitos previstos no edital”³⁷. Hely Lopes Meirelles, por sua vez, preleciona que se trata da “modalidade licitatória própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, registrados ou não, que satisfaçam as condições do edital [...]”³⁸.

Pontue-se que a intenção do legislador em determinar a utilização da concorrência no âmbito do SRP decorre de duas características marcantes dessa modalidade licitatória, que visam a ampliar ao máximo a competitividade do procedimento, quais sejam: a universalidade, que corresponde à possibilidade de que o maior número de interessados possa integrar a fase de habilitação preliminar do procedimento; e a publicidade, que determina a ampla divulgação da abertura do procedimento.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 389.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Op. Cit.**, p. 102.

Ademais, o regulamento do SRP determina a adoção do tipo menor preço no julgamento da licitação realizada pela modalidade de concorrência, a fim de mitigar a discricionariedade do gestor público e ampliar a objetividade na seleção da proposta. Contudo, por força §1º, do art. 7º, admite-se, excepcionalmente, a critério do órgão gerenciador e mediante despacho fundamentado da autoridade máxima do órgão ou entidade, o julgamento das propostas pelo tipo técnica e preço.

O pregão, por sua vez, é modalidade de licitação regulada na Lei nº 10.520/2002 e destina-se, em regra, à aquisição de bens e serviços comuns usualmente fornecidos pelo mercado³⁹ e necessariamente se realiza pelo tipo menor preço, por disposição expressa do art. 4º, X, do referido diploma legal. A modalidade possui disciplina e procedimento próprios, sendo marcada – dentre outras características – pela adoção dos princípios da oralidade e do informalismo, o que garante celeridade nas contratações públicas.

Finalmente, importa-nos destacar que utilização de uma ou outra modalidade no SRP depende da classificação do objeto a ser licitado, qualquer que seja o valor estimado do contrato a ser celebrado. Assim, tratando-se de bem ou serviço comum deverá ser adotado o pregão, caso contrário, a licitação deverá necessariamente ocorrer pela modalidade de concorrência.

3.2.3 Ata de Registro de Preços - ARP

De acordo com o contido no inciso II, art. 2º, do Decreto nº 7.892/2013, a ata de registro de preços é o 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.

Não há que se confundir ata de registro de preços com o contrato dela decorrente. Salutar é a distinção proposta por Bruno Gomes Bahia:

Com efeito, a ata é um documento que estabelece as obrigações, o compromisso e o registro de preços e fornecedores para futura contratação. A sua finalidade é prever as condições que irão reger a contratação, se a mesma houver. Já o contrato é o acordo de vontades entre a administração e a contratada para efetivamente prestar o objeto licitado. Há, portanto, uma

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. Cit.**, p. 585.

existência autônoma do contrato em relação à ata, embora aquele se formalize em razão desta, no âmbito do SRP.

A diferenciação ganha importância na medida em que se analisa o disposto no art. 12 do regulamento do SRP, conforme se demonstrará.

A regra inserta no §1º, do art. 12, veda que sejam efetuados acréscimos nos quantitativos fixados pela ata de registro de preços, inclusive o acréscimo de que trata o §1º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos⁴⁰. É de se notar que a vedação não alcança os contratos decorrentes da ata de registro de preços, porquanto possuem existência autônoma e são regidos pela Lei nº 8.666/93.

É também em decorrência da autonomia dos contratos em relação à ata, extrai-se do §2º, do art. 12, que a vigência do contrato não precisa coincidir com a da ata de registro de preços. Com efeito, a validade da ata tem sua disciplina no art. 15, §3º, III, da Lei nº 8.666/93, ao passo que os contratos dela decorrentes são regidos pelo art. 57 da mesma lei. Portanto, ao menos em tese, “é possível pactuar no último dia do prazo de validade de uma ata de registro de preços um contrato de serviços contínuos, prorrogável em até 60 meses”⁴¹, com base no art. 57, II, da Lei nº 8.666/93.

Saliente-se que o regulamento reproduziu art. 12, *caput*, a regra inserta na Lei nº 8.666/93, que determina que o prazo de validade da ata de registro de preços não poderá ser superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações, entendimento esse que já vinha sendo consagrado pelo TCU por meio do Acórdão nº 991/2009.

É de fácil apreensão que a extinção normal da ata de registro de preços ocorre em virtude do decurso de sua validade ou quando houver o consumo total dos itens nela registrados.

Por fim, pontua-se que a extinção anormal ocorre nas hipóteses dos arts. 20 e 21 do regulamento, que cuida dos casos de inadimplemento do beneficiário da ata, além de outras hipóteses genéricas da Lei nº 8.666/93. Não estenderemos a nossa análise a estes aspectos em virtude de não guardarem relação direta com o objeto do nosso estudo.

⁴⁰ “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”.

⁴¹ BAHIA, Bruno Gomes. **Op. Cit.**, p. 148.

3.2.4 Intenção de Registro de Preços – IRP

Nas licitações em que se utiliza o SRP na Administração pública federal, o art. 4º do Decreto nº 7.892/13 prevê a instituição obrigatória da Intenção de Registro de Preços – IRP. Trata-se de procedimento que possibilita aos órgãos e entidades interessadas na realização de licitação para registro de preços divulgar para o restante da Administração Pública a sua intenção de compra de determinado bem ou serviço, possibilitando a realização do procedimento em conjunto com os demais órgãos e entidades interessadas, a fim de potencializar a economia em face aumento da escala de contratação.

De mais a mais, objetiva-se com a IRP reduzir a adesão posterior à ata de registro de preços – ARP pelos órgãos e entidades que não participaram da fase de planejamento de compra compartilhada, os chamados “órgãos caronas”.

4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO SRP

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o estudo do Direito Administrativo enquanto sistema coerente e lógico deve partir da compreensão de que existe uma categoria jurídica básica, denominada regime jurídico-administrativo, representado pelo binômio da *supremacia do interesse público sobre o privado* e pela *indisponibilidade do interesse público*⁴².

Da supremacia do interesse público⁴³ sobre o privado decorre que toda atuação estatal tem como finalidade precípua a satisfação das necessidades coletivas. Significa dizer que os interesses específicos dos indivíduos devem ceder em face do interesse público, quando confrontados com o interesse individual de um administrado isoladamente. Para alcançar este fim, a Administração Pública goza de prerrogativas não extensíveis ao setor privado, tais como o exercício do poder de polícia, a autoexecutoriedade, a autotutela, dentre outros⁴⁴.

De outro lado, a indisponibilidade do interesse público representa as restrições impostas à Administração no trato com a coisa pública. De fato, a Administração e seus agentes não são titulares dos bens e interesses públicos, de maneira que não pode deixar de atuar quando o interesse público assim o exigir.

Como se vê, o regime administrativo revela uma tensão entre prerrogativas e restrições a que submete a Administração: “Se, numa face, o interesse público acarreta privilégio, noutra impõe obrigações rígidas, que devem ser cumpridas com esmero”⁴⁵. Com efeito, do conteúdo do regime jurídico-administrativo é que decorrem todos os demais princípios orientadores da atuação da administração pública, inclusive aqueles aplicáveis em especial às licitações públicas.

Acerca do que se entende por princípio, oportuna é a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. Cit.**, p. 53

⁴³ Marçal Justen Filho rejeita a tese da “supremacia” do interesse público. Para ele, “o único valor supremo é a dignidade humana, núcleo dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. A expressão “interesse público” não apresenta conteúdo próprio, específico e determinado. Costuma ser invocada para a satisfação dos interesses escolhidos pelo governante, o que é absolutamente incompatível com a ordem jurídico-constitucional vigente”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. Cit.**, p. 62.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Op. Cit.**, p. 62

⁴⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da Isonomia na Licitação Pública**, 1999. Dissertação (Mestrado), Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, p. 81. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/81335/147445.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01/06/2018.

Princípio é, pois, por definição, 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 exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Eis porque: violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra⁴⁶.

Joel de Menezes Niebuhr anota que “os princípios galgam superioridade na ciência jurídica, ensejando direitos subjetivos e adequando a hermenêutica aos valores sociais de justiça. A criação legislativa de regras jurídicas e a prática administrativa devem a eles corresponder”⁴⁷.

Na mesma esteira, Rita Tourinho ensina que “não se justifica princípio jurídico desprovido de obrigatoriedade e aplicabilidade, pois seria apenas instrumento de retórica, inútil para a realização do ideal de justiça”⁴⁸.

Pois bem, o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93 estabelece expressamente que o procedimento licitatório deve observar aos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Não se pode olvidar que o citado dispositivo não exaure os princípios a que a administração pública está vinculada no âmbito do procedimento licitatório, eis que o próprio texto legal se refere a estes como princípios básicos, certo de que existem outros princípios correlatos a serem observados, o que se extrai da própria redação do artigo.

Ressalte-se, ainda, que não há uniformidade entre os estudiosos da matéria quanto à indicação precisa dos princípios informativos da licitação pública. Cuidaremos neste tópico dos princípios aplicáveis de forma particular ao Sistema de Registro de Preços: o princípio da padronização, do parcelamento e da economicidade.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. Cit.**, p. 54

⁴⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Op. Cit.**, p. 108

⁴⁸ TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade e Controle Principiológico**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 61.

4.1 PADRONIZAÇÃO

O art. 15, I, da Lei nº 8.666/93 determina que as compras, sempre que possível, deverão “atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas”.

