



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
FRANCIELY APARECIDA LOPES

**A FIGURA DO “CARONA” NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Palhoça
2013

FRANCIELY APARECIDA LOPES

**A FIGURA DO “CARONA” NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade do Sul de Santa
Catarina, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel

Orientadora: Prof^a. Esp. Giglione Edite Zanela.

Palhoça
2013

FRANCIELY APARECIDA LOPES

**A FIGURA DO CARONA NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 5 de julho de 2013



Prof. e orientador GÍGLIONE EDITE ZANELA, ESP.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. PATRÍCIA DE OLIVEIRA FRANÇA, MSC.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. LUCIANA FAÍSCA NAHAS, MSC.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A FIGURA DO “CARONA” NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, SC, 5 de junho de 2013

FRANCIELY APARECIDA LOPES

Dedico esta monografia aos meus pais, meus irmãos, meu noivo, a toda a minha família e amigos, pelo amor, confiança, apoio e torcida permanente.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por estar presente na minha vida oportunizando o necessário nessa nova etapa, pois sem ele nada seria possível.

Aos meus pais, Maurino e Cida, pela dedicação, apoio e carinho em todos os momentos da minha vida.

Aos meus irmãos, pela força e paciência.

Ao meu noivo e amigo, Marco Antônio, por não me deixar fraquejar diante das dificuldades no decorrer do curso, incentivando-me sempre a prosseguir.

A minha amiga e parceira de curso Cíntia, pelo companheirismo e ajuda despendida ao longo desses últimos anos.

Não poderia deixar de agradecer aos meus amigos, pelas alegrias e descontrações nos momentos difíceis.

Agradeço, ainda, a minha orientadora, Prof^a. Giglione Edite Zanela, pelo incentivo, dedicação, disposição e carinho na elaboração deste trabalho.

A todos que de alguma forma contribuíram para que esse sonho pudesse se tornar realidade, registro meu franco agradecimento.

O fim duma viagem é apenas o começo doutra. É preciso ver o que não foi visto, ver outra vez o que se viu já, ver na Primavera o que se vira no Verão, ver de dia o que se viu de noite, com sol onde primeiramente a chuva caía, ver a seara verde, o fruto maduro, a pedra que mudou de lugar, a sombra que aqui não estava. É preciso voltar aos passos que foram dados, para os repetir, e traçar caminhos novos ao lado deles. É preciso recomeçar a viagem. Sempre. (José Saramago, 1984)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo estudar a figura do “carona” no sistema de registro de preços da Administração Pública, com vistas a apresentar as diferentes posições doutrinárias e as decisões divergentes de alguns Tribunais de Contas Brasileiros sobre aplicabilidade do instituto à luz dos princípios que regem a atividade administrativa brasileira, em especial, legalidade, isonomia, moralidade e economicidade. Para tanto, o aludido trabalho científico está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo aborda-se a finalidade da Administração Pública Brasileira, assim como os princípios constitucionais e licitatórios que regem as licitações públicas. Posteriormente, no segundo capítulo, apresentam-se os aspectos gerais do instituto jurídico da licitação e as possibilidades de contratação direta previstas na lei de licitações. Por fim, estuda-se a sistemática do registro de preços, ressaltando os aspectos atinentes à ata de registro de preços e à figura do “carona”. Também são elencadas, neste capítulo, as opiniões doutrinárias favoráveis e contrárias à utilização do “carona” pela Administração Pública. Finalizado o tema, têm-se algumas posições dos Tribunais de Contas brasileiros acerca do procedimento de adesão à ata de registro de preços. Nesse passo, importante destacar que o tema estudado suscita muita controvérsia na doutrina e junto aos Tribunais de Contas brasileiros, tendo em vista, especialmente, o enfrentamento da matéria frente aos princípios norteadores da Administração Pública.

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

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NORTEADORES DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	13
2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	15
2.2.1 Princípio da Igualdade	17
2.2.2 Princípio da Eficiência	18
2.2.3 Princípio da Legalidade	19
2.2.4 Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório	21
2.2.5 Princípio da Moralidade	22
2.2.6 Princípio da Publicidade	23
2.2.7 Princípio da Competitividade	24
2.2.8 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade	25
2.2.9 Princípio do Julgamento Objetivo	26
3 O INSTITUTO DAS LICITAÇÕES	28
3.1 CONCEITO E OBRIGATORIEDADE DE LICITAR	28
3.2 FINALIDADES DAS LICITAÇÕES	31
3.3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO	32
3.3.1 Concorrência	34
3.3.2 Tomada de Preço	36
3.3.3 Convite	37
3.3.4 Concurso	39
3.3.5 Leilão	40
3.3.6 Pregão	41
3.4 CONTRATAÇÃO DIRETA	43
3.4.1 Inexigibilidade de Licitação	44
3.4.2 Dispensa de Licitação	45
3.4.2 Licitação Dispensada	46
4 A FIGURA DO “CARONA” NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	48
4.1 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS	48
4.2 ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇO – A FIGURA DO “CARONA”	53

4.2.1 Opiniões Doutrinárias Favoráveis ao “Carona”	57
4.2.2 Opiniões Doutrinárias Contrárias ao “Carona”	58
4.2.3 As decisões dos Tribunais de Contas acerca da adesão ao Sistema de Registro de Preços.....	65
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos termos do seu artigo 37, inciso XXI, instituiu a obrigatoriedade da realização de licitação, antes da aquisição de produtos e serviços, pelos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta.

Em observância ao mencionado princípio, vigora no Brasil a Lei n. 8666/93, que estabelece normas gerais de licitações públicas e contratos administrativos para a Administração Pública. A mencionada lei, no decorrer dos seus artigos, prescreve os procedimentos licitatório que o administrador público se encontra vinculado, vedando a criação de outras modalidades ou a fusão das existentes.

Entretanto, ao regulamentar o art. 15 da Lei n° 8666/93, que prevê a existência do Sistema de Registro de Preços no âmbito da Administração Pública Brasileira, o Presidente da República, em 19 de setembro de 2001, instituiu o Decreto n° 3.931, criando no Brasil a possibilidade da proposta mais vantajosa, apurada em uma licitação, ser aproveitada por outra entidade e/ou órgão público, diferente daquele que promoveu o processo licitatório, dando ensejo, então, a figura popularmente conhecida como “carona” na licitação.

O carona, atualmente previsto no Decreto n. 7.892, de 23 de janeiro de 2013, ganhou espaço nos meios de compras utilizados pela Administração e tem sido utilizado com frequência pelos órgãos e entidades administrativos sob o argumento de promover a concretização do princípio da eficiência administrativa através da exclusão de burocracias, valores dispendidos nos procedimentos convencionais e, ainda, por possibilitar maior celeridade nas contratações públicas.

Todavia sua criação por Decreto, assim como, a infringência de alguns princípios licitatórios fizeram com que o “carona” se tornasse repudiado por alguns doutrinadores e decidido de modo divergente entre alguns Tribunais de Contas dos Estados.

Ante as várias divergências sobre a prática do carona, o presente trabalho monográfico visa apresentar um breve estudo acerca da figura do “carona” no sistema de registro de preços da Administração Pública brasileira.

Por conseguinte, para desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo de abordagem, sendo empregada a técnica de pesquisa bibliográfica, através de doutrinas, legislação, sítios da internet, jurisprudências e artigos científicos. O método de procedimento, por sua vez, foi o monográfico, consistente no estudo de um único tema.

Nesse viés, frisa-se que o aludido trabalho está dividido em cinco capítulos, a saber:

A presente introdução, oportunidade destinada à apresentação da pesquisa, metodologia e objetivos.

No segundo capítulo, aborda-se o conceito e a finalidade da Administração Pública Brasileira, ressaltando, ainda, os fundamentais princípios constitucionais e licitatórios que regem as licitações públicas.

O terceiro capítulo, por seu turno, discorre a respeito do instituto jurídico da licitação, apresentando o conceito de licitação pública e a obrigatoriedade desse procedimento nas contratações públicas. O mencionado capítulo, ainda, ressalta as modalidades licitatórias presentes na Lei n.8.666/1993 e na Lei n.10520/2002, bem como as hipóteses de contratação direta previstas na lei de licitações.

O quarto capítulo aborda os aspectos gerais do sistema de registro de preços, dando ênfase à adesão à ata de registro de preços e a figura do “carona”. Também são elencadas no presente capítulo as opiniões doutrinárias favoráveis e contrárias à prática do “carona”, sendo finalizado com algumas posições dos Tribunais de Contas brasileiros acerca do procedimento de adesão à ata de registro de preços.

Por fim, tem-se a conclusão, quinto e último capítulo desta pesquisa monográfica.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NORTEADORES DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

O instituto jurídico da licitação é um dos instrumentos da Administração Pública utilizado na busca pela satisfação dos interesses da coletividade.

Dessa forma, salienta-se que o presente capítulo monográfico tem como objetivo principal apresentar o conceito e a finalidade da Administração Pública, assim como os princípios jurídicos norteadores das licitações públicas.

2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Definir Administração Pública não é uma tarefa fácil, considerando os seus diversos institutos, aspectos e objetivos. Contudo, administrar, na acepção pura da palavra, significa dirigir, gerir, supervisionar. Já a terminação pública refere-se à coletividade, ao poder público e, ainda, à população como um todo. Assim, “Administração Pública traduz, pois, a idéia de gestão dos interesses públicos, portanto, no que respeita à sua proteção, saúde e bem-estar”.¹

A doutrina, por conseguinte, costuma conceituar a Administração Pública em sentido formal, material e operacional, bem como em sentido objetivo e subjetivo.

Na obra de Hely Lopes Meirelles, em sentido formal, a Administração Pública constitui “o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do governo”. Por outro lado, em sentido material, trata-se do “conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral”. Na concepção operacional, por sua vez, significa “o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade”.²

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a Administração Pública, em sentido material ou objetivo, é “a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para consecução dos interesses coletivos”. Já em sentido subjetivo, significa “o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”.³

¹ CARLIN, Ivo Volnei. **Manual de direito administrativo**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 102.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 59.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 61-62.

Como um todo, segundo Wellington Pacheco Barros, a Administração Pública refere-se “a direção ou gestão de negócios ou serviços públicos, realizados por todos os seus departamentos ou institutos especializados, com a finalidade de provar as necessidades de ordem geral ou coletiva”.⁴

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles afirma que a expressão significa, portanto, “todo aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando a satisfação e as necessidades da coletividade”.⁵

Nesse passo, entretanto, cumpre diferenciar as expressões Governo e Administração, na forma como salienta a doutrina:

Na análise da atividade administrativa cumpre distinguir Governo e Administração. O Governo é o conjunto dos Poderes do Estado, objeto de estudo do Direito Constitucional, enquanto a Administração constitui-se do conjunto de órgãos e funções de autuação do Governo. Assim, a Administração é o instrumento-meio do Governo, compreendendo as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos e englobando as atividades por eles exercidas⁶.

Com base na citação acima, percebe-se que o termo Governo refere-se às decisões políticas do Estado, enquanto a expressão Administração Pública constitui toda a estrutura que coloca em prática as decisões governamentais.

No que tange à finalidade da Administração Pública, “o estudo da história do direito administrativo é de equilíbrio entre prerrogativas e sujeições, entre os poderes e os meios de instrumento de sua contenção, mas, sempre, tendo como norte a satisfação do interesse público”.⁷

Logo, “o fim é sempre o interesse público ou o bem da coletividade. Toda atividade administrativa deve ser orientada nesse sentido”.⁸

Acerca do tema, registra-se a lição de Joel de Menezes Niebuhr:

O desenho jurídico dado à Administração Pública centra-se em torno das especificidades relacionadas ao interesse público, que assumem o *status* de ponto de convergência de todas as atividades por ela desenvolvida. Quer-se

⁴ BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 8.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Melheiros, 2000. p. 59.

⁶ BRAZ, Petrônio. **Tratado de direito municipal: direito administrativo e municipal**, v.I. 2. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007. p. 119.

⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal, n. 141, p. 77, 1999.

⁸ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 108.

dizer que é próprio da função administrativa curar do interesse público, atuando de forma concreta, a fim de operacionalizar os comandos abstratos e gerais prescritos em lei, sempre com vistas ao incremento do bem estar da coletividade.⁹

As bases dessa premissa “reside no fato de que, sendo a Administração pública a gestora das determinações políticas do Estado, e sendo este a perpetração dos interesses sociais, o fim do agir administrativo será sempre a prática do bem comum”.¹⁰

O denominado interesse público, contudo, significa, de acordo com Joel de Menezes Niebuhr, “as expectativas do todo, não das partes individualmente concebidas”.¹¹

Dessa forma, verifica-se que a Administração Pública, em sentido global, pode ser definida como todo o aparelhamento estatal destinado à consecução de uma finalidade principal, qual seja, a satisfação do interesse público, do bem comum, da coletividade.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A palavra princípio, em termos comuns, é utilizada para designar começo, o início, a base, o ponto de partida. Tal acepção foi agregada pelo Direito na definição dos princípios jurídicos que “consustanciam a base, o ponto de partida, a estrutura sobre a qual se constrói o ordenamento jurídico”.¹²

A doutrina, por conseguinte, afirma que os princípios desenvolvem três funções no direito em geral, sendo elas: função fundamentadora, função orientadora da interpretação e função de fonte subsidiária.