Nota-se que o princípio tem aplicação muito particular às licitações realizadas para o registro de preços, tendo “em vista produtos semelhantes que já integram o patrimônio público, como também deverá prever eventuais futuras aquisições”⁴⁹.

Entendemos não ser inadequado dizer que se trata de um princípio realizável na fase interna de licitação, que tem por objetivo orientar as aquisições futuras da Administração, a partir da definição e especificação dos itens que serão licitados, com base nas aquisições anteriormente realizadas.

A padronização aplicada às compras e aos serviços apresenta inúmeras vantagens, mormente a redução dos custos de manutenção, a redução da burocracia e a simplificação de mão-de-obra. Nessa esteira, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes enumera as vantagens, sem descuidar dos riscos potenciais proporcionados pela padronização:

A padronização pode ter várias vantagens, como o treinamento dos servidores para o manuseio do equipamento, barateamento do custo de manutenção, pela compra de peças de reposição com economia de escala e facilidade de substituição. Há, em alguns casos, desvantagens como impedir o avanço tecnológico e submeter as aquisições a um campo restrito de fornecedores, facilitando a formação de cartéis. Entre esses extremos, deve a decisão pela padronização refletir a prevalência do interesse público, dos princípios da eficiência, da economicidade, da impessoalidade, entre outros [...]”⁵⁰

Por seu turno, como efeito negativo da padronização Marçal Justen Filho aponta potenciais desvantagens que se consubstanciam nos riscos de inadequação da solução padronizada, de restrição indevida da competitividade e de elevação dos custos pela redução da competitividade⁵¹.

Cumpre-nos esclarecer que a padronização não se confunde com a preferência por determinada marca, assim entendida a indicação de produto com características

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. cit.**, p. 184.

⁵⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Op. Cit.**, p. 148.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. cit.**, p. 187-188.

exclusivas. Desde que a decisão administrativa seja motivada com a demonstração da vantagem e interesse público⁵², é plenamente possível que em decorrência da padronização a Administração faça a escolha por registrar uma marca específica sem com isso ofender a Constituição ou a Lei de Licitações. O que a lei “veda é a preferência subjetiva e arbitrária por um produto, fundada exclusivamente na marca”⁵³.

Finalmente, esclareça-se que o princípio da padronização tem o seu campo discricionário limitado. Assim, “se possível a padronização, não pode e não deve o administrador deixar de impô-la em favor do interesse público”⁵⁴. Entretanto, jamais poderá ser invocada de forma imotivada para restringir a competição ou impor exigências desnecessárias à utilidade dos objetos licitados.

4.2 PARCELAMENTO

O princípio do parcelamento aplicável às compras públicas encontra-se delineado no art. 15, IV, da Lei nº 8.666/93, que determina a subdivisão dos itens licitados “em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade”. Na mesma senda, o art. 23, §1º, do referido diploma dispõe que “as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”.

Depreende-se da leitura dos dispositivos que o parcelamento objetiva, em última análise, a ampliação da competitividade e da economicidade nas contratações públicas, “resultando necessariamente na obtenção de proposta mais vantajosa, objetivo determinante da licitação”⁵⁵.

Embora o art. 23, §1º induza à conclusão de que o parcelamento do objeto da licitação é medida obrigatória nas compras públicas, vale a ressalva de que a sua

⁵² “A indicação de marca na especificação de produtos de informática pode ser aceita frente ao princípio da padronização previsto no art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, desde que a decisão administrativa que venha a identificar o produto pela sua marca seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.376/2016. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 06/12/2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 dez. 2016.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. cit.**, p. 186.

⁵⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Op. Cit.**, p. 61.

⁵⁵ **Ibid.**, p. 64.

adoção ou não pelo gestor público perpassa pela ponderação à luz de critérios técnicos e econômicos⁵⁶. Assim, há situações em que o parcelamento é tecnicamente viável, mas a sua adoção é antieconômica.

No exemplo de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, imagine-se uma situação na qual determinado órgão inicia procedimento licitatório para a contratação conjunta de licenciamento de *software* e de treinamento de pessoal. É evidente que o parcelamento do objeto da licitação é plenamente viável, de modo que a o procedimento estaria viciado pela limitação ao caráter competitivo do certame. Por outro lado, não haveria que se impor o parcelamento se o valor do treinamento fosse ínfimo, sob pena de se adotar uma solução antieconômica para Administração⁵⁷.

4.3 ECONOMICIDADE

O princípio da economicidade está contido na noção de vantajosidade para a Administração, que é uma exigência do interesse público. A economicidade é uma das facetas do princípio da eficiência e considera a alocação ótima dos recursos públicos do ponto de vista econômico, cujo objetivo é a redução de desperdícios de dinheiro público, a simplificação e a agilidade na prestação de serviços pela Administração, observando-se a relação custo/benefício da atividade administrativa.

Um aspecto crucial, no entanto, distingue a economicidade administrativa daquela perseguida no setor privado. Nos dizeres de Marçal Justen Filho,

[...] O estado não está autorizado a escolher certa solução fundando-se exclusivamente no argumento da economicidade. Como regra, a máxima vantagem econômica é insuficiente para validar um ato administrativo infringente das regras acerca de formalidades⁵⁸.

Com efeito, a obtenção do menor preço ou das melhores condições de fornecimento não satisfazem a vantajosidade perseguida pela Administração, porquanto aqui apenas se realiza a partir da observância ao princípio da isonomia que é assegurado pelas formalidades do procedimento licitatório.

⁵⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Parcelamento x Solução Integrada**. Disponível em: https://jacoby.pro.br/novo/uploads/licita_es_e_contratos/juris/parcelamento/artigo_de_autoria_do_professor_jacoby.pdf. p. 4. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁵⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Parcelamento x Solução Integrada**. Disponível em: https://jacoby.pro.br/novo/uploads/licita_es_e_contratos/juris/parcelamento/artigo_de_autoria_do_professor_jacoby.pdf. p. 4-5. Acesso em: 15 jun. 2018.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. cit.**, p. 67-68.

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, o princípio é respaldado no âmbito do SRP no art. 15, §4º da Lei nº 8.666/93, que faculta à Administração a utilização de outros meios previstos na legislação, distintos do registro de preços, para a obtenção de proposta mais vantajosa do que aquela já registrada.

Por fim, ainda no que tange à aplicação do princípio ao registro de preços há aqueles que se posicionam a favor da adesão à ata de registro de preços ao argumento de que a prática prestigia a eficiência nas contratações públicas, evitando o dispêndio de recursos públicos para a repetição de um procedimento licitatório já realizado com sucesso por outro órgão da Administração. Neste sentido é a defesa de Lúcio André Pinto Ferraz:

[...] a repetição de uma licitação já realizada com sucesso por outro órgão da Administração macula os princípios da eficiência, economicidade e razoabilidade, por implicar dispêndio de tempo, dinheiro e eventualmente na agrura decorrente da frustração pela perda de todo o procedimento ou por uma trôpega execução. [...]⁵⁹.

⁵⁹ FERRAZ, Lúcio André Pinto. **Economia de escala na adesão a ata de registro de preços**. 2015. 38 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pós-graduação em Gestão Pública e Controle Externo, Escola de Contas e Gestão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Niterói, 2015. Disponível em: <<https://www.tce.rj.gov.br/>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

5 A FIGURA DO “CARONA” NO REGISTRO DE PREÇOS

O Decreto nº 7.892/2013 cuida de trazer a definição dos atores do Sistema de Registro de Preços. Para melhor compreensão da polêmica figura do “carona”, denominado no decreto como “órgão não participante”, importa-nos, diferencia-lo em relação aos demais personagens desse procedimento licitatório especial, quais sejam: o órgão gerenciador e órgão participante.

O art. 2º, inciso III, do referido decreto dispõe que o “órgão gerenciador” da ata de registro de preços é “o órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente”.

As atribuições cometidas ao órgão gerenciador estão previstas no art. 5º do decreto e incluem, dentre outras, a realização e instrução do procedimento licitatório propriamente dito, o gerenciamento da ata de registro de preços, a condução das renegociações dos preços registrados e a autorização para a utilização da ata pelo “carona”.

A definição do “órgão participante”, por sua vez, está prevista no inciso IV, do mesmo artigo, com redação dada pelo Decreto nº 8.250/2014⁶⁰. Nos termos do referido ato normativo, trata-se do “órgão ou entidade da administração pública que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços”.

As suas competências constam do art. 6º do decreto em análise e dizem respeito, basicamente, às providências que devem ser adotadas por este órgão, como o encaminhamento de sua estimativa de consumo ao órgão gerenciador, a fim de que este promova as adequações necessárias para o procedimento licitatório que será realizado.

Por fim, quanto ao órgão participante, convém sublinhar que o mesmo goza de prerrogativas do órgão gerenciador, como, por exemplo, o direito de requisitar, automaticamente, todos os objetos previstos no SRP⁶¹.

⁶⁰ A redação anterior do citado dispositivo restringia aos órgãos e entidades da Administração pública federal a participação na ata de registro de preços gerenciadas por órgãos da mesma esfera.

⁶¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços; carona de outras esferas de governo**. Disponível em: <http://www.biblioteca.sebrae.com.br>. Acesso em: 15 jun. 2018.

Repise-se que a realização do procedimento de registro de preços por vários órgãos é louvável, na medida em que “o registro de preços em conjunto aumenta os quantitativos licitados e, por conseguinte, a economia de escala, o que deve produzir economias para o Erário”⁶².

Interessa-nos, contudo, dar enfoque ao “órgão não participante”, vulgarmente apelidado de “carona”, porquanto é o objeto do nosso estudo.

O conceito do “órgão não participante” (carona) é dado pelo art. 2º, inciso V, do Decreto nº 7.892/2013, nos seguintes termos: “o órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços”.

A esse respeito, ensina Joel de Menezes Niebuhr que a “adesão à ata de registro de preços, apelidada de carona, é o procedimento por meio do qual um órgão ou entidade que não tenha participado da licitação que deu origem à ata de registro de preços adere a ela e vale-se dela como se fosse sua”⁶³.

Para clarear o *modus operandi* dessa polêmica figura, conveniente é a ilustração do citado professor. Vejamos:

Em termos práticos: a entidade “A” promove licitação para registro de preços com o propósito de adquirir quinhentos computadores. A empresa vencedora assina a ata de registro de preços e, pois, compromete-se a fornecer à entidade “A” os quinhentos computadores, nos termos do que fora licitado. O carona consiste na possibilidade de uma outra entidade, entidade “B”, que não teve qualquer relação com o processo de licitação realizado, aderir à ata de registro de preços da entidade “A” e adquirir com base nela também quinhentos computadores. Assim sendo, o fornecedor venderá quinhentos computadores para a entidade “A”, que promoveu a licitação, e outros quinhentos computadores para a entidade “B”, que não teve qualquer relação com a licitação outrora realizada⁶⁴.

Como se depreende da própria definição contida no decreto, a diferença central do “carona” em relação aos demais órgãos integrantes do SRP diz respeito ao momento em que aquele lança mão da ata de registro de preço alheia, cuja elaboração se deu, presumidamente, observando-se as necessidades e peculiaridades de outro órgão.

⁶² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3ª ed. Fórum, 2013. p. 636.

⁶³ **Ibid.**, p. 621.

⁶⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Op. Cit.**, p. 621.

A princípio, a adesão à ata de registro de preços se mostra uma solução inteligente de planejamento e organização na logística de aquisição de bens e serviços no setor público, contudo, tal prática tem recebido duras críticas por parte da doutrina administrativista, bem assim sequer é aceita por diversas cortes de contas do País⁶⁵.

A resistência doutrinária, à qual nos filiamos e nos debruçaremos nas próximas páginas deste estudo, diz respeito à violação de diversos princípios constitucionais a que está vinculada a administração pública, mormente os princípios da legalidade, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

5.1 EVOLUÇÃO NORMATIVA E O POSICIONAMENTO DO TCU

A figura do “carona” foi introduzida no âmbito das licitações públicas através do revogado Decreto nº 3.931/01, que previa, no art. 8º, a possibilidade de que a ata de registro de preços viesse a “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”.

À época de sua regulamentação o instituto sofreu diversas críticas doutrinárias, mormente em virtude do seu uso indiscriminado por parte dos órgãos públicos. Aduz Rodrigo Cesar Aguiar Vivas que “essa abertura legal propiciou o uso irrestrito e indiscriminado de tal prática, ensejando diversos “caronas” e dando azo a atas que alcançavam vultosas cifras, já que não inexistia limites a tais contratações”⁶⁶.

O Tribunal de Contas da União ao enfrentar a questão por meio do Acórdão 1.487/2007⁶⁷, apesar de não se contrapor à utilização desse mecanismo de contratação, entendeu à época que a adesão à ata de registro de preços na forma

⁶⁵ O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia é desfavorável a adesão à ata de registro de preços: “(...) é possível o Município regulamentar o sistema de registro de preços, na sua esfera de competência, conforme disposto no §3º, da Lei 8.666/93, tomando como modelo, no que lhe for aplicável, o Decreto Federal nº 3.931/2001, observadas, por sua universalidade, as modalidades de concorrência e pregão para a sua formalização, inadmitida a utilização da Ata de Registro de Preços por órgãos e entidades que não tenham participado do certame licitatório do próprio município, de outros municípios, do Estado e da União”. BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. Instrução Cameral nº 002/2012. 2ª Câmara. Salvador, 20 nov. 2012.

⁶⁶ VIVAS, Rodrigo Cesar Aguiar. **Evolução normativa e jurisprudencial do “Carona” no Sistema de Registros de Preços e perspectivas práticas da novel legislação (Decreto 7892/2013)**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, v. 2, n. 12, p.14451-14472, 2013. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/12/2013_12_14451_14472.pdf. Acesso em: 02 jun. 2018.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.487/2007. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 01/08/2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 ago. 2007.

prevista no Decreto nº 3.931/01 ofendia aos princípios administrativos, razão pela qual recomendou ao Executivo Federal que as regras do instituto fossem revistas, a fim de que se impusesse limites à quantidade de adesões, com objetivo de prestigiar a igualdade de competições entre os licitantes e a busca da proposta mais vantajosa para a Administração.

Mesmo após a recomendação da corte de contas, o Executivo Federal ficou-se inerte e não adotou qualquer medida conducente a limitar o número de adesões às atas de registro preços.

Diante do impasse, o TCU mais uma vez enfrentou a questão através do Acórdão nº 1.233/2012, prevalecendo entendimento de que todos os contratos decorrentes da ata de registro de preços não poderiam ultrapassar o montante licitado e quantidade nela consignada, independentemente do número de aderentes⁶⁸. Ademais, na mesma decisão o TCU firmou entendimento de que a fixação de quantitativos máximos de adesões posteriores deveria ocorrer no termo de convocação, tratando-se de obrigação e não mera faculdade do gestor⁶⁹.

⁶⁸ A propósito, vale o registro de Rodrigo Cesar Aguiar Vivas que, transcreve trecho do artigo de Joel de Menezes Niebuhr, intitulado “O novo perfil da adesão à ata de registro de preços conforme Acórdão 1233/2013, do Tribunal de Contas da União”, reconhece a ilegitimidade do TCU para estabelecer limites à adesão ao SRP, porquanto lhe é vedado inovar no mundo jurídico: “Atrai a atenção o fato do sobredito Acórdão nº 1.233/2012 não ter sido produzido em processo que tratasse diretamente do temário do registro de preços. Na verdade, a decisão foi tomada no bojo de amplo estudo realizado pelos técnicos do Tribunal de Contas da União sobre as licitações e os contratos de tecnologia da informação. São páginas e mais páginas (precisamente 151 páginas), com manifestações de diversos setores e níveis acerca da tecnologia da informação. No meio disso tudo, ombreado com bytes e megabytes, apareceu a limitação de adesão à ata de registro de preços. Um observador mais maldoso poderia supor que o Tribunal de Contas da União perdeu a paciência diante do descumprimento reiterado do Executivo acerca da definição de limites preconizada no Acórdão nº 1.487/2007 e resolveu ele mesmo, desfazendo-se da timidez, ao seu modo e ao seu juízo, fixar os sobreditos limites. A intenção que permeia o Acórdão foi a melhor e ele parte declaradamente da premissa segundo a qual tem havido abusos.

Ainda que se reconheça a boa intenção e a coragem de encarar o problema, convém ponderar a respeito do procedimento pouco ortodoxo do Tribunal de Contas da União, para não dizer inconstitucional. Embora esta delimitação de competências das cortes de contas seja bastante controversa, não cabe ao Tribunal de Contas da União definir limites que não são pressupostos em lei ou regulamento. Arvorou-se, nessa medida, à função legislativa ou regulamentar. Caberia ao Tribunal de Contas da União decidir pela legalidade ou não da adesão à ata de registro de preços diante de casos concretos. Não lhe é legítimo legislar ou mesmo regulamentar o tema, à vista do princípio da legalidade, enfeixado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, e da competência regulamentar que é outorgada ao Presidente da República pelo inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal”. VIVAS, Rodrigo Cesar Aguiar. **Evolução normativa e jurisprudencial do “Carona” no Sistema de Registros de Preços e perspectivas práticas da novel legislação (Decreto 7892/2013)**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, v. 2, n. 12, p.14451-14472, 2013. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/12/2013_12_14451_14472.pdf. Acesso em: 02 jun. 2018.

⁶⁹ FORTINI, Cristiana; PIRES, Maria Fernanda; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. Dos aspectos polêmicos da adesão tardia a atas de registros de preços. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 51-64, jul./ago. 2013. p. 58.

Em sede de pedido de reexame, o Executivo Federal solicitou ao TCU que as determinações do Acórdão nº 1.222/12 não fossem aplicadas de imediato, ao argumento de que a adoção de tais medidas naquele momento causaria transtornos à Administração pública. No julgamento do Acórdão 2.692/12 o pleito foi acolhido pelo TCU, permitindo-se que os novos limites fossem observados a partir de janeiro de 2013.

Com o advento do Decreto nº 7.892/2013, atualmente vigente, o Executivo federal finalmente impôs limites de adesão à ata de registro de preços, dedicando um capítulo específico para tratar da matéria. Entretanto, a decisão do TCU sequer foi levada em conta, porquanto o §4º do art. 22 do novo ato normativo fixou que o limite decorrente de adesões não poderia ultrapassar cinco vezes aquele registro na ata. Nos dizeres de Joel de Menezes Niebuhr, o Poder Executivo não prestou a deferência devida ao TCU, eis que “no Acórdão 1.233/2012, o Tribunal de Contas da União quis limitar as adesões à quantidade registrada inicialmente. O Decreto Federal nº 7.892/12 multiplicou por cinco”⁷⁰.