De acordo com José de Albuquerque Rocha os princípios possuem função fundamentadora, pois “constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas”. A normatização da realidade social se realiza, sempre, a partir de algum princípio. Assim, “os princípios são as *ideias básicas* que

⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 23.

¹⁰ BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 10.

¹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 31.

¹² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 41

servem de *fundamento* ao direito positivo”. Por sua vez, a função orientadora da interpretação trata-se do resultado lógico da primeira função, ou seja, “se as leis são fundamentadas nos princípios, então devem ser interpretadas de acordo com os mesmos, porque são eles que dão sentido às normas. A função subsidiária ocorre nos casos em que os princípios atuam como elemento integrador do direito diante dos casos de lacuna da lei. Assim, percebe-se que os princípios não se confundem com as regras jurídicas, posto que estas orientam a conduta humana através de mandamentos já positivados.”¹³

Partindo dessa premissa, os princípios são essenciais para o correto entendimento da lei. Isto porque, “para se compreender as leis, é fundamental que se compreenda o que deu origem e serviu de inspiração a elas”. Assim, a licitação pública, por ser composta por leis e decretos, deverá ser compreendida através dos princípios que a orientam, pois, “sem recorrer aos princípios, não se alcança a essência da licitação pública e, em razão disso, muitas questões a respeito dela acabam sendo interpretadas de forma equivocada”.¹⁴

Para Volnei Ivo Carlin os princípios informadores da licitação “são aqueles que se impõem diante do certame licitatório e no curso dele, exigindo adequação para se aferir a regularidade das diversas etapas da contenda”.¹⁵

No que tange à gama de princípios, o art. 3º da lei n. 8.666/93 descreve aqueles que deverão orientar o processo licitatório. O rol não se limita ao estabelecido no artigo supracitado, sendo admitido “a observância de outros *princípios correlatos*, o que torna a numeração legal exemplificativa e não exaustiva”.¹⁶ Dessa forma, a relação de princípios é extensa, abrangendo os constitucionais explícitos, outros implícitos, além daqueles catalogados na lei n. 8.666/93.¹⁷

¹³ ROCHA, José de Alburquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Atlas S.A, 2009. p. 27/28. [grifo no original].

¹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 41.

¹⁵ CARLIN, Ivo Volnei. **Manual de direito administrativo**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 177.

¹⁶ ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 521. [grifo no original].

¹⁷ CARLIN, Ivo Volnei. **Manual de direito administrativo**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 177.

Ante a inexistência de um rol taxativo, “não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da licitação”.¹⁸ De acordo com Wellington Pacheco Barros, “a nominata dos princípios que regem a licitação e o contrato administrativo é apresentada por cada autor segundo sua visão pessoal e conforme a dimensão que pretenda dar ao estudo”.¹⁹

Assim, tratar-se-ão, então, daqueles considerados principais pela doutrina, sendo eles: o princípio da igualdade, da eficiência, da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório, da moralidade, da publicidade, da competitividade, da razoabilidade, proporcionalidade e do julgamento objetivo.

2.2.1 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, também chamado de princípio da isonomia, está previsto, principalmente, no art. 5º da Constituição Federal, que determina o tratamento isonômico de todos perante a lei. Tal incumbência, conforme ressalta José dos Santos Carvalho Filho, foi estendida a Administração Pública, que deverá “dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica”.²⁰

No que concerne às licitações públicas, o texto constitucional, sem deixar dúvidas, assegurou expressamente no art. 37, XXI, que o processo licitatório deverá proporcionar igualdade de condições a todos os participantes do certame. Desta forma, em que pese estar previsto no art. 3º da lei n. 8666/93, “as linhas marcantes do princípio são de índole constitucional”.²¹

Para Joel Menezes Niebuhr o “princípio mais importante para a licitação pública é o da isonomia ou da igualdade. Ele é, em análise acurada, a própria causa da licitação pública”.²²

Isso porque, a licitação é imposta ao Administrador Público para garantir “que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 312.

¹⁹ BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 78.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 233

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 233.

²² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 42.

igualdade de condições, sem que a nenhum ofereça vantagem não extensiva a outro”. Logo, o princípio da igualdade relaciona-se diretamente ao da impessoalidade, já que ao oferecer “igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhe estará oferecendo também tratamento impessoal”.²³

Acerca do tema, registra-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputa-lo a quaisquer interessados, desejando dele participar, podendo oferecer as indispensáveis condições de garantias. É o que prevê o já referido art.37, XXI, do Texto Constitucional²⁴.

Com base na citação acima, o princípio da igualdade obsta a “discriminação entre participantes do certame, quer através de cláusulas, que no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais”.²⁵

Por fim, para garantir a igualdade de condições entre participantes de um certame licitatório, o princípio da isonomia impõe à Administração Pública proceder uma série de formalidades (licitação) antes da efetiva contratação do objeto que necessita, possibilitando a participação de todos os interessados, sem distinção ou preferências. Portanto, o princípio ora estudado é uma das principais causas de existência da própria licitação pública.

2.2.2 Princípio da Eficiência

Previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal, o princípio da eficiência “possibilita a responsabilização do agente público que atender tardiamente aos reclames individuais ou coletivos ou que preste serviço má qualidade, sem justificado motivo”.²⁶

Nesse passo, verifica-se que o mencionado princípio versado entre os italianos como o “dever da boa administração”, obriga a Administração Pública a

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 233.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 536.

²⁵ MERELLES, Hely Lopes, apud ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 522.

²⁶ BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 89.

“realizar suas atribuições com *rapidez, perfeição e rendimento*, além por certo, de observar outras regras”.²⁷

Para Joel Menezes Niebuhr “a eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade”. Em razão desses aspectos, decorrem outros princípios, chamados de justo preço, da seletividade e o da celeridade, que juntos atingiriam a eficiência desejada.²⁸

Nesse toada, o princípio do justo preço impõe vedação à Administração quanto a assumir “compromissos com preço fora do mercado, especialmente com preços elevados”. Por sua vez, o princípio da seletividade requer cuidados com a seleção do contratante e da proposta através da observação da qualidade do objeto contratado. Já o princípio da celeridade está relacionado ao “tempo necessário para realizar a licitação, que deve ser o mais breve possível”. Juntos, tais princípios “remetem ao princípio mais abrangente da eficiência”.²⁹

Assim, infere-se que o princípio da eficiência nas licitações visa garantir que a Administração realize uma contratação vantajosa, tanto no preço como também em qualidade através de processo licitatório concretizado em tempo hábil.

2.2.3 Princípio da Legalidade

Princípio prenunciado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, fundamenta-se na norma do art. 5º, II, do mesmo diploma legal, pela qual preleciona que ninguém “*é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei*”.³⁰ O princípio da legalidade também está previsto expressamente no art. 3º da lei nº 8.666/93.³¹

Tal princípio, conforme ressalta Diogenes Gasparini estabelece que a Administração Pública, no transcorrer de suas ações, está entrelaçada aos preceitos contidos na lei. O afastamento dos comandos previstos na norma poderá acarretar

²⁷ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76. [grifo no original].

²⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 42

²⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.42

³⁰ BRAZ, Petrônio. **Tratado de direito municipal: direito administrativo e municipal**, v.I. 2. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007. p. 132. [grifo no original].

³¹ BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 81-84.

“invalidade do ato e responsabilidade do autor”. Desta forma, “qualquer ação estatal sem correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado em lei, é injurídica e expõe-se à anulação”. Em simples palavras, o princípio da legalidade significa que “se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situação excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra quando irrompem inopinadamente)”.³²

No que tange às licitações públicas, José dos Santos Carvalho Filho afirma que, “o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento”.³³

Joel Menezes Niebuhr ensina que:

o procedimento alusivo à licitação é prescrito em lei, bem como todas as exigências que nele podem ser feitas e outros pormenores. Em vista disso, o *caput* do artigo 4º da lei nº 8.666/93 prescreve que todos quantos participem de licitação têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nessa lei. Isto é, as licitações públicas devem ser processadas em estrita obediência ao princípio da legalidade, uma vez que os agentes administrativos vêem-se compelidos a agir nos termos das normas que lhes são apresentadas, procedendo conforme a lei e exigindo apenas o que nela for admitido. Impede-se que haja a invenção ou a criação de procedimentos estranhos àquele anteriormente definido pelo legislador.³⁴

Desta forma, o princípio da legalidade, ao disciplinar integralmente toda atividade administrativa, deve ser estendido à atividade licitatória,³⁵ nos termos consagrados pela Constituição Federal e na próprio lei de licitações. Assim, o agente público deverá proceder à licitação conforme a lei, sem invenções, requisitando apenas o que nela for autorizado.

³² GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 61-62.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 232.

³⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 45.

³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 72.

2.2.4 Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório previsto nos artigos 3º e 41 da lei nº 8666/93, impõe a Administração Pública licitante e aos proponentes, “à rigorosa observância dos termos e condições do edital ou da carta-convite”.³⁶

Para Marçal Justen filho, “na licitação, a vinculação à lei é completada pela vinculação ao ato convocatório”. Isso porque, a Administração, é dotada, até certo ponto, de autonomia para definir o processo licitatório. Essa discricionariedade reside no fato de que incumbe à Administração fixar previamente os requisitos da disputa licitatória, tais como: objeto, especificação de condições de execução, condições de pagamento, documentos a serem apresentados pelos licitantes, etc. No entanto, “uma vez realizadas as escolhas atinentes à licitação e ao contrato, exaure-se a discricionariedade, que deixa de ser invocável a partir de então”.³⁷

Os requisitos fixados pela Administração serão expressamente declarados no instrumento convocatório das licitações, comumente designado Edital ou Carta Convite. Através do ato convocatório, a Administração torna pública sua intenção de contratar, bem como as condições gerais sob as quais pretende celebrar o contrato.³⁸

O instrumento convocatório, por conter os requisitos essenciais para concretização do futuro contrato, é obrigado a dispor, claramente, todas as condições que os proponentes serão obrigados a realizar no contrato. Desta forma, feito o edital e publicado, o administrador público só poderá reclamar o que “efetivamente estiver no instrumento convocatório, salvo, futuramente, se alterar o contrato, dentro das balizas legais, restabelecendo o equilíbrio econômico-financeiro”.³⁹

Acerca do tema, registra-se a lição de Hely Lopes Meirelles:

[...] a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização

³⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 542.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 73.

³⁸ ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 528.

³⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 44.

do julgamento afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação ou propostas em desacordo com o solicitado. O edital é lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto aos licitantes como a Administração que o expediu (art.42).⁴⁰

Nesse passo, verifica-se que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, impõe à Administração Pública o dever de respeitar rigorosamente as regras, por ela estabelecidas previamente no edital ou na carta convite, assim como aos interessados no certame.⁴¹

2.2.5 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade, expresso no art. 3º da lei n. 8666/93, “relaciona-se aos padrões morais, isto é, aos comportamentos reputados como honestos e virtuosos pelos membros da sociedade”.⁴² Nesta toada, percebe-se que o mencionado princípio, exige que a Administração Pública realize seus atos pautados em conceitos éticos.⁴³

Sobre o princípio ressalta Joel Menezes Niebuhr:

A moralidade posta no meio administrativo quer agregar força ao princípio da legalidade, evitando que agentes administrativos deturpem as competências que lhes foram atribuídas por lei para a prática de atos incompatíveis com os valores que a sociedade considera acertados. Sobremaneira, para o Direito Administrativo, a moralidade significa harmonia com o interesse público, vetor máximo de todos os princípios e regras que o informam, revelando-se intimamente ligada à legitimidade.⁴⁴

Com base na citação acima, percebe-se que no campo das licitações tal princípio “significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte”.⁴⁵

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Melheiros, 2000. p. 307.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Melheiros, 2010. p. 542.

⁴² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 45.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 232

⁴⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 45.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Melheiros, 2010. p. 541.