Como se viu, apesar das severas críticas doutrinárias, o Tribunal de Contas da União não se contrapôs a adesão à ata de registro de preços⁷¹, sobretudo em decorrência da adoção de limites quantitativos de adesão por força do Decreto nº 7.892/13.

Em que pese o respeitável entendimento do TCU, que a doutrina segue dividida quanto à conformidade do “carona” com os princípios que regem a administração pública e, sobretudo, àqueles relacionados ao processo licitatório, havendo, inclusive entendimento diverso entre as diversas cortes de contas do País.

Por outro lado, vale o registro de que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.814/17⁷², que discute a proposta de alteração legislativa do Sistema de Registro de Preços. O referido projeto de lei traz algumas mudanças relevantes, mormente quanto à obrigatoriedade da Intenção de Registro de Preços - IRP para todas as esferas da federação quando lançarem mão do sistema de registro de preços. Entretanto, o projeto de lei é omissivo quanto à possibilidade de adesão à ata

⁷⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Op. Cit.**, p. 622.

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.096/2015. Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 19/08/2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 jul. 2015.

⁷² É a ementa do projeto de lei: “Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011”.

de registro de preços, limitando-se a apresentar os conceitos de órgão gerenciador e participante. Com efeito, a ausência de referência poderá ser interpretada como o banimento da adesão à ata de registro de preços de outro órgão⁷³.

5.2 PROCEDIMENTO PARA ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

Muito embora se defenda nesse trabalho a ilegalidade da prática da adesão à ata de registro de preços, pelas razões que serão expostas no avançar da análise, não se pode perder de vista que a adoção desse artifício se tornou comum e amplamente aceita no seio da Administração pública.

Repise-se que a Lei nº 8.666/93 não faz qualquer menção a adesão à ata de registro de preços, sendo a mesma decorrência de inovação legislativa com a edição do Decreto nº 3.931/01 (atualmente revogado), que veiculava, de forma sucinta, a procedimentalização da utilização da ata por órgão não participante do procedimento licitatório.

Destarte, coube ao Decreto Federal nº 7.892/13 a criação de regras mais claras a respeito da utilização do malfadado procedimento de adesão à ata de registro de preços. Cumpre-nos discorrer, portanto, ainda que brevemente, acerca dos requisitos e limites impostos pelo decreto vigente. Tais regras serão doravante analisadas no esmiuçar do art. 22 do referido ato normativo.

Da dicção do *caput* do art. 22 se verifica o primeiro requisito: o órgão ou entidade não participante (carona) do procedimento deve justificar a vantajosidade da adesão à ata de registro de preços, em detrimento da realização de um novo procedimento licitatório.

Ensina Joel de Menezes Niebuhr que “a justificativa de vantajosidade depende de três aspectos, o primeiro qualitativo e o segundo quantitativo, e o terceiro econômico-financeiro, a respeito da compatibilidade do preço registrado com o praticado no mercado”⁷⁴. É dizer, cabe ao aderente comprovar que as características do item registrado atende às suas necessidades, que a quantidade disponível para

⁷³ FORTINI, Cristiana. Projeto que propõe mudanças no registro de preços requer atenção. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-23/interesse-publico-projeto-propoe-mudancas-registro-precos-requer-atencao>. Acesso em: 01 mai. 2018.

⁷⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Op. Cit.**, p. 626.

aquisição em ata seja suficiente para a sua demanda e, que o preço registrado na ata seja mais vantajoso do que se o próprio órgão promover a licitação.

Para além da demonstração da vantajosidade, o art. 22, *caput* e §1º, prevê que a adesão à ata de registro de preços por órgão não participante se dá através de consulta ao órgão gerenciador do procedimento licitatório, condicionando-se à anuência deste último. Neste ponto, insta salientar que após a autorização pelo órgão gerenciador, o aderente da ata passa a ter atribuições iguais ao de um outro órgão participante, devendo, portanto, fiscalizar todos os atos relacionados ao cumprimento das obrigações contratualmente assinadas.

O terceiro ponto não se refere rigorosamente a um requisito a ser observado. O art. 22, §2º, do decreto sob análise, estabelece que o fornecedor com preços registrados pode optar pela aceitação ou não do fornecimento decorrente de adesão. Com efeito, o beneficiário da ata de registro de preços somente está vinculado ao órgão gerenciador e aos participantes e, por isso mesmo, não pode ser obrigado a fornecer para órgãos que não participaram das fases iniciais de licitação. Conquanto não esteja obrigado ao fornecimento aos órgãos aderentes da ata, uma vez aceito, deve o beneficiário da ata observar todas as regras do edital, os produtos e as características dos itens registrados.

O art. 22, §3º, cuida dos limites de contratação pelo órgão carona. Assim, tem-se, que as aquisições são limitadas, 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.

O outro limite diz respeito ao quantitativo de aquisições que podem ser realizadas considerando todas as aquisições, por todos os órgãos que se valem da ata, inclusive os órgãos carona, independentemente de quantos sejam. Quanto a este limite, o art. 22, §4º, estabelece que as adesões à ata de registro de preços não podem exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem.

Tecendo comentários a este dispositivo, Joel de Menezes Niebuhr defende que “o limite é desenhado por cada edital. Se o edital for omissivo e não estabelecer os limites expressamente, não se poderá admitir qualquer adesão”⁷⁵.

⁷⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Op. Cit.**, p. 629.

Já o art. 22, §6º, introduz regra segundo a qual o órgão não participante tem prazo em até noventa dias para contratação, contados da autorização pelo órgão gerenciador. O dispositivo não suscita grandes indagações. Cabe tão somente destacar que o órgão não participante da licitação, ao solicitar autorização ao órgão gerenciador para utilização da ARP, deve indicar de antemão o quantitativo que pretende contratar, sendo vedada a execução do contrato de forma parcelada, o que só se permite aos órgãos participantes e gerenciador da ata de registro de preços.

Por fim, a leitura do art. 22, §8º, do Decreto Federal nº 7.892/13 indica que é vedado aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal a adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual.

Por sua vez, o art. 22, §9º, prevê que é facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais e estaduais a adesão à ata de registro de preços da Administração Pública Federal.

Note-se que citado dispositivo não faz qualquer restrição quanto à adesão em ata de registro de preços federal por parte de órgãos vinculados a outros entes federativos⁷⁶. Contudo, o decreto veda que a Administração pública federal figure na qualidade de “carona” nas atas provenientes de Estados e Municípios.

⁷⁶ Acerca dessa opção adotada no âmbito federal, salutar é o comentário de Cristiana Fortini ao art. 22, §8º, do Decreto Federal nº 7.892/13: “É bem provável que a nova orientação do Decreto Federal nº 7.892/13 se dê em virtude de a ata obtida por Estados e Municípios não se revelar atraente, já que o poder de compra da Administração Federal, em princípio, torna suas licitações palcos em que a disputa mais acirrada repercute positivamente por meio de preços mais vantajosos. Além disso, não podemos esquecer que a publicidade em âmbito federal é muito mais ampla do que a realizada pelos Estados e Municípios”. FORTINI, Cristiana; PIRES, Maria Fernanda; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Dos aspectos polêmicos da adesão tardia a atas de registros de preços**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 51-64, jul./ago. 2013, p. 54.

6 O “CARONA” E OS PRINCÍPIOS REGENTES DO PROCESSO LICITATÓRIO

6.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

6.1.1 Legalidade

O princípio da legalidade encontra-se estabelecido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e se ampara na regra do art. 5º, II da Lei Maior, que traz uma garantia fundamental aos administrados no sentido de que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Para Hely Lopes Meirelles a legalidade “significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar”⁷⁷.

Em outros termos, diferentemente dos particulares, que podem agir e travar relações jurídicas das mais variadas, desde que não haja impedimento legal, a atuação da Administração pública somente é autorizada quando houver permissão em lei para tanto, seja de forma expressa ou implícita: “a lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”⁷⁸.

Em que pese a vinculação do administrador público à lei, há aqueles que defendem que a interpretação desse princípio não pode se dar de forma absoluta, a ponto de causar o engessamento da atuação administrativa na busca pelo bem comum⁷⁹.

Neste sentido, preleciona Lúcia Valle Figueiredo:

[...] o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse sempre que encontrar arrimo expresso em norma específica que dispusesse exatamente para aquele caso concreto⁸⁰.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 41ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2015. p. 90

⁷⁸ **Ibid.**, p. 91

⁷⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Op. Cit.**, p. 114

⁸⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 42.

E arremata no sentido de que a observância estrita à legalidade somente deve se dar nos atos da Administração que impliquem sanções ou restrições a direitos, porquanto a legalidade da atuação administrativa deve ser aferida em um sentido mais extenso, qual seja, em sua conformidade com o Direito e, portanto, aos princípios norteadores de todo o Direito Administrativo:

Entendemos – e firmemente – que não é possível, diante do ordenamento jurídico, e não apenas de simples leis, omitir-se o administrador de solver a questão que lhe for posta por entender faltar norma expressa, desde que – como já acentuado – tal integração não leve a imposições ou a sanções⁸¹.

Corroborando este entendimento, Joel de Menezes Niebuhr assevera que “os princípios, em decorrência de sua elevada abstração e generalidade, autorizam a Administração à prática de uma série de atos que não precisam estar predeterminados em lei alguma”⁸².

No que se refere às licitações públicas, o princípio da legalidade é previsto de forma expressa no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93. José dos Santos Carvalho Filho afirma que “no campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento”⁸³. Portanto, é a observância da legalidade que exige a escolha da modalidade licitatória mais adequada, os critérios de diferenciação entre os licitantes e tudo o mais.

Para Hely Lopes Meirelles, quando aplicado às licitações, o princípio da legalidade, ao qual também se refere como princípio do procedimento formal, deve ser analisado sob um olhar mais amplo, porquanto não se relaciona somente às prescrições legais que regem o seu procedimento, mas também aos regulamentos, ao edital e suas alterações, que vinculam tanto a Administração quanto os licitantes⁸⁴.

Em matéria de SRP, subsiste a controvérsia acerca da possibilidade da utilização da metodologia de registro de preços para outras espécies de contratação afora compras e serviços comuns, independentemente de autorização legal.

Como dito em linhas pretéritas, prestigiados administrativas aos quais nos filiamos, defendem que a lei de licitações carece de interpretação sistêmica, de modo

⁸¹ **ibid.**, p. 45

⁸² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Op. Cit.**, p. 116

⁸³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. Cit.**, p. 251.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo: de acordo com a Lei 8.666, de 21.6.1993, com todas as alterações posteriores**. 15a. ed. atualizada ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010. p. 32.

que a utilização do SRP para contratação de quaisquer objetos compatíveis com a sua sistemática não implicaria necessariamente violação ao princípio da legalidade.

a) Da extrapolação dos limites do Poder Regulamentar

Na esteira do que mencionamos acima, o princípio da legalidade, inserto no *caput*, do art. 37, da Constituição Federal, propaga a noção de que o Administrador público, no exercício das suas funções, encontra-se submetido aos mandamentos da lei, sendo-lhe vedado atuar com base em opções que arbitrariamente considera adequadas.

Forte nisso, entendemos que a figura do “órgão carona” é manifestamente ilegal⁸⁵, porquanto a sua criação por meio de decreto excede os limites de competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo, nos termos em que confere o art. 84, IV, da Constituição Federal⁸⁶.

Ora, em sendo fonte secundária do Direito o regulamento não tem o condão de inovar no ordenamento jurídico, porquanto ocupa posição de subordinação em relação às leis⁸⁷. Com efeito, ao regulamento é vedado impor obrigações ou conferir direitos aos administrados, em estrita harmonia com o art. 5º, II da CF, destinando-se exclusivamente a dar fiel cumprimento à lei.

É mister, todavia, distinguir o regulamento executivo ou decreto regulamentar, previsto no art. 84, IV, da Constituição Federal, e o decreto autônomo, espécie de ato normativo introduzido em nossa ordem constitucional por força da EC 32/2001.

⁸⁵ Segundo entendimento do STF, a discussão se situa no campo da ilegalidade, não se podendo falar em inconstitucionalidade: “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 caracterizará, 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 apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada”. ADI 996-MC, Rel. Min. Celso de Mello

⁸⁶ “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”.

⁸⁷ Neste particular, pertinente é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello ao conceituar o regulamento no Direito brasileiro como “[...] ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à **execução de lei** cuja aplicação demande a atuação da Administração Pública”. (grifo do autor). MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. Cit.**, p. 355.

O poder regulamentar autônomo é atribuição dada ao Presidente da República para editar, mediante decreto, atos relativos a “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”, bem como para dispor sobre “extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”, conforme preconiza o art. 84, VI, da Constituição Federal.

Assim, diferentemente do regulamento executivo, o decreto autônomo é ato primário, exclusivo do chefe do poder executivo, editado sem base em lei, apto a inovar no direito e criar e extinguir, por força própria, situações jurídicas, direitos e obrigações. Frise-se, contudo, que as hipóteses de edição dessa espécie de ato normativo são restritíssimas.

Tratando especificamente do Sistema de Registro de Preços, depreende-se da leitura do art. 15, §3º, da Lei nº 8.666/93 que a sua regulamentação deve ser feita necessariamente por decreto [executivo], porquanto a figura do decreto autônomo somente é aplicável nas restritas hipóteses acima elencadas e somente foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico anos depois da edição da Lei de Licitações.

Saliente-se, inclusive, que o preâmbulo do próprio Decreto nº 7.892/13 faz menção ao art. 84, *caput*, inciso IV, da Constituição – que se refere ao decreto executivo, e a ementa do mesmo explicita a regulamentação do “[...] Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993”, indicando que o mesmo possui natureza jurídica de decreto regulamentar, razão pela qual lhe é vedado inovar a ordem legal.

Diante dessas considerações, entendemos que a figura do “órgão carona” é flagrantemente ilegal, eis que foi inserida no mundo jurídico através do Decreto nº 3.931/02 sendo posteriormente abrigada no Decreto nº 7.892/13 e, em que pese a ampla aceitação da prática pela Administração pública, sua existência desafia o princípio da legalidade e ofende a Lei Maior. Com efeito, não há previsão expressa ou implícita na Lei nº 8.666/93 ou em qualquer outra lei brasileira, que autorize a utilização da ata de registro de preços por órgão alheio ao certame licitatório.

À vista disso, significativa é a lição de Toshio Mukai:

Nosso posicionamento pessoal é no sentido de que o “carona” só poderia ser instituído na ordem legal por expressa disposição de lei. Da mesma forma como todas as demais inovações criadas pelo Decreto nº 3.931/01, já

comentadas anteriormente, a criação da figura do órgão/entidade que se aproveita de uma licitação da qual ele não realizou e nem dela participou por qualquer meio não poderia ser feita por um diploma legal que não tem competência para tal. Assim, como posto atualmente, o “carona” fere profundamente a ordem legal⁸⁸.

Na mesma linha, Hely Lopes Meirelles é peremptório ao afirmar que “o decreto extrapolou, exorbitou, foi além da lei que regulamentou, permitindo o que ela não permite; ferindo, portanto, o princípio da legalidade”⁸⁹.

b) Criação de hipótese de dispensa de licitação pelo Decreto nº 7.892/13

A violação da legalidade pelo Decreto nº 7.892/13 não se exaure no extravasamento do objeto do poder regulamentar. Para além do que já foi exposto, parte da doutrina administrativista argumenta que a figura do “carona” no procedimento do SRP cria uma nova hipótese de dispensa de licitação sem previsão legal.

Analisando detidamente o art. 37, XXI, do texto constitucional extrai-se que a contratação de obras, serviços, compras e alienações no âmbito da Administração pública está necessariamente vinculada à realização de procedimento licitatório, fazendo ressalvas aos casos especificados na legislação. Tais hipóteses estão previstas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93 e referem-se aos casos de dispensa e inexigibilidade da realização de procedimento licitatório, permitindo a contratação direta de fornecedores.

Vale lembrar que o art. 25 da referida lei apresenta uma lista de situações em que a licitação é inexigível, referindo-se àquelas situações em que não viabilidade de competição entre fornecedores. Por óbvio, trata-se de um rol meramente exemplificativo, eis que o dispositivo legal jamais não conseguiria esgotar todos os casos em que a competição não é factível.

O art. 24, por outro lado, cuida das situações em que o procedimento é dispensável. São casos em que a licitação é possível, mas a própria lei deixa ao arbítrio do gestor, observados os critérios oportunidade e a conveniência, a opção pela realização ou não do procedimento licitatório. Diferentemente do dispositivo

⁸⁸ MUKAI, Toshio. **O efeito “carona” no Registro de Preços: um crime legal?** Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 114, n. 41, p.103-108, 2009, p. 105. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/19>. Acesso em: 06 jun. 2018.

⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Op. Cit.**, p. 88.

analisado no parágrafo anterior, os casos de dispensa de licitação apresentam-se em uma lista restritiva, que somente pode ser ampliada por lei.

Não se perca de vista que toda a Administração pública, assim entendida “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”, nos exatos termos art. 6º, XI da Lei nº 8.666/93, se sujeita à obrigatoriedade de licitar para realizar as suas contratações e, portanto, deve obedecer às regras fixadas na Lei nº 8.666/93, sob pena de ferir, reflexamente, o comando constitucional.

Com efeito, ao se aproveitar de licitação realizada por outro órgão ou entidade, o “órgão carona” burla a regra do art. 37, XXI da Constituição, segundo a qual a licitação somente pode ser dispensada nos casos previstos em lei.

Repise-se, não há em qualquer lei brasileira previsão para essa hipótese de dispensa de licitação, vedando-se, portanto, a forma de contratação direta por meio da adesão à ata de registro de preços, que fora criada impropriamente por meio de regulamento.

6.1.2 Isonomia e Impessoalidade

O princípio da isonomia, ou princípio da igualdade, foi consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que estabelece a igualdade de todas as pessoas perante a lei. Por este princípio proíbe-se que a Administração confira tratamento discriminatório ou privilegiado aos administrados que estejam numa mesma situação jurídica.

Joel de Menezes Niebuhr esclarece que a abstração e a generalidade conformam a própria essência dos princípios, a fim de que sua aplicação não se restrinja a situações muito particularizadas.

A par disso, é certo que há casos em que os princípios carecem de maior efetivação na aplicação a determinados institutos, como é o caso da licitação, o que levou o constituinte a destacar a primordialidade da isonomia em face dos demais princípios aplicáveis, consoante se extrai do inciso XXI, do art. 37, da Constituição

Federal, ao determinar que o procedimento licitatório assegurará a igualdade de condições a todos os concorrentes no certame⁹⁰.