Assim, o princípio da moralidade impõe que os agentes administrativos atuem pautados no princípio da boa-fé, de maneira proba, sem prejudicar os licitantes ou obter vantagens indevidas no transcorrer do certame licitatório.⁴⁶

2.2.6 Princípio da Publicidade

Princípio constitucional expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, também está previsto de forma infraconstitucional no § 3º do art. 3º da lei n. 8.666/93.⁴⁷

O princípio da publicidade, conforme relata Ruy Samuel Espíndola “combate o segredo, a mentira, o escuro, o reservado, aquilo que se faz para o não-conhecimento do público”. Verifica-se, portanto, que o aludido princípio tem como principal objetivo “combater a ausência de transparência nos negócios públicos, estimular a abertura dos registros e dados administrativos à fiscalização pela cidadania”.⁴⁸

Nesse sentido, entende o Tribunal de Contas da União que quaisquer “interessado pode ter acesso às licitações públicas e ao respectivo controle, mediante divulgação dos atos praticados pelos administradores em todo procedimento de licitação”.⁴⁹

Além de possibilitar o conhecimento das ações administrativas ao público em geral, o princípio da publicidade “é condição de eficácia dos atos administrativos: ato administrativo não publicado, não pode gerar efeitos”.⁵⁰

No tocante à licitação pública, a publicidade, como princípio, é crucial para a promoção das finalidades do certame licitatório. Isto porque, a ausência de

⁴⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 45.

⁴⁷ BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 93.

⁴⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: reflexões contemporâneas. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). **Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi**. Florianópolis: Conditorial; Millennium Editora, 2009. p. 820.

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Org.). **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 29.

⁵⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: reflexões contemporâneas. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). **Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi**. Florianópolis: Conditorial; Millennium Editora, 2009. p. 820.

publicação restringe sua destinação a certo grupo de pessoas, o que retira seu caráter público e a transforma em licitação privada. Portanto, sem publicidade não há igualdade, principal causa de existência das licitações públicas.⁵¹

2.2.7 Princípio da Competitividade

O princípio em comento está presente no artigo 3º, §1º, I, da lei n. 8666/93 e veda aos agentes públicos no transcorrer do instrumento convocatório impor cláusulas ou condições que:

[...] comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo, da licitação ou que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos proponentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante ao objeto do contrato.⁵²

Pelo extrato acima, infere-se que o princípio da competitividade “conduz o gestor a buscar sempre o maior número de competidores interessados no objeto licitado”.⁵³

Em consonância com este entendimento, Joel Menezes Niebuhr ressalta que as formalidades previstas nos atos de convocação “não podem ser exacerbadas a ponto de impedir a participação daqueles que teriam, em tese, condições de contratar com a Administração Pública”. Neste viés, não se pode permitir que particulares em condições de satisfazer o interesse público sejam excluídos de participar da licitação, devido à imposição de “formalidades descabidas, que não guardam justificativas ou utilidade”.⁵⁴

Nota-se, pois, que o procedimento licitatório deve proporcionar a disputa e o confronto entre os proponentes, para que a seleção ocorra da melhor forma

⁵¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 45.

⁵² GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 544.

⁵³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Org.). **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 29.

⁵⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 46.

possível, pois, a ausência de competição afeta o princípio da isonomia, corolário da existência da licitação.⁵⁵

2.2.8 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade estão implícitos na Constituição Federal e “consistem em fazer valer a razão na busca dos motivos que a ditam e na finalidade que se decide atingir”⁵⁶.

Na esteira da lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da razoabilidade significa que a Administração, no decorrer de suas ações, deverá “obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidem a outorga da competência exercida”. Depreende-se, portanto, que serão inconvenientes, ilegítimas e, deste modo, jurisdicionalmente passíveis de invalidação as condutas administrativas contrárias à razão, incoerentes, bizarras e realizadas sem a mínima “consideração a situações e circunstância que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada”.⁵⁷

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade para José dos Santos Carvalho Filho possui como fundamento o excesso de poder. Nesta toada, percebe-se que o aludido princípio tem como finalidade “conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração”. Com base nesse princípio, a Administração Pública só poderá intervir nas atividades sob seu controle, quando realmente for necessária sua intervenção, que deverá ser processada “com equilíbrio, sem excessos e proporcionalidade”.⁵⁸

Assim, a razoabilidade e a proporcionalidade, como princípios, são imprescindíveis para o certame licitatório. Isto porque, os agentes administrativos

⁵⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 235.

⁵⁶ CARLIN, Ivo Volnei. **Manual de direito administrativo**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 77.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Melheiros, 2010. p. 108.

⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 34.

possuem certa discricionariedade na escolha de alguns atos impostos no instrumento convocatório, assim, tais princípios servem como parâmetros a essa liberdade, repelindo atos arbitrários e injustos, comprometedores do interesse público.⁵⁹

2.2.9 Princípio do Julgamento Objetivo

O princípio do julgamento objetivo está previsto no art. 3º da lei n.8666/93 e reafirmado nos arts. 44 e 45.

O aludido princípio impõe “que o julgamento das propostas se faça com base no critério indicado no ato convocatório e nos termos específicos das propostas”.⁶⁰ Por esse princípio, obriga-se “que todas as decisões na licitação devem ser o resultado lógico dos elementos objetivos existentes no procedimento e no mundo real”.⁶¹

Acerca do tema, registra-se a lição de Hely Lopes Meirelles:

A obrigatoriedade de julgamento objetivo visa afastar a discricionariedade na escolha de propostas e as “cartas marcadas”, impondo à Comissão Julgadora que se atenha aos fatores concretos exigidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos licitantes, dentro da lei e do permitido no ato convocatório⁶².

Com base na citação acima, ao obrigar “que a decisão seja feita a partir de pautas firmes e concretas”, tal princípio exclui situações que “põem a perder o caráter igualitário do certame”, tais como: o subjetivismo e o personalismo.⁶³

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o princípio do julgamento objetivo “almeja impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora”.⁶⁴

⁵⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 46-47.

⁶⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 546-547.

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 75.

⁶² MERELLES, Hely Lopes, apud ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 528.

⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 21.

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108.

Em consonância com esse entendimento, Toshio Mukai ressalta:

O princípio do julgamento objetivo exige que os critérios de apreciação venham prefixados, de modo objetivo, no instrumento convocatório, de tal modo que a comissão de julgamento reduza ao mínimo possível seu subjetivismo. O julgamento subjetivo, se permitido pelo edital ou convite, vicia de nulidade a licitação.⁶⁵

Entretanto, “existem momentos em que é humanamente impossível, nas licitações em curso, julgar sem o mínimo de subjetividade, de conteúdo pessoal dos julgadores”. Todavia, o subjetivismo deverá ser restrito ao mínimo lógico, “abaixo do qual ficaria impossibilitado o próprio julgamento”.⁶⁶

Desta forma, o princípio do julgamento objetivo possibilita que o processo licitatório seja informado do início até fim por critérios claros e impessoais garantindo a igualdade entre os interessados no certame.⁶⁷

Por conseguinte, após o estudo das noções gerais acerca da Administração Pública e dos princípios jurídicos norteadores dos procedimentos licitatórios, passa-se, no capítulo seguinte deste trabalho monográfico, a análise do instituto da Licitação Pública.

⁶⁵ MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33.

⁶⁶ RIGOLLIN, Ivan Barbosa, BOTINO, Marco Túlio. **Manual prático das licitações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99.

⁶⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 48.

3 O INSTITUTO DAS LICITAÇÕES

O Estado, consoante disposição constitucional, em regra, não é livre para contratar bens e serviços, sendo necessário o desenvolvimento de um procedimento administrativo, denominado licitação, com o intuito da escolha da proposta mais vantajosa dentre todos os interessados em celebrar contrato administrativo com a Administração Pública.

Nesse contexto, ressalta-se que o presente capítulo desta pesquisa busca abordar o instituto da licitação através do seu conceito, finalidade e modalidades, assim como quanto à hipótese de contratação direta pela Administração Pública.

3.1 CONCEITO E OBRIGATORIEDADE DE LICITAR

A Administração Pública, na busca da satisfação do interesse público, “atua nos mais variados segmentos, produzindo bens, prestando serviços, realizando, enfim, uma plêiade de atividades, dos mais diversos naipes”. No entanto, mesmo sendo dotada de algumas prerrogativas, não é autossuficiente, “ela não produz nem realiza, por si só, tudo aquilo que precisa dispor para curar do interesse público”. Assim, ante essa realidade “ela se vê forçada a interagir, de maneira consensual, com terceiros, para o efeito de receber deles os préstimos de que necessita, o que é realizado mediante a celebração de contratos administrativos”.⁶⁸

Cumprir frisar, que os contratos administrativos, em sua grande maioria, representam a concretização de um ótimo negócio, propiciador de benefícios econômicos consideráveis aos contratados. Essas vantagens econômicas atraem “atenção de corruptos e corruptores, cujos propósitos visam auferir vantagens pessoais em detrimento à coletividade, para os que se valem dos mais sórdidos expedientes”.⁶⁹

Nesse viés, não seria prudente deixar “ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas”, já que essa liberdade, claramente oportunizaria conluíus entre alguns administradores públicos

⁶⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 14

⁶⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 14

inescrupulosos e particulares gerando contratações impróprias, o que prejudica “a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos”.⁷⁰

Dessa forma, a lei impõe o cumprimento de certas formalidades para a celebração de contratos administrativos. Tal imposição tem como objetivo propiciar tratamento igualitário entre os membros da sociedade, como requer o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, impossibilitar “que agentes administrativos recebam benefícios pessoais em detrimento da coisa pública” e formar “obstáculos à corrupção, assegurando a moralidade”.⁷¹

Assim, a concretização dos contratos administrativos depende de “um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na forma da lei” denominado licitação.⁷²

De acordo com Wellington Pacheco de Barros, o termo licitação deriva do “latim *licitationem*, dos verbos *liceri* ou *licitari* (lançar em leilão, dar preço, oferecer lance) e possui em sentido literal, a significação do ato de licitar ou fazer preço sobre a coisa posta em leilão ou venda em almoeda”.⁷³

Por outro lado, licitação vista como instituto jurídico, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, pode ser conceituada como:

um procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo do bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de proposta, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos.⁷⁴

Na mesma linha, Hely Lopes Meirelles define licitação como “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seus interesses”. Tal procedimento,

⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 225.

⁷¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 14.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Melheiros, 2010. p. 528.

⁷³ BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 134.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Melheiros, 2010. p. 530.

segundo o autor “é o meio técnico- legal de verificação das melhores condições para execução de obras e serviços, compra de materiais e alienação de bens públicos”.⁷⁵

Somando-se a estes doutrinadores, Marçal Justen Filho tece a seguinte conceituação:

licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos⁷⁶.

Infere-se, então, que por se tratar “de ordenada sequência de atividades, a licitação é procedimento **vinculado** no sentido de que, fixadas suas regras, ao administrador cabe observá-las rigorosamente”.⁷⁷

A regra de que a Administração está obrigada a licitar tem sede constitucional no artigo 37, XXI, da Constituição Federal,⁷⁸ que assim reza:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.⁷⁹

Por seu turno, o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, foi regulamentado pela a lei n.8.666, de 21.06.1993, e alterações trazidas por vários textos posteriores. Tal lei dita normas gerais de licitações e contratos administrativos.⁸⁰

Com efeito, o art. 1º, parágrafo único, da lei nº.8.666/93, descreve aqueles que estão obrigados a licitar, sendo eles: todos os órgãos da Administração

⁷⁵ MEIRELLES, Hey Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 23.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 226.

⁷⁸ SOUTO, Marcos Juarena Villela. **Direito administrativo contratual**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2004. p. 1.

⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁸⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012. p. 196.

Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.⁸¹

Desse modo, as necessidades das pessoas públicas não supridas pela própria Administração e ofertadas por mais de uma pessoa, por imposição constitucional, deverão ser, em regra, escolhidas em processo licitatório que ofereça igual oportunidade a todos os interessados.

3.2 FINALIDADES DAS LICITAÇÕES.

A licitação pública de acordo com o art. 3º da lei. 8.666/93 destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa à Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável⁸².

Na mesma linha, Marçal Justen Filho ressalta, que a “concretização do princípio da isonomia e a obtenção da proposta mais vantajosa” são as duas finalidades essenciais das licitações públicas, inclusive sob o prisma do desenvolvimento social sustentável.⁸³

Na esteira da lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, “a licitação nos termos que hoje estabelece a legislação visa alcançar um triplo objetivo”, quais sejam:

proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.⁸⁴

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 386.

⁸² BRASIL. lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 mar. 2013.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 58

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 530.