De fato, reproduzindo o preceito constitucional, a Lei 8.666/93, já no *caput* do art. 3º, dá proposital relevância à isonomia em relação aos demais princípios que regem o procedimento licitatório e, por óbvio, ao SRP, podendo-se afirmar, categoricamente, que a isonomia ocupa posição privilegiada na base principiológica do instituto.

Não se pode olvidar que sem a observância ao princípio da isonomia não há que se falar em licitação, porquanto precede até mesmo a obrigatoriedade de que a Administração Pública lance mão da realização de um procedimento formal para a contratação de seus fornecedores. Nessa toada, a lição de Joel de Menezes Niebuhr é precisa:

[...] se não fosse para garantir o princípio da isonomia seria desnecessária e descabida a exigência de licitação pública. Somente se explica um procedimento administrativo antecedente e condicional à celebração de um contrato administrativo, se este assegura a igualdade de todos os interessados. Caso contrário, bastaria ser feita uma pesquisa de preços, adequando-se às necessidades da Administração. Toda a formalidade que é inerente à licitação pública, só tem sentido, se se respaldar na isonomia⁹¹.

E prossegue, citando Adilson Abreu Dallari:

O princípio da isonomia, por si só, elencado em dispositivo constitucional que não se refere diretamente à Administração, tem a força de obrigá-la a realizar a licitação. A magnitude do princípio é de tal monta, que a própria regra a respeito da licitação pública é dele decorrente. Não há necessidade de outra norma que tome obrigatória a realização de licitação pública para a feitura de contratos administrativos, pois o princípio da isonomia já é o bastante⁹².

Por outro lado, o princípio da isonomia não implica necessariamente a inexistência de qualquer diferenciação entre os particulares que têm interesse em contratar com a Administração.

⁹⁰ “Seguindo esse pensamento, ao centrar o inciso no verbo assegurar, agiu o constituinte com precisão, deixando clara a amplitude com que a isonomia deve ser tomada. É que o verbo assegurar carrega consigo a exigência de uma ação positiva dos agentes públicos, não devendo tão-somente atentar-se, pautar-se ou respeitar a isonomia. Mais do que isto, deve-se assegurá-la. Trata-se de uma exigência destinada mormente ao legislador infraconstitucional, que, incumbido de fazer a lei das licitações públicas e descer a aspectos procedimentais e formais, poderia singelamente abster-se de visar à isonomia. No entanto, o legislador deve assegurá-la, disciplinando toda a licitação pública sob suas bases”. NIEBUHR, Joel de Menezes. **Op. Cit.**, p. 105.

⁹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Op. Cit.**, p. 89

⁹² **Ibid, loc. cit.**

Como bem destaca Hely Lopes Meirelles, o princípio não veda que a Administração estabeleça critérios mínimos a serem observados pelos que pretendem participar do certame licitatório, “desde que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público”⁹³.

Neste particular, a própria Lei nº 8.666/93 faz ressalvas ao princípio da igualdade que se revela, por exemplo, na existência de margens de preferência para licitantes que atendam a determinados requisitos, na adoção de critérios especiais de desempate, e em relação às peculiaridades ou natureza do bem a ser adquirido, dentre outros⁹⁴.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, encontra guarida no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Não há uniformidade na doutrina acerca da definição do referido princípio. Para alguns – a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho – o princípio da impessoalidade corresponde ao próprio princípio da igualdade, ressaltando que a impessoalidade traduz a ideia de que a Administração deve dispensar tratamento isonômico a todos os administrados⁹⁵.

Voltando os olhos para aplicação do princípio ao campo das licitações públicas, importa-nos ter em mente que a impessoalidade veda ao agente público a tomada de decisões no curso do procedimento com base em suas pretensões ou gostos pessoais, seja para favorecer ou prejudicar qualquer pessoa direta ou indiretamente interessada no certame.

a) “Cardápio” de registro de preços

O princípio da impessoalidade traduz a noção de que a Administração deve dispensar tratamento isonômico a todos os administrados, razão pela qual se diz que a impessoalidade corresponde ao próprio princípio da igualdade. Certo é que a impessoalidade veda aos agentes administrativos a tomada de decisões que visem atender a interesses pessoais ou de terceiros, garantindo-se a isonomia de tratamento a todas as pessoas. Como já dissemos alhures, no campo das licitações públicas a

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Op. Cit.**, p. 41.

⁹⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 178

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. Cit.**, p. 117

isonomia é assegurada, em última análise, pela observância dos ritos procedimentais estabelecidos.

Sob esse prisma, a adesão à ata de registro de preços por órgão não participante do procedimento licitatório se mostra extremamente danosa ao interesse público. Explica-se.

A partir da enorme aceitação do SRP, mormente pela possibilidade de adesão à ata por órgãos não integrantes do procedimento licitatório, criou-se na Administração pública uma espécie de “cardápio” de registro de preços, permitindo todo tipo de violação aos princípios regentes da atividade administrativa.

Imagine-se o seguinte: os órgãos “A”, “B” e “C” promovem, individualmente, licitação para registro de preços de automóveis. Após regular procedimento licitatório o órgão gerenciador A registra preços do item do modelo “Palio”, o órgão B registra preços do modelo “Gol” e órgão “C”, por sua vez, registra preços do modelo “Uno”. Ocorre que o órgão “D” pretende aderir às atas de registro de preços dos órgãos gerenciadores “A”, “B” e “C” e, valendo-se previamente da informação de quais foram os modelos e os fornecedores dos veículos registrados em cada uma das atas, pode definir, com base em critérios pessoais, a qual ata vai aderir, selecionando, conseqüentemente, o modelo desejado, “Gol”, “Palio” ou “Uno”.

Essa situação esdrúxula, permite que sejam feitas contratações com base em critérios pessoais para escolher o tipo de bem que pretende adquirir e o fornecedor com o qual irá contratar, violando de forma flagrante a impessoalidade, a moralidade, o julgamento objetivo, dentre outros. Não demais dizer que a prática ilegal também prestigia a ineficiência do mau gestor público.

Ademais, a ARP também ofende gravemente ao princípio da isonomia, na medida em que a adesão cria privilégios ao beneficiário da ata. Suponha-se, a partir do exemplo anterior, que o órgão gerenciador “A” promova registro de preços para futura aquisição de 5 veículos. Em razão da possibilidade de adesão à ata o fornecedor poderá acabar sendo contrato por diversos outros órgãos, podendo vender ao todo, nos limites fixados pelo §4º, do art. 22, do Decreto nº 7.892/13, até 25 veículos.

Nota-se, portanto, que nem mesmo a adoção de limites pelo atual regulamento impede a malferimento da isonomia, visto que teria de “assegurar-se a todos os

fornecedores tratamento equivalente, eis que o titular do preço não formulara proposta para realizar a contratação que se consumou”⁹⁶.

No ponto, Marçal Justen Filho argumenta, com precisão, que “o direito assegurado ao vencedor de uma licitação consiste em realizar exclusivamente as contratações nos limites previstos no edital, **admitidas as alterações permitidas em lei**”⁹⁷ (grifo nosso).

6.1.3 Moralidade e da Probidade administrativa

O princípio da moralidade está insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal e dele decorre que a Administração pública e seus agentes devem balizar suas condutas por preceitos éticos, de modo que, para além dos critérios de oportunidade, conveniência e justiça, possam distinguir o que é honesto do que é desonesto⁹⁸.

No que toca à licitação, os princípios da moralidade e da probidade encontram guarida no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93⁹⁹, e são de observância obrigatória tanto por parte dos agentes da Administração quanto dos licitantes.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro diz que a referência aos princípios da moralidade e da probidade no mesmo dispositivo da Lei nº 8.666/93 decorre do fato de que a moralidade, ainda que prevista na Constituição, possui conteúdo inespecífico, indeterminado, ao passo que a improbidade administrativa possui contornos mais bem definidos no próprio texto constitucional, uma vez que prevê sanções para punir servidores públicos e particulares que nela incidem, consoante se extrai do art. 37, §4º, da Constituição Federal¹⁰⁰.

Na tentativa de esclarecer o alcance do princípio da moralidade, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, aludindo às lições de Márcio Cammarosano, que a

⁹⁶ **Ibid., loc. cit.**

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. Cit.**, p. 210.

⁹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. Cit.**, p. 22

⁹⁹ Marçal Justen Filho ensina que “ainda quando as expressões não tenham significação precisa, “a moralidade” abarcaria a “probidade”. A utilização cumulativa das expressões não representa conceitos diversos”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. Cit.**, p. 75. Por sua vez, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes aludindo aos ensinamentos de João Carlos Mariense Escobar refere que “os princípios da moralidade e da probidade administrativa, que nos parecem de conteúdo semelhante, decorrem de uma regra moral que deve embasar toda ação administrativa [...] as teorias que procuram diferenciá-los quedaram-se na doutrina pátria”. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Op. Cit.**, p. 41 **apud** ESCOBAR, João Carlos Mariense. **Licitação: teoria e prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993. p. 19.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Op. Cit.**, p. 365.

observância ao princípio em comento não se faz no campo da moral comum, mas liga-se àqueles valores morais contemplados nas normas jurídicas:

[...] não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria¹⁰¹.