De acordo com o mencionado autor, as efetivações das finalidades citadas proporcionam o atendimento de outras exigências públicas improrrogáveis, tais como: a consecução do interesse público, probidade administrativa e a observância dos princípios da isonomia e impessoalidade.⁸⁵

Assim, verifica-se que a Administração Pública, ao realizar a licitação, tem como finalidade garantir o tratamento isonômico entre todos os concorrentes do certame, selecionar a proposta que melhor atenda seus interesses, de forma a proporcionar o desenvolvimento nacional sustentável. Ao proceder dessa maneira, o administrador público acaba atingindo o fim precípua da Administração Pública, qual seja: a satisfação do interesse público.

3.3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A licitação é um procedimento administrativo que se efetiva através de uma série de atos administrativos contínuos, “que devem ser cumpridos rigorosamente para que, ao final, se escolha o proponente com o qual a Administração Pública irá celebrar contrato”. A prática desses atos significa o cumprimento de várias formalidades. Ocorre que a Administração, do decorrer de suas necessidades, utiliza-se dos mais variados objetos e serviços, o “que demandam formalidades distintas, adequadas cada qual à importância e à natureza” daquilo que precisa contratar. Diante dessa realidade, “o legislador criou modalidades de licitação pública, por efeito das quais os procedimentos dela se diferenciam, de acordo com a conveniência de cada espécie, conforme juízo do legislador”.⁸⁶

Cumprido destacar que “as diferenças procedimentais retratam a necessidade de adequar a disputa ao objeto a ser contratado”. Assim, não se pode limitar a existência dessas distinções “a questões acessórias, tais como âmbito da publicação, prazo de divulgação, valor econômico da contratação”.⁸⁷

⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 530.

⁸⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 187.

⁸⁷ DALLARI, Adilson abreu, [s/d] apud JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 292.

O art. 22 da lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública descreve a existência de cinco modalidades de licitação, sendo elas: a concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. A lei Federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002, alterou esse quadro, criando mais uma modalidade denominada pregão.⁸⁸

Importante ressaltar que o art. 22, § 8º, da lei n. 8666/93, “proíbe a adoção de outras modalidades de licitação ou a combinação das regras procedimentais para produzir novas figuras”. Portanto, as hipóteses previstas no art. 22 são taxativas, “ressalvada a possibilidade de lei federal específica dispor sobre o tema, tal como se passou com a figura do pregão e com a licitação do RDC.”⁸⁹

Nesse passo, cumpre destacar que as modalidades elencadas no art. 22 da lei nº 8666/93, não se confundem com aquelas alternativas disciplinadas no Regime Diferenciado de Contratações Públicas-RDC. Sobre tema, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A lei nº 12.462, de 4-8-2011, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável apenas as licitações e contratos necessários à realização: I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); II – da Copa das Confederações da Fifa – 2013 e Copa do Mundo 2014; e III – para as obras de infraestrutura e de contratações de serviços para aeroportos das capitais Estados da Federação distantes até 350 Km das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.⁹⁰

Infere-se então, que nas contratações destinadas à realização desses “eventos esportivos, a lei RDC fixa tratamento específico, que se afasta, em vários pontos, da disciplina para as licitações e contratações rotineiras da Administração Pública”.⁹¹

Não obstante, a lei da ANATEL (n.9.472/1997) prevê a existência de outra modalidade de licitação denominada consulta. Tal modalidade, inicialmente prevista

⁸⁸ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 619-620.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 303.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 404.

⁹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012. p. 225.

para as contratações dessa entidade, foi estendida posteriormente pelo art. 37 da lei n. 9.986/2000 para todas as agências reguladoras.⁹²

Contudo, ressalta-se que, em função do objeto principal desse trabalho monográfico não serão abordados os detalhes do Regime Diferenciado de contratações Públicas - RDC, nem tão pouco da denominada consulta da ANATEL e das demais agências reguladoras.

Logo, com base nas citações expostas, verifica-se que modalidades de licitação referem-se ao procedimento adotado para escolha da proposta mais vantajosa. Assim, os critérios serão estabelecidos conforme as peculiaridades da contratação pretendida e conseqüentemente refletirão na modalidade a ser adotada para o certame⁹³.

Nesse passo, na sequência, serão estudadas de forma mais detalhada as modalidades de licitação previstas no art. 22 da lei n° 8666/93, bem como aquela instituída pela lei federal n. 10.520/ 2002, o pregão.

3.3.1 Concorrência

Trata-se de modalidade de licitação prevista no inciso I, do art. 22 da lei n. 8.666/93, e definida no § 1° como “a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”.⁹⁴

Sobre o tema, afirma Edmir Netto Araújo:

A Concorrência é o certame indicado para contratações mais importantes, seja por seu valor estimado, seja por suas características específicas, propiciando-se maior abertura no campo da competição, maior prazo para o chamamento e, por outro lado, maiores exigências para habilitação e garantias para a execução do contrato resultante.⁹⁵

⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 560.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 293.

⁹⁴ BRASIL. lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>.

Acesso em: 14 mar. 2013.

⁹⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 546-547.

Partindo dessa premissa, o Tribunal de Contas da União entende que a concorrência “é cabível em qualquer dos casos de licitação e valor estimado do objeto da contratação”.⁹⁶ Isto porque, ao ser destinada a contratações de grande vulto, possui procedimento com grau de complexidade superior aos demais, o que a torna uma modalidade genérica.

No entanto, tal procedimento, conforme preceitua Joel de Menezes Niebuhr, deverá ser adotado nas seguintes situações:

contratos de obras e serviços de engenharia cujos valores ultrapassem R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) (alínea “c” do inciso I do artigo 23 da lei nº 8.666/93); nos demais tipos de contratos cujos valores ultrapassem R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) (alínea “c” do inciso II do artigo 23 da lei nº 8.666/93); em compras e alienações de bens imóveis (§ 3º do artigo 23 da lei nº 8.666/93); em licitações internacionais – salvo se o órgão licitante possuir cadastro internacional de fornecedores, situação em que se admite a tomada de preços, ou salvo se não houver fornecedor do bem no Brasil, situação em que se admite o convite (§ 3º do artigo 23 da lei nº 8.666/93), ou salvo nas situações em que o objeto da licitação seja qualificado como bem ou serviço comum, hipótese em que se admite o pregão –; em licitações para as concessões de serviço público (inciso II do artigo 2º da lei nº 8.987/93).⁹⁷

Pelo extrato acima, infere-se que a lei n.8.666/93 determina as hipóteses que a contratação deverá ser precedida, obrigatoriamente, por licitação na modalidade concorrência. No entanto, conforme se verifica a própria lei também ressalva algumas situações que afastam essa obrigatoriedade.

Um das peculiaridades dessa modalidade ocorre pela previsão legal de prazos mais longos para o recebimento e abertura das propostas. Assim, publicado o edital de concorrência, o certame poderá ser realizado, no mínimo, 30 dias após a publicação. Entretanto, esse prazo aumentará para 45 dias “quando se tratar de licitação do tipo ‘melhor técnica’ ou ‘técnica e preço’, ou quando o contrato a ser celebrado contemplar a modalidade de empreitada integral”.⁹⁸

Logo, observa-se que a modalidade concorrência, tendo em vista a ampla divulgação e possibilidade de participação, é considerada o procedimento mais

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Org.). **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p.38.

⁹⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 188.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 408.

completo e destina-se para contratação de grandes vultos pela Administração Pública.

3.3.2 Tomada de Preço

Prenunciada no inciso II do art. 22 da lei 8666/93, a tomada de preço é definida no § 2º como a modalidade “entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.”⁹⁹

Para José dos Santos Carvalho Filho, tomada de preço é o procedimento licitatório que impõe aos interessados no certame a necessidade de cadastro prévio nos registros dos órgãos públicos e pessoas administrativas, “ou que atendam a todas exigências para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas”.¹⁰⁰

Por sua vez, Diogenes Gasparini conceitua tomada de preço como a modalidade adequada para contratos de vulto médio. Por conseguinte, entende-se por contrato de vulto médio as situações previstas nos I e II do art. 23 da lei 8666/93, sendo elas: contratações de obras ou serviços de engenharia com valores situados entre R\$ 150.000,00 e R\$ 1.500.000,00, e compras e serviços diversos dos de engenharia com valores situados entre R\$ 80.000,00 e R\$ 650.000,00.¹⁰¹

Quanto à data para abertura do certame, “deverá correr um prazo normalmente de 15 dias, no mínimo, entre a sua publicação e a data fixada para recebimento das propostas”. No entanto, será de pelo menos 30 dias se o certame for julgado na conformidade dos tipos de melhor técnica ou de técnica e preço.¹⁰²

Para Marçal Justen Filho, “a finalidade da tomada de preços é tornar a licitação mais sumária e rápida”, já que o cadastramento anterior corresponderia à

⁹⁹ BRASIL. lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 mar. 2013.

¹⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 258.

¹⁰¹ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 627-628.

¹⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 564.

fase de habilitação.¹⁰³ Todavia, “é usual que a Administração Pública exija, nos editais das tomadas de preços, outros documentos para a habilitação, além dos apresentados no cadastramento, o que a força a proceder à habilitação”.¹⁰⁴

Em suma, a modalidade tomada de preços diferencia-se principalmente da concorrência por apresentar prazos inferiores, preceder relações jurídicas de vulto médio e restringir a participação aos interessados previamente escritos em cadastros administrativos ou que se cadastrem até o terceiro dia anterior a abertura de certame.

3.3.3 Convite

O convite está previsto no inciso III, do art. 22, da lei n. 8.666/93 e definido no seu § 3º, conforme segue:

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.¹⁰⁵

Do extrato acima, infere-se que o convite apresenta procedimento simplificado que oportuniza à Administração pública proceder à escolha de potenciais interessados em participar do certame. Esses convidados não necessitam de prévia inscrição em cadastros administrativos. No entanto, cumpre a Administração “adotar uma etapa prévia de verificação das condições de habilitação do convidado não cadastrado”, que permita haver “evidência objetiva de que o sujeito convidado encontra-se em situação de executar o objeto licitado”.¹⁰⁶

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 293-294.

¹⁰⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 189.

¹⁰⁵ BRASIL. lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 mar. 2013.

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 296

Ademais, conforme ensina Joel de Menezes Niebuhr, o convite apresenta formalidades amenizadas, pois é a modalidade utilizada para contratações de pequeno valor. Assim, tal modalidade deverá ser aplicada nas seguintes situações:

[...] para obras e serviços de engenharia cujos valores não excedam R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) (alínea “a” do inciso I do artigo 23 da lei nº 8.666/93); nos demais contratos cujos valores não sejam superiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) (alínea “a” do inciso I do artigo 23 da lei nº 8.666/93); e nas licitações internacionais, se não houver fornecedor do bem ou serviço no país (§ 3º do artigo 23 da lei nº 8.666/93).¹⁰⁷

A simplicidade do procedimento também está no fato de que não há obrigatoriedade de publicação de Edital. A convocação para participação do certame se faz por carta-convite que é um “documento escrito contendo as condições da licitação e endereçada para, no mínimo, três interessados do ramo pertinente ao objeto da licitação”, enviado aos convidados com período de “antecedência mínima de cinco dias úteis do recebimento das propostas”.¹⁰⁸

No entanto, além dos convidados “poderão participar da licitação outros interessados, desde que, cadastrados, manifestem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas”. Assim, para possibilitar essa participação o artigo 22, § 3º, impõe a unidade administrativa à fixação do instrumento convocatório em um local apropriado.¹⁰⁹ Percebe-se, portanto, que o convite não necessita ser publicado na imprensa oficial ou particular.¹¹⁰

Por fim, para que o convite seja válido, é imprescindível a existência de três propostas que atendam a todas as exigências do instrumento convocatório. A mera obtenção de três propostas não é suficiente para adjudicação do objeto, sendo necessária a validade de todas. Assim, a inexistência desse requisito obriga a repetição do certame e a extensão da licitação a mais um convidado, ressalvado as hipóteses previstas na própria lei n. 8666/93.¹¹¹

¹⁰⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 188.

¹⁰⁸ ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 574-574.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 410.

¹¹⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 632.

¹¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Org.). **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 40.

3.3.4 Concurso

A modalidade concurso está prevista no inciso IV, do art. 22 da lei nº 8.666/93 e definido no seu § 3º, que assim reza:

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.¹¹²

O aludido artigo é claro, estabelecendo que a modalidade deverá ser utilizada para a contratação de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores.

O concurso será “precedido de regulamento próprio, ou seja, um regulamento para cada concurso, a ser obtido pelos interessados no local indicado no respectivo edital”. Tal regulamento deve indicar a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e a forma apresentação do trabalho, as condições de realização do concurso e os prêmios que serão concedidos aos vencedores.¹¹³

De acordo com o artigo 21, § 2º, I da lei n. 8666/93, o prazo para realização do concurso será de, no mínimo, 45 dias contados a partir da publicação do aviso de edital do concurso¹¹⁴.

O julgamento do concurso “será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, sejam servidores públicos ou não”.¹¹⁵ Por ser uma “avaliação de qualidade é inevitável um elevado grau de subjetividade, que deve ser compensado pela absoluta idoneidade e isenção dos julgadores”.¹¹⁶

¹¹² BRASIL. lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>.

Acesso em: 14 mar. 2013.

¹¹³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012. p. 203.

¹¹⁴ BRASIL. lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>.

Acesso em: 14 mar. 2013.

¹¹⁵ BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 146.

¹¹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 95.

Por fim, o concurso encerra-se com a escolha dos trabalhos e a entrega do respectivo prêmio ao vencedor, sem dar o direito de a Administração contratar a execução com a entidade vencedora, devendo esta ser realizada mediante novo processo licitatório¹¹⁷.

3.3.5 Leilão

Modalidade expressa no inciso V, do art. 22, da lei n. 8.666/93, e descrita no seu § 3º, da seguinte maneira:

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.¹¹⁸

De acordo com Joel de Menezes Niebuhr, “a modalidade *leilão* é destinada à venda de bens móveis até, atualmente, R\$ 650.000,00, bens móveis inservíveis à Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados”. Através desse procedimento também é realizado “à alienação de bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance igual ou superior ao da avaliação”.¹¹⁹

O edital do Leilão deverá ser amplamente divulgado e publicado nos quinze dias antes de sua realização. A fixação do preço mínimo de arrematação será obtido através de prévia avaliação pela Administração.¹²⁰

No leilão, as propostas são formuladas verbalmente no transcorrer do certame. Nesse procedimento, “a regra é a inexistência de sigilo quanto ao conteúdo das propostas”. Na realidade, as propostas deverão ser públicas e de amplo conhecimento, deixando os proponentes “vinculados por sua proposta até que outra, mais elevada, seja formulada”. Assim, a “formulação de proposta mais elevada por

¹¹⁷ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 634.

¹¹⁸ BRASIL. lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 mar. 2013.

¹¹⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 188.

¹²⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012. p. 203.

outro licitante retira a eficácia da proposta menos elevada, autorizando o interessado a formular outra proposta (desde que mais elevada do que a última)". Portanto, será considerada vencedora a proposta que oferecer maior valor.¹²¹

Por fim, ressalta-se que poderão participar do leilão todas as pessoas interessadas na licitação que preencham as condições estabelecidas no edital.¹²²

3.3.6 Pregão

O pregão inicialmente foi instituído por Medida Provisória editada em 04.05.2000 para ser utilizado no âmbito da União. Posteriormente, a Medida foi convertida na lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, que estendeu a modalidade aos Estados, Distrito Federal e Municípios.¹²³ No âmbito federal, o pregão presencial também é regulamentado pelo Decreto n. 3.555, de 8 de agosto de 2000, e o eletrônico pelo Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005.¹²⁴

Destaca-se que a lei federal n.8666/93 "aplica-se subsidiariamente a essa modalidade de licitação, consoante prescreve o art. 9 da lei Federal n. 10.520/2002".¹²⁵

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pregão é o procedimento licitatório utilizado "para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública".¹²⁶

O pregão distingue-se das demais modalidades "em razão de três características principais, afora outras de menor relevância". A primeira diferença está no fato que o pregão é o procedimento utilizado para contratações de bens e serviços considerados comuns.¹²⁷ De acordo com o §1º do artigo 1º da lei nº 10.520/02, "bens e serviços comuns são aqueles que podem ser definidos no edital

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 302.

¹²² BLANCHET, Luiz Alberto. **Roteiro prático das licitações**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 34.

¹²³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012. p. 203.

¹²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Org.). **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 46.

¹²⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 637-638.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 410.

¹²⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17.

por meio de especificações usuais no mercado”.¹²⁸

Melhor explicando, “o pregão deve ser utilizado para licitações de objetos simples, que não demandam especificações técnicas complexas para serem definido”. A segunda peculiaridade do pregão opera-se na “inversão das fases de licitação tais como tradicionalmente dispostas na lei n. 8.666/93, em que, inicialmente, se procede à habilitação e, depois dela, ao julgamento das propostas”. No pregão, “primeiro são julgadas as propostas, para depois proceder à habilitação, de modo que se imprime celeridade à licitação.” Por fim, outra diferença da modalidade ocorre na fase de julgamento dividida em duas etapas. No pregão, “primeiro abre-se todas as propostas escritas, que são postas em ordem de acordo com os preços ofertados”, após essa etapa “os autores das propostas de menores preços, consoante critérios a serem analisados no momento oportuno, são convidados a oferecer novas propostas, de forma oral e em alta voz”. Cada participante poderá ofertar lances com objetivo de cobrir o preço oferecido pelos outros, até que se alcance o menor preço.¹²⁹

Importante ressaltar que o pregão também “poderá ser realizado por meio da utilização de recursos da tecnologia da informação (denominado pregão eletrônico), conforme regulamentação específica fixada no Dec. 5450, de 31.05.2005”.¹³⁰ Assim, observa-se a existência de duas modalidades de pregão: o pregão presencial e o pregão eletrônico. O primeiro diferencia-se do outro pela presença, em ambiente físico, de Agentes da administração e dos interessados no procedimento. Enquanto o segundo é realizado, em ambiente virtual, por meio da tecnologia da informação.¹³¹

Por fim, o prazo para apresentação das propostas será de no mínimo, 8 dias úteis a contar da publicação do instrumento convocatório. Tempo este,

¹²⁸ BRASIL. lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 mar. 2013.

¹²⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17.

¹³⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012. p. 203.

¹³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 291.

disponibilizado para os interessados retirarem a íntegra do edital e tomarem todas as providências necessárias para apresentação de suas propostas à Administração¹³².

Dessa feita, após o estudo das modalidades licitatórias, adentra-se, brevemente, nas hipóteses de contratação direta, ou seja, situação em que, por expressa permissão legal a Administração Pública não necessita realizar o procedimento administrativo da licitação.

3.4 CONTRATAÇÃO DIRETA

Conforme já ressaltado, a Constituição Federal, no artigo 37, XXI, obriga os órgãos e entes da Administração Pública a realizarem o procedimento licitatório antes da contratação de obras e serviços. Entretanto, o próprio artigo constitucional deixou “em aberto a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória”.¹³³

Isso porque existem alguns casos “que, pela particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do processo licitatório”.¹³⁴ Assim, a realização de um procedimento licitatório normal “conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa”.¹³⁵

Partindo dessa premissa, a lei n. 8666/93, com fundamento na ressalva do inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal, prevê “as hipóteses ora taxativas, ora exemplificativas,” em que a Administração está excluída da obrigação de licitar, sendo elas: licitação dispensada prevista art. 17, licitação dispensável arrolada no art. 24 e as licitações inexigíveis elencadas no art. 25.¹³⁶

Nesses casos, “autoriza-se a Administração adotar um outro procedimento, em que as formalidades são suprimidas ou substituídas por outras”. Portanto, o fato de não estar obrigada a licitar, não significa que a contratação será realizada de modo informal, “com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação”. Ao contrário, antes de realizar a contratação direta

¹³² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 142.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 388.

¹³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 237.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 328.

¹³⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 567.

será necessário a realização de um procedimento administrativo prévio, simplificado, “em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível”.¹³⁷

Por fim, o gestor público que dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses prevista na legislação, ou até mesmo deixar de observar as formalidades pertinentes a essas espécies, comete ilícito penal nos moldes do art. 89 da lei n. 8.666/1993, que prevê pena de três a cinco anos de detenção e multa, sem prejuízo de outras cominações legais pelo uso indevido de tais institutos.¹³⁸

Dessa feita, a seguir passa-se a discorrer sobre cada hipótese de contratação direta de forma individual.

3.4.1 Inexigibilidade de Licitação

A inexigibilidade de licitação ocorre nos casos em que mesmo que a Administração Pública quisesse realizar o certame, “tal empreendimento estaria fadado ao insucesso por força da inviabilidade de competição”¹³⁹.

Nesse passo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que “nos casos de inexigibilidade de licitação, não a possibilidade de **competição**, porque só existe um objeto ou pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”.¹⁴⁰

No mesmo sentido, Diogenes Gasparini, afirma que “a inexigibilidade de licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência”. Assim, de acordo com o autor a inexistência de concorrência “impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é sem a prévia obrigação de licitar”. Depreende-se, portanto, que, “ainda que a Administração desejasse a licitação, esta seria inviável ante a absoluta ausência de concorrentes”.¹⁴¹

¹³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 328-329.

¹³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Org.). **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 577.

¹³⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 37.

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 388.

[grifo no original]

¹⁴¹ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 609.

Importante ressaltar que o art. 25, da lei n. 8666/93 preleciona “que a licitação é inexequível quando inviável a competição”, apresentando apenas alguns casos possíveis. Portanto, o mencionado artigo estabelece, “simplesmente, uma prévia e já resolvida indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, *sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis*”.¹⁴²

Nesse passo, os incisos, I, II e III do art. 25, da lei 8666/93, apresentam função restritiva, ou seja, estabelecem pressupostos de admissibilidade para concretização da inexigibilidade nos casos ali previstos. Entretanto, tais requisitos deverão ser estendidos, na medida do possível, aos casos de inviabilidade de competição não arrolados na lei.¹⁴³

3.4.2 Dispensa de Licitação

A dispensa de licitação “é pertinente aos casos em que é possível realizar licitação pública, uma vez que a competição é viável, porém realizá-la importaria sacrifício ou gravame, desmedido ao interesse público”. Portanto, para evitar o comprometimento do interesse público, “o legislador autoriza o agente administrativo a não proceder à licitação pública, para efeito de firmar contrato administrativo de modo direto”.¹⁴⁴

De acordo com Marçal Justen Filho, a dispensa “decorre do reconhecimento por lei de que os custos inerentes a uma licitação superam os benefícios que dela poderiam advir”. Portanto, “A lei dispensa a licitação para evitar o sacrifício dos interesses coletivos e supraindividuais”¹⁴⁵.

¹⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 554. [grifo no original].

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 409.

¹⁴⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 206.

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 335.

A lei n. 8.666/93, nos termos do art. 24, incisos I a XXIV, “enumera todas as hipóteses em que a licitação é considerada dispensável”. Assim, a “lista proposta é exaustiva, não podendo ser ampliada pelo aplicador da norma”.¹⁴⁶

Importante ressaltar que o art. 24 da lei nº 8.666/93 “apenas prescreve que a licitação é dispensável”, razão pela qual o gestor público deverá analisar a conveniência e oportunidade da dispensa. Portanto, “nessas hipóteses a entidade obrigada a licitar tem uma faculdade, não obrigação”. Assim, caso ela decida realizar a licitação “não incide, pelo menos em tese, a entidade que a levou a efeito em qualquer vício”.¹⁴⁷

Assim, diante do possível comprometimento do interesse público, a lei autoriza expressamente situações que permitem a Administração contratar de forma direta os préstimos que necessita, mesmo sendo viável a licitação. No entanto, tais hipóteses autorizativas não obrigam a Administração Pública a dispensar de plano a licitação, já que primeiro deverá ser analisado se o interesse público será resguardado com a concretização do certame ou com a dispensa da licitação.¹⁴⁸

3.4.2 Licitação Dispensada

A Licitação dispensada está prevista no art. 17, incisos I e II, da lei n. 8.666/1993 e refere-se aos casos em que o procedimento licitatório já foi efetivamente afastado pelo legislador, cabendo a Administração, “diante de uma das figuras contratuais enunciadas, apenas reconhecer a dispensa”. Assim, a lei autoriza hipóteses que de plano afastam a obrigação de realizar a licitação.¹⁴⁹

Conforme se verifica “*licitação dispensada* é a ocorrência na realidade da hipótese legal em que a Administração está liberada de licitar por expressa determinação” da lei n. 8666/93. Nesses casos, “não cabe à Administração Pública

¹⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Org.). **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 590.

¹⁴⁷ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 578.

¹⁴⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Ciclos de estudo de controle público da administração municipal(12)**. Florianópolis: Tribunal de Contas, 2010. p. 72.

¹⁴⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 208.

qualquer ato, medida ou procedimento” com intuito de realizar o certame, pois a própria lei já determina sua dispensa.¹⁵⁰

Portanto, dependendo do contrato a ser realizado, o gestor público deverá de plano proceder a contratação direta, já que em determinadas hipóteses a lei não lhe concedeu discricionariedade para optar pela concretização do procedimento licitatório.¹⁵¹

¹⁵⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 568. [grifo no original].

¹⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Org.). **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 589.