Nessa mesma esteira, José dos Santos Carvalho Filho assevera que a imoralidade sempre corresponderá à violação do princípio da legalidade, muito embora os referidos princípios tenham essencialmente conteúdos distintos:

Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí violará, *ipso facto*, o princípio da legalidade. Em outras, residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa¹⁰².

Da lição de Marçal Justen Filho extrai-se que “a ausência de disciplina legal não autoriza o administrador ou particular a uma conduta ofensiva à ética e à moral. A moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida”¹⁰³.

A exigência coletiva de que a conduta dos agentes da Administração seja pautada por critérios éticos é de tal relevância que se desenvolveram instrumentos de tutela jurisdicional à disposição dos cidadãos, como a *ação popular*, prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº. 4.717/65, com o objetivo de anular ato lesivo à moralidade administrativa, dentre outras hipóteses.

Cite-se, ainda, a *ação civil pública*, prevista no art. 129, III, da Constituição e regulamentada pela Lei nº 7.347/85, que dá legitimidade ao Ministério Público, à Defensoria Pública, aos entes federativos, às entidades da administração indireta e às associações constituídas há mais de um ano¹⁰⁴, para valer-se deste instrumento de proteção à moralidade administrativa.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. Cit.**, p. 124.

¹⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. Cit.**, p. 22.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. Cit.**, p. 75.

¹⁰⁴ O art. 5º, inc. V, alínea “b”, da Lei nº 7.347/85 exige ainda que a associação “inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

Por fim, registre-se que a Lei nº 8.429/92, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, pune várias condutas previstas no Estatuto das Licitações, notadamente aquelas previstas nos arts. 89 a 99, as quais atentam contra a moralidade exigida no procedimento licitatório, que deve ser marcado pela lisura, honestidade e comportamento ético entre as partes envolvidas e em relação à coletividade.

a) Da violação ao princípio da moralidade

Em tópicos antecedentes já tivemos a oportunidade de discorrer sobre o “cardápio” de registro de preços criado nos órgãos da Administração em decorrência da realização de licitações para registro de preços com possibilidade de adesão à ata por “órgãos carona”. Tal prática dá margens para a violação dos princípios regentes da atividade administrativa, notadamente a impessoalidade e a moralidade.

A análise da violação da moralidade é delicada, pois seria precipitado de nossa parte afirmar que todas as licitações em que se permitiu a adesão à ata de registro de preços estaria viciada pela violação ao referido princípio. Todavia, não pode ser ignorado que a prática de “pegar carona” favorece a corrupção, mormente no Brasil, onde se é noticiado diariamente a ocorrência de desvios de condutas de agentes públicos, geralmente envolvendo fraudes em licitações públicas.

Neste particular, oportuno é voto proferido oriundo do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo¹⁰⁵ de lavra do Conselheiro Claudio Ferraz de Alvarenga:

[...] Ademais, a “carona” é campo fértil para o administrador ímprobo que, na perspectiva de adquirir bens ou serviços, poderá negociar com contemplados(s) em ata(s) realizar licitação ou optar por celebrar o contrato com aquele que lhe ofereça vantagem ilícita, em grave afronta aos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade¹⁰⁶.

Não é sem razão que Joel de Menezes Niebuhr destaca que a adesão à ata de registro de preços “expõe de maneira excessiva e desnecessária os princípios da

¹⁰⁵ Seguindo a orientação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o art. 2º do Decreto Estadual nº 58.494/2012 revogou os dispositivos do Decreto nº 47.945/2003, que autorizavam a figura do “carona”.

¹⁰⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Acórdão nº TC-038240/026/08. **Diário Oficial**. São Paulo, 12 dez. 2008.

moralidade e da impessoalidade, já que enseja todo tipo de *lobby*, tráfico de influência e favorecimento pessoal”¹⁰⁷.

6.1.4 Eficiência

O princípio da eficiência foi acrescentado ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal a partir da EC nº 19/1998, também conhecida como emenda da reforma administrativa, eis que introduziu no texto constitucional comandos para a elaboração de leis que prestigiassem a participação dos usuários de serviços públicos na administração direta e indireta, bem como alterou desde a disciplina da estabilidade e do regime de remuneração dos servidores públicos até a forma de acesso aos cargos públicos¹⁰⁸.

No ponto que nos interessa, qual seja, a consagração da eficiência ao *status* de princípio constitucional, tem-se que Administração pública deve pautar sua atuação na busca pela produtividade e economicidade. É dizer, para a concretização da eficiência, que é uma exigência para o alcance do interesse público, o gestor público deve observar a qualidade, a celeridade, a presteza, a desburocratização e a flexibilização na prestação dos serviços públicos, aqui compreendidos amplamente, tanto em relação àqueles prestados diretamente à coletividade quanto às atividades administrativas internas dos órgãos e dos agentes públicos.

Invocando a doutrina italiana, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que a eficiência, ou o chamado princípio da boa administração, se concebe a partir do princípio da legalidade, “pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”¹⁰⁹.

Por tudo quanto exposto em linhas pretéritas, não se questiona que a eficiência também alcança o procedimento licitatório e este, por sua vez, implica a necessidade

¹⁰⁷ 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 TCE-PE, Recife, v. 18, p.28-52, jun. 2011, p. 50 **apud** NIEBUHR, Joel de Menezes. “Carona” em ata de registro de preços: atentado veemente aos princípios de direito administrativo. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, Curitiba, n. 143, p. 13-19.

¹⁰⁸ MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. **Reforma Administrativa: A Emenda nº 19/98.** Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 11, n. 1, p.41-49, jan. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional///index.php/informativo/article/view/166/137>. Acesso em: 20/01/2018.

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Op. Cit.**, p. 126

da celebração de contratos vantajosos para a Administração e que satisfaçam ao interesse público, consoante preconiza o *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Nos dizeres de Joel de Menezes Niebuhr, “a licitação visa à obtenção do melhor preço, do melhor produto e do melhor fornecedor”, e arremata afirmando que “o interesse público, abraçado pela eficiência, reclama agilidade para a feitura de seus negócios jurídicos”¹¹⁰.

Na perspectiva do autor, e tratando especificamente das licitações públicas, o princípio da eficiência ganha maior importância na medida em que se relaciona intimamente ao princípio da isonomia:

Garantindo a isonomia, assegura-se a *competitividade* e, queira-se ou não, o oferecimento de propostas variadas e em maior número, que, aumentando o universo de escolha da Administração Pública, dá azo ao acolhimento daquela que realmente seja a melhor, em outros termos, a mais eficiente¹¹¹.

Vê-se, portanto, que uma atuação considerada eficiente demanda que o agente público tenha maior liberdade para entabular negociações, muito embora não se possa descuidar da atenção à isonomia. A isonomia, por sua vez, é assegurada pela observância de uma série de formalidades pelo gestor público, as quais não podem ser desprezadas em nome da eficiência.

a) Eficiência a qualquer custo?

Em sentido contrário a tudo que expomos até aqui, não se pode olvidar que há aqueles que defendem irrestritamente a prática conhecida como “carona”. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes Filho, um dos precursores do SRP no Brasil, não vislumbra a existência de vícios na adesão à ata de registro de preços por nenhum dos motivos elencados acima¹¹².

Para o autor, uma vez respeitadas as regras de controle criadas pelo decreto regulamentador, a prática de “pegar carona” prestigia a eficiência no setor público em

¹¹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Op. Cit.**, p. 84-85.

¹¹¹ **Ibid.**, **Op. Cit.**, p. 89

¹¹² Neste mesmo sentido, opinam em sentido favorável ao “carona” Valter Shuenquener de Araújo, Sergio Verissimo de Oliveira Filho, Bruno Gomes Bahia Rodrigo Allan Coutinho Gonçalves, dentre outros.

detrimento do “misoneísmo das licitações convencionais, sempre demoradas e com freqüentes desfechos a cargo do Tribunal de Contas ou do Poder Judiciário”¹¹³.

É bem de ver que a controvérsia suscita a existência de uma tensão entre a eficiência e os demais princípios administrativos, pois, se por um lado, a isonomia impõe uma série de formalidades a serem observadas pelo gestor público, a fim de assegurar a equidade na consecução do procedimento licitatório; por outro, a eficiência tem por objetivo a busca pelo melhor e mais vantajoso contrato para a Administração, o que supõe a agilidade na feitura dos negócios jurídicos e o desprezo pela adoção de medidas antieconômicas.

Data máxima vênia, aludindo à lição de Marçal Justen Filho¹¹⁴, entendemos que o princípio da eficiência, por si só, não legitima a atuação administrativa, porquanto a Administração pública deve observância aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, isonomia, moralidade, publicidade, dentre outros, os quais aplicados ao procedimento licitatório, buscam, em última análise, garantir igualdade de competição entre os licitantes.

No ponto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro alude à lição de Jesus Leguina Villa:

Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência¹¹⁵.

Na mesma linha, Joel de Menezes Niebuhr defende que o ônus que a Administração deve suportar não deve ceder nem mesmo diante da persecução do

¹¹³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle, p. 1. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>. Acesso em 17/06/2018.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Op. cit.**, p. 67-68.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Op. Cit.**, p. 84-85 **apud** VILLA, Jesús Leguina. **A Constituição Espanhola e a fuga do direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo Aplicado, ano 2, nº 6, set. 1995.

princípio da eficiência, razão pela qual se diz que a isonomia é o traço marcante de distinção entre a licitação pública e a licitação privada¹¹⁶.

Com efeito, posto que não se questione ser um imperativo da eficiência a agilidade nas contratações públicas, entendemos que o mecanismo de adesão à ata de registro de preços não se justifica diante da mitigação de quase todos os princípios aplicáveis ao instituto da licitação em prol da desburocratização e conseqüentemente da celeridade na celebração dos negócios jurídicos pela Administração.

Ademais, a pretexto de reverenciar o princípio da eficiência, a adesão à ata de registro de preços pode ter resultado diametralmente oposto ao almejado, porquanto não é exagerado supor que a possibilidade de “pegar carona” nas licitações de outros órgãos estimula a inércia e o comodismo do mau administrador público, bem como favorece a ausência de planejamento estratégico das demandas desses órgãos.

¹¹⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da Isonomia na Licitação Pública**, 1999. Dissertação (Mestrado), Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, p. 88. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/81335/147445.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01/06/2018.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme vimos, o Sistema de Registro de Preços, estabelecido no Art. 15, II, da Lei nº 8.666/93 e regulamentado no âmbito da Administração pública federal pelo Decreto nº 7.892/13, traduz-se em importante ferramenta para aproximar as contratações realizadas pela Administração pública das práticas da iniciativa privada.

Inúmeras são as vantagens decorrentes da utilização dessa sistemática de compras, tais como: a rapidez e desburocratização dos processos de contratação; redução significativa do número de licitações realizadas pelos órgãos e entidades públicas; diminuição dos custos para contratação de bens e serviços comuns; redução de desperdícios nos casos em que há imprevisibilidade de consumo; melhor gerenciamento e controle de estoques; a ampliação da competitividade com a participação de pequenas e médias empresas, dentre outros.

O Decreto nº 7.892/13 prevê o mecanismo de adesão à ata de registro de preços (ARP) cujo objetivo é permitir que um órgão ou entidade da administração pública que não tenha participado da licitação que deu origem à ata a ela adira, valendo-se da mesma como se fosse sua. Trata-se, com efeito, da polêmica figura do “órgão carona”.

De início, quanto à violação da legalidade, vimos que o “órgão carona” foi inserido no ordenamento jurídico através do Decreto nº 7.892/13, exorbitando, portanto, os limites do poder regulamentar previsto no art. 84, IV, da Constituição Federal. De outro norte, a adesão à ata de registro de preço é ilegal na medida em que configura a criação de nova hipótese de dispensa de licitação além daquelas já previstas no art. 24 da Lei nº 8.666/93, malferindo a Lei de Licitações e, reflexamente, o comando do art. 37, XXI da Constituição Federal.

Outra crítica decorre da possibilidade de que a ARP favoreça a criação de um “cardápio” de atas de registro de preços nos órgãos gerenciadores, dando margem para que os “órgãos carona” realizem as suas contratações com base em critérios pessoais para escolher o tipo de bem que pretendem adquirir e o fornecedor com o qual irão contratar, violando especialmente aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Ressalte-se, contudo, não ser adequado afirmar, *a priori*, que todas as licitações para registro de preços com utilização da ARP apresentam vícios por ofensa à moralidade, muito embora seja inegável as brechas que esse mecanismo enseja.

A ARP também ofende ao princípio da isonomia, na medida em que cria privilégios ao beneficiário da ata, porquanto amplia sobremaneira os quantitativos registrados, desconsiderando que o titular do preço não formulou proposta no decorrer do procedimento licitatório para as aquisições realizadas pelo “órgão carona”.

Finalmente, é inolvidável que a ARP favorece extraordinariamente a efetivação do princípio da eficiência, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, contudo, consoante demonstramos, não há se falar em eficiência administrativa inobservando aos demais princípios norteadores da atividade administrativa. Relembre-se que a pretexto de garantir eficiência, a ARP pode ocasionar resultado diametralmente oposto, eis que estimula o mau gestor ao comodismo e ao não planejamento de licitações com vistas a atender as peculiaridades do órgão sob a sua administração.

Não é demais lembrar que o próprio regulamento encontrou uma solução interessante para permitir ganhos em escala para a Administração como um todo. Referimo-nos ao mecanismo da Intenção de Registro de Preços que possibilita ao maior número de órgãos e entidades integrar conjuntamente as fases iniciais do procedimento licitatório, sem descuidar da obediência aos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à licitação, e sem que tal medida configure indevida ampliação das hipóteses de dispensa de licitação.

Por fim, destacamos que o PL 6814/2017, que discute a proposta de alteração legislativa do SRP, é omissivo quanto à possibilidade de adesão à ata de registro de preços, limitando-se a apresentar os conceitos de órgão gerenciador e participante, o que nos indica uma tendência de abolição da prática do “carona” do ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Bruno Gomes. **Sistema de Registro de Preços: Comentários ao Decreto 7.892/13**. Pará de Minas: Virtualbooks, 2015.

BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia. Instrução Cameral nº 002/2012. 2ª Câmara. Salvador, 20 nov. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3/RS**. Brasília, DF, 03 de novembro de 1993. **Diário de Justiça**. Brasília, 11 nov. 1994.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.487/2007. Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo. Sessão de 01/08/2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 ago. 2007.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.096/2015. Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 19/08/2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 jul. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.376/2016. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 06/12/2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 dez. 2016.

BARBOSA, Klênio. **Sistema Brasileiro de Registro de Preços: Virtudes e vícios à luz da teoria econômica**. Texto para discussão, Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), nº 1757, ISSN 1415-4765, julho 2012.

BOTTESI, Claudine Corrêa Leite. **Recentes alterações no Sistema de Registros de Preços**. 2013. Disponível em: <http://www4.tce.sp.gov.br/questao-carona-e-o-tce-sp>. Acesso em: 05 jun. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAZ, Lúcio André Pinto. **Economia de escala na adesão a ata de registro de preços**. 2015. 38 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pós-graduação em Gestão Pública e Controle Externo, Escola de Contas e Gestão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Niterói, 2015. Disponível em: <<https://www.tce.rj.gov.br/>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

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 17/06/2018.

_____. **Parcelamento x Solução Integrada**. Disponível em: https://jacoby.pro.br/novo/uploads/licita_es_e_contratos/juris/parcelamento/artigo_de_auroria_do_professor_jacoby.pdf. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. **Sistema de registro de preços e pregão**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 25.

_____. **Sistema de registro de preço e pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Sistema de registro de preços; carona de outras esferas de governo**. Disponível em: <http://www.biblioteca.sebrae.com.br>. Acesso em: 15 jun. 2018.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FORTINI, Cristiana. **Projeto que propõe mudanças no registro de preços requer atenção**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-23/interesse-publico-projeto-propoe-mudancas-registro-precos-requer-atencao>. Acesso em: 01 mai. 2018.

_____; PIRES, Maria Fernanda; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Dos aspectos polêmicos da adesão tardia a atas de registros de preços**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, p. 51-64, jul./ago. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999. (rev. e ampl.).

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 178

MEDEIROS, Fábio Mauro de. **Registro de preços e sua natureza jurídica**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 14, n. 163, p. 15-26, jul. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo: de acordo com a Lei 8.666, de 21.6.1993, com todas as alterações posteriores**. 15a. ed. atualizada ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2010.

_____; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 41ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016 - São Paulo: Malheiros, 2016.

MELO FILHO, Luiz Fernando Bandeira de. A licitação na Constituição de 1988. In: CRUXÊN, Eliane; DANTAS, Bruno (Org.). **O Exercício da Política: Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal - ILB, 2008. Cap. 9. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos->

de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/a-licitacao-na-constituicao-de-1988. Acesso em: 20/06/2018.

MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. **Reforma Administrativa: A Emenda nº 19/98**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 11, n. 1, p.41-49, jan. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacao-institucional///index.php/informativo/article/view/166/137>. Acesso em: 20/01/2018.

MUKAI, Toshio. **O efeito “carona” no Registro de Preços: um crime legal?** Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v. 114, n. 41, p.103-108, 2009. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/19>. Acesso em: 06 jun. 2018.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 3ª ed. Fórum, 2013.

_____. **Princípio da Isonomia na Licitação Pública**, 1999. Dissertação (Mestrado), Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/81335/147445.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01/06/2018.

OLIVEIRA FILHO, Sérgio Veríssimo de. **O Sistema de Registro de Preços e o “Carona”**. Revista de Direito Público da Procuradoria-geral do Município de Londrina, Londrina, v. 1, n. 1, p.115-129, 2012. Disponível em: <http://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina/article/view/21>. Acesso em: 03 jun. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Acórdão nº TC-038240/026/08. **Diário Oficial**. São Paulo, 12 dez. 2008.

TARTUCE, F. **Direito Civil**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Grupo Gen - Editora Forense, 2017.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discrecionalidade Administrativa: Ação de Improbidade e Controle Principiológico**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

VIVAS, Rodrigo Cesar Aguiar. **Evolução normativa e jurisprudencial do “Carona” no Sistema de Registros de Preços e perspectivas práticas da novel legislação (Decreto 7892/2013)**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, v. 2, n. 12, p.14451-14472, 2013. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/12/2013_12_14451_14472.pdf. Acesso em: 02 jun. 2018.

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 TCE-PE, Recife, v. 18, p.28-52, jun. 2011, p. 50 *apud* NIEBUHR, Joel de Menezes. **“Carona” em ata de registro de preços: atentado veemente aos princípios de direito administrativo**. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, Curitiba, n. 143, p. 13-19.