4 A FIGURA DO “CARONA” NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após o estudo, nos capítulos anteriores, acerca dos principais aspectos da Administração Pública Brasileira e do instituto jurídico da licitação, é chegado o momento de analisar o tema principal proposto para a presente pesquisa de conclusão de curso, qual seja: a figura do “carona” no sistema de registro de preços da Administração Pública.

Para tanto, abordar-se-á o sistema de registro de preços; a adesão à ata de registro de preços e a figura do carona; as opiniões doutrinárias contrárias e favoráveis à prática do carona; e, por fim, algumas decisões dos Tribunais de Contas acerca do tema pesquisado.

4.1 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

Nos processos convencionais de licitação, a Administração Pública determina precisamente o objeto e a quantidade que pretende contratar, cabendo aos proponentes participantes apresentarem propostas que compreendam, em regra, toda quantidade solicitada. Nesse passo, concluída a licitação, o vencedor é convocado para assinar o contrato, obrigando-se a prestar os bens por ele ofertados no certame. Através do contrato, a Administração vê-se obrigada a consumir todo objeto licitado, pagando por eles.¹⁵²

Todavia, no decorrer de suas atividades, a Administração Pública possui necessidades contínuas em relação a determinados bens e serviços, como, por exemplo, material de expediente, pneus, materiais de limpeza, etc., assim como objetos e serviços de difícil previsibilidade de estimativa. Prevendo principalmente essas aquisições, o legislador criou a possibilidade da utilização do Sistema de Registro de Preços. Essa possibilidade “foge da sistemática geral, introduzindo um sistema que apresenta diversas especificidades, prestantes a facilitar o

¹⁵² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 603.

gerenciamento de contratos”, sobretudo naquelas situações de necessidades contínuas.¹⁵³

Antes de adentrar no tema, importante ressaltar que Sistema de Registro de Preços está previsto no art. 15 lei n. 8.666/93, a qual dispõe que, sempre que possível, as compras deverão ser realizadas mediante Sistema de Registro de Preços. Com a edição da lei nº 10.520/02, permitiu-se a sua utilização na modalidade pregão, sendo posteriormente autorizado também no pregão eletrônico pelo Decreto n. 5.450/05.¹⁵⁴

Importante mencionar que o art. 15, §3º, da lei n. 8.666/93 estabelece que o “sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais”¹⁵⁵. Em observância aos preceitos supracitados, a matéria foi regulamentada no âmbito federal pelo Decreto n. 3941/2001, revogado em janeiro de 2013 pelo vigente Decreto n. 7892/2013. Salienta-se que a sua operacionalização nos Estados, Distrito Federal e Municípios “dependerá de regulamentação própria, podendo, caso entendam pertinente, utilizarem as orientações contidas nos regulamentos Federal”.¹⁵⁶

O parágrafo único do artigo 1º do Decreto n. 7892/2013 define Sistema de Registro de Preços como o “conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras”.¹⁵⁷ Em consonância com essa concepção, o Tribunal de Contas da União refere-se ao Registro de Preço como um “cadastro de produtos e fornecedores,

¹⁵³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 258

¹⁵⁴ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (Org.). **Sistema Registro de Preço: perguntas e respostas**. 2011. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/CartilhaGestaoRecursosFederais/Arquivos/SistemaRegistroPrecos.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013.

¹⁵⁵ BRASIL. lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 mar. 2013.

¹⁵⁶ CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (Org.). **Sistema Registro de Preço: perguntas e respostas**. 2011. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/CartilhaGestaoRecursosFederais/Arquivos/SistemaRegistroPrecos.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013.

¹⁵⁷ BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. **Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm>. Acesso em: 04 maio 2013.

selecionados mediante prévio processo de licitação, para eventual e futura contratação de bens e serviços por parte da Administração”.¹⁵⁸

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o Sistema de Registro de Preços caracteriza-se “como um procedimento que a Administração pode adotar perante compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviço”. Partindo do pressuposto que a Administração terá que adquirir bens ou serviços várias vezes, abra-se um certame licitatório em que o vencedor terá seus preços registrados. Assim, quando houver necessidade dos serviços ou produtos, o licitante vencedor deverá fornecer o bem licitado pelo preço cotado e registrado.¹⁵⁹

No mesmo sentido, Marçal Justem Filho ensina que o Sistema de Registro de Preços é “constituído como um cadastro de produtos e fornecedores, selecionados mediante licitação, para contratação sucessivas de bens e serviços, respeitando os lotes mínimos e outra condição prevista no edital”.¹⁶⁰

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, conceitua o Sistema de Registro de Preços da seguinte maneira:

É o conjunto de procedimentos para registro e assinatura em Ata de Preços que os interessados se comprometem a manter por determinado período de tempo, para contratações futuras de compras ou de serviços frequentes, a serem realizadas nas quantidades solicitadas pela Administração e de conformidade com o instrumento convocatório da licitação.¹⁶¹

Com base nos conceitos expostos, depreende-se que a principal diferença entre o Sistema de Registro de Preços e os procedimentos convencionais reside no objeto da licitação. Isso porque, no “**sistema convencional**, a licitação destina-se a selecionar fornecedor e proposta para contratação específica, efetivada pela Administração ao final do procedimento”. Enquanto no “**registro de preços** a licitação direciona-se a selecionar fornecedor e proposta para contratações não

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Org.). **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 243.

¹⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 576.

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 218.

¹⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 366.

específicas que poderão ser realizadas, por repetidas vezes, durante certo período”.¹⁶²

Melhor explicando, as principais especificidades do registro de preço decorrem do fato que o licitante vencedor oferece preço para unidade ou lote predefinido pela Administração em vez de cotar os valores para todo o quantitativo do edital. Além do que, o proponente vencedor não assina um contrato, mas sim o que se chama de ata de Registro de Preços. Nesta ata serão registrados os preços cotados pelo licitante para a unidade ou lote concernente ao objeto da Licitação. Ao firmar a ata, o fornecedor obriga-se perante a Administração a fornecer toda quantidade prevista por ela no transcorrer do prazo estabelecido no edital, que não poderá ultrapassar um ano. Portanto, no Registro de Preço a Administração não se obriga a contratar o objeto licitado, realizando o contrato se quiser, no prazo que quiser, desde que respeitado aquele especificado no edital, e na quantidade que quiser, observando, nesse caso, o limite máximo previsto no instrumento convocatório.¹⁶³

Importante ressaltar que o Registro de Preços não é modalidade de licitação¹⁶⁴, tanto que sua utilização deverá ser precedida de certame licitatório na modalidade concorrência ou pregão, antecedido de ampla pesquisa de mercado.¹⁶⁵

Partindo dessa premissa, verifica-se que para utilização do Registro de Preços inicialmente será necessário à concretização de um procedimento licitatório nas modalidades concorrência ou pregão. Concluída a licitação, o proponente vencedor será convocado para lavrar a ata de Registro de Preços. Depois de assinada, se a Administração quiser, o fornecedor será “convocado para firmar contrato, quantos forem necessários, de acordo com as necessidades e as demandas dela”.¹⁶⁶

Essas características de acordo com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes faz com que o Sistema de Registro de Preços se torne um procedimento especial, pois

¹⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União (Org.). **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p.243.grifo no original.

¹⁶³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 258.

¹⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 366.

¹⁶⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 557.

¹⁶⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 605.

não obriga a aquisição do produto ou serviço, funcionando na realidade como uma forma de cotação de preço. O autor ainda afirma que o Sistema de Registro de Preços se concretiza através de uma concorrência ou pregão *sui generis*, visto que ao contrário dos procedimentos convencionais não visa à certeza da aquisição, mas tão-somente o compromisso de contratações futuras e eventuais, que podem até não ser concretizadas.¹⁶⁷

O fato de não estar obrigado a contratar talvez configure um dos maiores benefícios do Sistema de Registro de Preços, pois a Administração tem mais flexibilidade para lidar com suas compras que, por sua vez, “podem não ser previstas com exatidão ou mesmo podem sofrer mudanças em função de fatos supervenientes”.¹⁶⁸ No tocante às vantagens do Sistema, o Conselheiro Mauri Torres do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais em resposta à Consulta n. 862.974 (25/05/2012) aponta:

A economia procedimental, mediante a realização de uma única licitação, evitando-se, assim, a repetição, ao longo do ano, de licitações, nas mais diversas modalidades, demandando inúmeros procedimentos; — prazo de validade das propostas por até doze meses, ocorrendo o reajustamento dos preços registrados, de conformidade com as disposições do edital e do ato regulamentar, enquanto que nas licitações rotineiras, as propostas valem por, no máximo, 60 dias; — desnecessidade de fixação da quantidade física a ser contratada, que pode ser diferente da real necessidade das atividades e projetos em curso, uma vez que no sistema de registro, o Poder Público, se o quiser, estabelece previamente as quantidades mínimas e máximas que poderão ser compradas, conferindo, assim, maior nível de reserva para o suprimento de materiais e serviços. Finalmente, cumpre registrar que a aplicabilidade do Registro de Preços é notável quanto a bens uniformes e padronizados, entendidos como tais aqueles cujo preço seja o único elemento de comparação, como é o caso de medicamentos, em que deverão ser observados para a escolha os componentes das fórmulas e não os laboratórios fornecedores, os quais, como se sabe, apresentam os mais variados preços.¹⁶⁹

¹⁶⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preço e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 30.

¹⁶⁸ DIAS, Helena Alves de Souza; CAMPOLINA, Juliana Cristina Lopes de Freitas; PAULA, Juliana Gazzi Veiga de. **Sistema de registro de preços: aspectos controvertidos da figura do “carona”**. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1624.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2013.

¹⁶⁹ MINAS GERAIS, Tribunal de Contas. **Consulta n° 862.974, 25/05/2012**. Relator: Cons.Mauri Torres. Viçosa, 25 de maio de 2012. Disponível em: <<https://doc.tce.mg.gov.br/DOC/Home/Diario?date=05%2F31%2F2012%2000%3A00%3A00>>. Acesso em: 01 maio 2013.

Nesse diapasão, extrai-se que “a norma busca racionalizar e simplificar o processo de contratação, dando-lhe eficiência”.¹⁷⁰ Portanto, conforme ensina Maria Adelaide de Campos França¹⁷¹ e Hely Lopes Meirelles¹⁷², o art. 15, II, da lei de Licitações (lei 8.666/93), ao prescrever que as compras sempre que possível deverão ser processadas através do Sistema de Registro de Preços, estabelece que a não escolha dos procedimentos previstos no artigo deverão ser motivadas.

Dessa forma, percebe-se que diante de suas especificidades o Registro de Preços é um procedimento que pode contribuir de forma positiva no processo de contratação de determinados bens e serviços, devendo ser adotado sempre que possível pela Administração Pública.

4.2 ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇO – A FIGURA DO “CARONA”.

Conforme já ressaltado, o Sistema de Registro de Preços apresenta diversas vantagens quando utilizado de maneira eficiente pela Administração Pública. Contudo, alguns dispositivos do antigo Decreto n. 3941/2001, preservados pelo atual Decreto n. 7892/2013, ensejaram algumas celeumas no meio doutrinário, bem como nos Tribunais de Contas de alguns Estados da Federação. Entre as polêmicas ocasionadas pelos Decretos, destaca-se a criação da possibilidade de adesão da ata de Registro de Preço por outros órgãos não participantes da licitação.

Por conseguinte, antes de se passar à questão propriamente dita, importante abordar algumas definições criadas pelo Decreto n. 3941/2001 e mantidas pelo atual Decreto n. 7892/2013.

Nesse viés, o art. 2º, III, do Decreto regulamentador nomeia como órgão gerenciador o órgão ou a entidade concretizadora da licitação com vistas ao Registro de Preços.¹⁷³ No inciso IV, tem-se a figura do órgão participante, definido como “órgão ou entidade que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro

¹⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 366.

¹⁷¹ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à lei de licitações e contratos da Administração Pública**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 39.

¹⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 366.

¹⁷³ BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. **Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm. Acesso em: 04 mai. 2013

de Preços e integra a Ata de Registro de Preços”.¹⁷⁴ Aqui os participantes já possuem “suas expectativas de consumo” previstas no edital de concorrência ou pregão, figurando, portanto, na respectiva ata, sem necessidade de solicitar sua inclusão.¹⁷⁵

No mesmo artigo, especificamente no inciso II, está prevista umas das principais peculiaridades do Sistema de Registro de Preços, a ata de registro de preços. Conforme já ressaltado, nos processos de contratação comum, “o contrato é a consequência imediata da licitação”. Já no certame licitatório realizado com o objetivo de promover o Registro de Preço, “o vencedor da licitação concernente ao registro de preço, antes do contrato, assina o que se chama de ata de registro de preço”.¹⁷⁶

Acerca do conceito da denominada ata de registro de preços, a lei declara que se trata de:

[...] 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;¹⁷⁷

Dessa forma, ata de Registro de Preços é um documento que possibilita o assentamento de preços fornecidos pelos participantes do certame, firmando compromisso com vistas a futuras contratações¹⁷⁸. Nesse passo, a ata deverá conter de maneira clara o objeto licitado com suas especificações, condições de execução do objeto, o preço por unidade ou lote ofertado, “a qualificação da pessoa que assume a obrigação perante a Administração, o prazo de vigência da ata e o procedimento para a formalização de futuros contratos”. Ademais, “além das

¹⁷⁴ BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. **Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm> Acesso em: 04 maio 2013

¹⁷⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preço e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 464.

¹⁷⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 614.

¹⁷⁷ BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. **Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm. Acesso em: 04 mai. 2013.

¹⁷⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preço e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 326.

condições prefixadas no registro de preços” deverá ser observado na ata “a revisão e o reajuste como formas de garantir o equilíbrio econômico-financeiro contratual, nos termos do inciso II do § 3º do art. 15 da lei n. 8.666/1993”.¹⁷⁹

A ata de Registro de Preços “é válida pelo prazo máximo de um ano, conforme referido no edital”. Portanto, durante o prazo estabelecido no instrumento convocatório, os proponentes são obrigados a fornecer os produtos ou serviços pelos preços registrados sempre que a Administração Pública solicitar. O descumprimento dessas regras poderá ocasionar a aplicação das penalidades previstas no edital.¹⁸⁰ Cumpre novamente ressaltar, entretanto, que a existência da ata “não gera para a Administração a obrigação de firmar as contratações que deles poderão advir; ao contrário, varia conforme ‘sua conveniência’”.¹⁸¹

Não obstante as figuras retro mencionadas, o art. 2º, V, do Decreto 7.892/2013 trouxe de forma expressa a figura do órgão não participante, definido no inciso supracitado como “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”.¹⁸² Embora não definido de forma expressa no Decreto anterior, a mencionada figura decorre na realidade do art. 8 do Decreto nº 3.931/2001.

Nesse passo, ressalta-se que “através do advento do Decreto nº. 3.931/2001 foi inserida no país a possibilidade de a proposta mais vantajosa numa licitação ser aproveitada por outros órgãos” não participantes do processo licitatório concernente ao Registro de Preços. Partindo da “ideia de aproveitar o percurso que alguém está desenvolvendo para concluir o próprio trajeto”, essa possibilidade de adesão ficou conhecida popularmente como “carona”. Assim, para fins de

¹⁷⁹ DIAS, Helena Alves de Souza; CAMPOLINA, Juliana Cristina Lopes de Freitas; PAULA, Juliana Gazzi Veiga de. **Sistema de registro de preços: aspectos controvertidos da figura do “carona”**. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1624.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2013.

¹⁸⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 558
NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.605.

¹⁸¹ DIAS, Helena Alves de Souza; CAMPOLINA, Juliana Cristina Lopes de Freitas; PAULA, Juliana Gazzi Veiga de. **Sistema de registro de preços: aspectos controvertidos da figura do “carona”**. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1624.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2013.

¹⁸² BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. **Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm. Acesso em: 04 mai. 2013

contratação pública, a designação “carona” é o rótulo que qualifica a situação de um órgão ou uma entidade que se utiliza do registro de preços instituído por terceiro para obter bens e serviços sem ter participado do planejamento da contratação e da respectiva licitação”.¹⁸³

O Decreto Federal 7.892/2013 preservou a existência do “carona” dedicando um capítulo inteiro a regulamentação da adesão à ata de Registro de Preços. O novo regramento assim estabelece:

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

[...]

§ 8º É vedada aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual.

§ 9º **É facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal.**¹⁸⁴

Conforme se verifica, o atual Decreto Federal 7.892/13 estabeleceu a impossibilidade de adesão de órgãos federais a ata de registros de preços oriundas de licitações promovidas por órgãos estaduais, municipais ou do Distrito federal. Todavia, depreende-se claramente que a “adesão inversa é possível, já que o aludido decreto conferiu a possibilidade de os órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais aderirem à ata de registro de preços dos órgãos federais”.¹⁸⁵

Cumprе ressaltar que, desde o seu “nascimento” até a data atual, a prática da “carona” vem provocando grande debate doutrinário quanto a sua legalidade, visto não possuir previsão na lei n. 8666/93 e pela violação aos princípios constitucionais e jurídicos das licitações.

¹⁸³VIVAS, Rodrigo Cesar Aguiar. **Evolução normativa e jurisprudencial do “carona” no sistema de registros de preços e perspectivas práticas da novel legislação (Decreto 7892/2013).**

Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 abr. 2013. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42792&seo=1>>. Acesso em: 04 maio 2013

¹⁸⁴BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. **Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm. Acesso em: 04 mai. 2013. [grifo sem no original]

¹⁸⁵VIVAS, Rodrigo Cesar Aguiar. Inovações do novo Sistema de Registro de Preços (Decreto Federal nº 7.892/2013). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3554, 25 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24046>>. Acesso em: 4 maio 2013.

Nesse diapasão, serão estudados nos tópicos seguintes os diferentes posicionamentos acerca da adesão à ata de Registro de Preço.

4.2.1 Opiniões Doutrinárias Favoráveis ao “Carona”.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes posiciona-se em sentido favorável a legalidade do “carona”, partindo do pressuposto que após “ressalvar os casos de contratação direta e impor, como regra, o princípio da licitação, a Constituição Federal define os limites desse procedimento, mas em nenhum momento obriga a vinculação de cada contrato a uma só licitação” ou, “de uma licitação para cada contrato”. De acordo com o autor, “essa perspectiva procedimental fica ao alcance de formatações de modelos” ¹⁸⁶, veja-se:

[...] no primeiro, é possível conceber mais de uma licitação para um só contrato, como na prática se vislumbra com o instituto da pré-qualificação em que a seleção dos licitantes segue os moldes da concorrência, para só depois licitar-se o objeto, entre os pré-qualificados; no segundo, a figura do carona para em registros de preços ou a previsão do art. 112 da lei nº. 8.666/93. Desse modo, é juridicamente possível estender a proposta mais vantajosa conquistada pela Administração Pública como amparo a outros contratos.¹⁸⁷

A existência do carona, de acordo com autor, proporciona a obtenção da proposta mais vantajosa para Administração. Neste viés, ensina que o carona é um órgão ou entidade “que antes de proceder à contratação direta sem licitação ou a licitação” verifica se “outro órgão público, da mesma esfera ou de outra”, já possui o “produto desejado em condições de vantagem de oferta sobre o mercado já comprovadas”. Permite-se através da “prévia licitação do objeto semelhante feita por outros órgãos, com acatamento das mesmas regras que aplicaria em seu procedimento”, a redução de despesas operacionais de uma ação seletiva. Essa redução de custos, de acordo com autor, “constitui um dos pressupostos fundamentais da licitação enquanto processo”. Isso porque “a finalidade da licitação não é servir aos licitantes, mas ao interesse público”, no mesmo passo que a “observância da isonomia não é para distribuir demandas uniformemente entre os

¹⁸⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preço e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 466.

¹⁸⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preço e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 466.

forneecedores, mas para ampliar a competição visando à busca de proposta mais vantajosa”.¹⁸⁸

Em consonância com o entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho entende que a prática limitada do carona não fere os princípios da legalidade e da obrigatoriedade de licitação. Isso porque a lei nº 8.666/93 “conferiu a cada ente federativo a prerrogativa de regulamentar o seu Sistema de Registro de Preços, de acordo com as peculiaridades regionais ou locais”. Nesse viés, a “prática do carona, embora não tenha sido prevista na lei geral, decorre da dinâmica do procedimento licitatório e da execução da ata de Registro de Preços, razão pela qual não pode ser considerada inovação indevida por parte do Chefe de Executivo”. Ademais, ela não fere o princípio da obrigatoriedade de licitação, visto que o ente ou órgão não participante do certame, ao “tomar carona”, deixa de realizar a sua própria licitação, todavia o bem ou serviço contratado através da adesão já havia sido selecionado mediante procedimento licitatório promovido pelo órgão gerenciador.¹⁸⁹

Dessa feita, denota-se que para os autores acima mencionados a prática do carona não ofende os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública e, especificamente, ao instituto da licitação pública.

4.2.2 Opiniões Doutrinárias Contrárias ao “Carona”.

De acordo com Joel de Menezes Niebuhr “cumpre reconhecer que para os agentes administrativos a adesão à ata de Registro de Preços é algo extremamente cômodo, porquanto os desobriga de promover licitação”. Isso porque, “em vez de lançar uma licitação com todos os desgastes e riscos que lhe são inerentes”, bastaria aderir a alguma ata de Registro de Preços, contratar diretamente, sem maiores burocracias e formalidades. Contudo, a comodidade de pegar “carona” na ata de Registro de Preços de outros órgão ou entidades é inconstitucional e ilegal, pois “avilta de modo desinibido e flagrante uma plêiade de princípios de Direito Administrativo”, podendo-se afirmar “que na mais tênue

¹⁸⁸FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preço e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 466-467.

¹⁸⁹ OLIVEIRA FILHO, Sérgio Veríssimo de. O sistema de registro de preços e o “carona”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2813, 15 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18671>>. Acesso em: 4 maio 2013.

hipótese” a existência do carona ofende aos princípios da legalidade, isonomia, moralidade administrativa, impessoalidade e economicidade.¹⁹⁰

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles, Marçal Justem Filho¹⁹¹ e Luiz Claudio Santana¹⁹² entendem que a figura do “carona” é manifestamente ilegal e inconstitucional¹⁹³.

No que se refere à legalidade do carona, Marçal Justem Filho considera a ilegalidade o vício mais evidente da figura do carona, “já que a lei n. 8.666 não facultou a instituição dessa sistemática, que foi introduzida por meio de regulamento”.¹⁹⁴

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, ressalta que “o exame do art. 15 e seus §§ da lei 8.666 revela que ali não se prevê de modo expresso, implícito ou explícito a possibilidade de a ata de registro de preços ser utilizada por qualquer órgão ou entidade” diferente daquele que promoveu a licitação com vistas ao Registro de Preços. Assim, o decreto ao criar a figura do carona “extrapolou, exorbitou, foi além da lei que regulamentou, permitindo o que ela não permite, ferindo, portanto, o princípio da legalidade”.

Sobre o assunto, Joel de Menezes Niebuhr explica de forma detalhada como o princípio da legalidade é violado. Nesta toada, ensina o autor que através do mencionado princípio, “os agentes administrativos, somente podem fazer aquilo que lhes seja permitido em lei,” e “atuar na medida de suas competências, tal qual definidas em lei em sentido formal, isto é, ato proveniente do Poder Legislativo”.¹⁹⁵

Nesse viés, a competência para expedir regulamentos administrativos encontra amparo e é disciplinada pelo inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal, cuja dicção é a seguinte: “Compete privativamente ao Presidente da República: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, **bem como expedir decretos e**

¹⁹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 621.

¹⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 235-237.

¹⁹² SANTANA, Luiz Claudio. O sistema de registro de preços e o carona. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2508, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14847>>. Acesso em: 4 maio 2013.

¹⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 370

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 235.

¹⁹⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 622.

regulamentos para sua fiel execução". Através desse artigo evidencia-se "que regulamento administrativo presta-se apenas a dizer como a lei deve ser cumprida, como ela deve ser posta em prática, operacionalizada pela Administração Pública". Portanto, ele não serve "para criar direitos e obrigações, criar novos instrumentos jurídicos, outorgar competências a agentes administrativos não pressupostas em lei."¹⁹⁶

É nesse contexto que se afirma que a figura da adesão à ata de registro de preços não possui qualquer amparo legal.¹⁹⁷ Isso porque, o **carona** "foi criada de forma independente e autônoma, por meio de regulamento administrativo, do Decreto Federal nº 3.931/01", e preservada pelo atual Decreto n.7.892/2013. Portanto, o Presidente da República, "ao criar a figura da adesão à ata de registro de preços, sem qualquer amparo legal, excedeu as suas competências constitucionais (inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal), violando abertamente o princípio da legalidade"¹⁹⁸, assim como segue:

Não é constitucionalmente admissível que regulamento administrativo, um decreto da lavra do Presidente da República, crie o instituto da adesão à ata de registro de preços sem qualquer lastro legal, inovando a ordem jurídica por meio da outorga autônoma de competência aos agentes administrativos, com repercussões de monta na esfera jurídica de terceiros.¹⁹⁹

Depreende-se, portanto, que "quem poderia, em tese, criar a adesão à ata de registro de preços é o Poder Legislativo, por meio de lei, em obediência ao princípio da legalidade". Razão pela qual, "o **carona** jamais poderia ter sido criado,

¹⁹⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 622. [grifo no original].

¹⁹⁷ Excetua-se o previsto na Lei nº 10.191/01, que trata de registro de preços na área da saúde. A referida Lei prescreve regras a respeito da utilização por uma entidade de registro de preços realizado por outra, desde que previsto no edital de licitação. Nela não há autorização para acréscimo de cem por cento do quantitativo registrado por órgão ou entidade aderente. Em síntese, a Lei nº 10.191/01 trata de situação específica, que não corresponde exatamente à figura da adesão à ata de registro de preços entabulada no artigo 8º do Decreto Federal nº 3.931/01, muito embora guarde traços de semelhança. (NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 622).

¹⁹⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 622-623.

¹⁹⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 623.

como malgrado foi, pelo Presidente da República, por mero regulamento administrativo”.²⁰⁰

De acordo com Hely Lopes Meirelles, o fato da adesão a ata de preços “dar maior celeridade e eficiência não é bastante para se contrapor a lei 8.666/93 e a Constituição Federal/88”.²⁰¹ Isso porque, “no Estado Democrático de Direito não se deve governar por decreto, mas por lei, conforme preceitua o princípio da legalidade, festejado de modo contundente e irrefutável pela Constituição Federal”.²⁰²

Luiz Cláudio Santana ensina que o carona também afeta o princípio da isonomia, visto que uma das finalidades da licitação é “oferecer tratamento igual àqueles que estão em uma mesma condição jurídica”, e que desejam “contratar com a Administração Pública”.²⁰³ Não há de se falar de certame licitatório quando um órgão se beneficia de carona, assim, “na medida em que permite firmar contratos sem licitação”, claramente percebe-se que a adesão a ata de registro de preços “pode ensejar benefícios econômicos para o fornecedor contratado, sem a devida garantia de igualdade de condições a todos os concorrentes”.²⁰⁴ Nesse norte, a todos os demais fornecedores deveriam ser assegurados “tratamento equivalente, eis que o titular do preço registrado não formulara proposta para realizar a contratação que se consumou. Surge uma preferência incompatível com a licitação e a isonomia”.²⁰⁵

Sobre o tema, Joel Menezes Niebur ressalta alguns exemplos que demonstram a ofensa ao princípio da isonomia:

A adesão à ata de registro de preços viola o princípio da isonomia porque ela pressupõe contrato sem licitação. Explicando melhor: a entidade “A” faz licitação para registro de preços de quinhentos computadores. Com base nessa licitação, o vencedor dela assina a ata de registro de preços, da qual decorre ou decorrem contratos para a aquisição dos quinhentos

²⁰⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 623. [grifo no original].

²⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 366.

²⁰² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 623.

²⁰³ SANTANA, Luiz Claudio. O sistema de registro de preços e o carona. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2508, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14847>>. Acesso em: 4 maio 2013.

²⁰⁴ DIAS, Helena Alves de Souza; CAMPOLINA, Juliana Cristina Lopes de Freitas; PAULA, Juliana Gazzi Veiga de. **Sistema de registro de preços: aspectos controvertidos da figura do “carona”**. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1624.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2013.

²⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 238.

computadores que foram licitados pela entidade “A”. Ocorre que, com o **carona**, a entidade “B”, que não promoveu licitação alguma, vale-se da ata de registro de preços da entidade “A” e, por via de consequência, da licitação promovida pela entidade “A”, para também comprar quinhentos computadores. Ora, o contrato pertinente à aquisição de quinhentos computadores firmado pela entidade “B” não foi precedido de licitação pública e, em decorrência disso, os interessados em vender os quinhentos computadores à entidade “B” não tiveram oportunidade de disputa, não foram tratados com igualdade. Imagine-se, continuando com o exemplo, que a entidade “A” seja do Sul do país e mal pagadora. Por isso, fornecedor do Norte do país não se interessou em participar da licitação para registro de preços promovido pela entidade “A”. No entanto, a entidade “B” é do Norte do país, do Estado do fornecedor que não se interessou em participar da licitação promovida pela entidade “A”, e boa pagadora, costuma honrar religiosamente em dia os seus compromissos. Sob esse quadro, o fornecedor, que legitimamente não quis participar da licitação promovida pela entidade “A”, quer e tem o direito de participar de licitação para disputar o contrato da entidade “B”. Com efeito, o contrato a ser firmado pela entidade “B” não tem nada a ver com o contrato a ser firmado pela entidade “A”. Sem embargo, valendo-se do **carona**, a entidade “B” não abre licitação, adere à ata de registro de preços da entidade “A” e firma contrato em razão dela. Dessa maneira, o fornecedor do Norte do país, que não quis participar da licitação promovida pela entidade “A”, vê frustrado o seu direito de participar de licitação para vender para a entidade “B”, o que implica, por via de consequência, em violação ao princípio da isonomia, ao direito do referido fornecedor de disputar em condições de igualdade a contratação com a entidade “B”.²⁰⁶

Nota-se que “na medida em que qualquer outro órgão ou entidade da Administração que não participou da licitação e, e por isso, não figura na ata de Registro de Preço”, ao utilizar aquela licitação e ata promove contratação não precedida de licitação, como exige o art. 2º da lei n. 8666/93 e o art. 37, XXI, da Constituição Federal.²⁰⁷

O **carona** não está incluído nas hipóteses legais que afastam a obrigatoriedade de licitação pública. Todavia, através dela realiza-se à contratação direta, “fora das hipóteses legais e sem qualquer justificativa, vulnerando o princípio da isonomia, que é o fundamento da exigência constitucional que faz obrigatória a licitação pública”, situação ensejadora de sua ilegitimidade.²⁰⁸

Outro efeito nocivo do **carona** está relacionado com a moralidade e a impessoalidade administrativa. De acordo com Joel de Menezes Niebuhr, a adesão à ata de registro de preços, “no mínimo, expõe os princípios da moralidade e da

²⁰⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 624.

²⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 366.

²⁰⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 624.

impessoalidade a risco excessivo e despropositado, abrindo as portas da Administração a todo tipo de *lobby*, tráfico de influência e favorecimento pessoal”.²⁰⁹ Isso porque, a possibilidade de adesão pode ocasionar situações de conluio entre o vencedor de uma ata de registro de preços e a entidade administrativa promotora e a possível aderente, através de favores ou vantagens indevidas, com objetiva de obter maior lucratividade²¹⁰.

Partindo dessa premissa, Hamilton José Rodrigues de Lima ressalta que a existência do carona possibilita a ocorrência de um mercado paralelo de negociação de atas de registro de preços, assim como segue:

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

Tem-se verificado no cotidiano a inversão da ordem dos fatos, porquanto, muitas vezes, não são os órgãos que publicam os editais para se contratar determinado objeto, ao revés, os particulares é que ‘dão publicidade’ da existência de atas de registro de preços, e as ofertam ao gestor público.²¹¹

Nesse sentido, basta imaginar que certa empresa ganhou uma licitação e assinou ata de registro de preços para fornecer uma determinada quantidade de produtos. O vencedor dessa ata pode procurar qualquer entidade administrativa, propondo aos agentes administrativos aderirem à ata, entrando de carona, sem a necessidade de licitação. Neste contexto, na mais tênue hipótese, pode-se supor que a empresa vencedora possa “oferecer alguma vantagem (propina) aos representantes dessas outras entidades administrativas, para que eles venham a aderir à ata de registro de preços que a favorece e viabilizem a contratação”. Assim, a empresa que participou de licitação para fornecer certo número de materiais pode aumentar consideravelmente essa quantidade, “dependendo apenas do seu poder

²⁰⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 627.

²¹⁰ NERI, Leonardo José Alves Leal. **O procedimento de adesão à ata de registro de preços e sua relação com princípios norteadores da Administração Pública e das licitações**, do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da IDP – Brasília. 2013. 33 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito Administrativo)- Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013.

²¹¹ LIMA, Hamilton José Rodrigues de. **A adesão extraordinária à ata de registro de preços: uma análise principiológica sobre sua inconstitucionalidade**. IN: BLC: Boletim de licitações e contratos, v. 24, n. 9, p. 859-882, set. 2011.

de *lobby*, do quão ela é competente em tráfico de influência ou do montante da propina que ela se dispõe a pagar”.²¹²

Dessa forma, ao assegurar ao ente administrativo a discricionariedade de escolher entre utilizar ou não a carona, “é possível perceber, com facilidade” que isto pode “ser um meio propício à fraude e ao conchavo”,²¹³ o que, se ocorrer, “importa agravo ao princípio da moralidade e, junto com ele, ao da impessoalidade”. Aliás, conforme ressalta Joel de Menezes Niebuhr, “só alguém muito ingênuo e completamente alienado da realidade nacional pode supor que isso não aconteça com certa frequência no Brasil”.²¹⁴

Cumpra, ainda, destacar que a adesão à ata de registro de preços viola claramente o princípio da economicidade. Tal princípio impõe à Administração que proceda a contratação da proposta mais vantajosa para o interesse público, “tanto sob o prisma da qualidade como o da economia, consoante dispõe o artigo 3º da lei nº 8.666/93”.²¹⁵ Importante mencionar que atualmente através da economia de escala, quanto maior quantitativo requerido, maior a possibilidade de redução dos preços. Todavia, “a sistemática da carona ignora essa lei econômica, mantendo o preço originalmente formulado ainda que os quantitativos sofram elevações”²¹⁶, não permitindo a “captura efetiva da economia de escala pelo aumento das quantidades a serem adquiridas”. Desta forma, o carona, ao afastar a Administração Pública dos benefícios provenientes do fator de economia de escala, acaba não alcançando de fato a proposta mais vantajosa.²¹⁷

Com isso, percebe-se que para parcela da doutrina, consoante citações acima mencionadas, a prática do carona viola importantes princípios constitucionais

²¹² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 628.

²¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 366.

²¹⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 628.

²¹⁵ NERI, Leonardo José Alves Leal. **O procedimento de adesão à ata de registro de preços e sua relação com princípios norteadores da Administração Pública e das licitações**, do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da IDP – Brasília. 2013. 33 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito Administrativo)- Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013.

²¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 238.

²¹⁷ NERI, Leonardo José Alves Leal. **O procedimento de adesão à ata de registro de preços e sua relação com princípios norteadores da Administração Pública e das licitações**, do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da IDP – Brasília. 2013. 33 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito Administrativo)- Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013.

e infraconstitucionais norteadores da Administração Pública, a exemplo da legalidade, impessoalidade, isonomia, moralidade e economicidade.

4.2.3 As decisões dos Tribunais de Contas acerca da adesão ao Sistema de Registro de Preços.

Em agosto de 2007, o Tribunal de Contas da União – TCU manifestou-se sobre o tema debatido no presente trabalho de pesquisa por meio do Acórdão nº 1.487/2007 e, segundo a doutrina, “lamentavelmente, não reconheceu de modo puro e simples invalidade do carona, solicitando apenas ao Poder executivo uma solução destinada a limitar as contratações nessa sistemática”.²¹⁸ Leia-se trecho do Acórdão:

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

[...]

9.2. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que:
9.2.2. adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto nº 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão,²¹⁹

Posteriormente, o Tribunal de Contas da União prolatou o Acórdão nº 1.233/2012, fixando o entendimento de que as adesões à ata de registro de preços deveriam ser limitadas à quantidade consignada inicialmente na ata.²²⁰ Todavia, com advento do Decreto nº 7.892/13, ficou estabelecido à fixação do limite global

²¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 238.

²¹⁹ BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1487/2007**, Relator: Ministro Valmir Campelo, Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=4&doc=2&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 15 maio 2013.

²²⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.233/2012**. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 15 maio 2013.

para adesões, que não poderá ser superior a cinco vezes o quantitativo somado de órgãos gerenciador e participante.²²¹

O Tribunal de Contas da União “não proibiu formalmente a carona”, mas isso não significa que sua prática “configure como válida e legítima para os órgãos administrativos”. O Tribunal introduziu razões jurídicas que devem ser levadas em consideração quando utilizada a prática da carona. O acórdão 1.487/2007 acaba demonstrando, na realidade, que a prática do “carona é potencialmente danosa aos cofres públicos”, portanto, existe grande possibilidade de o administrador público realizar uma contratação equivocada e, por conseguinte, ser responsabilizado por isso.²²²

Ademais, a adesão à ata de registro de preços, mesmo com a restrição imposta pelo Tribunal de Contas da União e as limitações impostas pelo Decreto nº 7.892/13, “permanece contrária ao princípio da legalidade”. A carona “foi criada pelo Decreto Federal nº 3.931/01 e as leis vigentes não emprestam qualquer lastro de fundamento jurídico que se prestasse a lhe oferecer alento”.²²³

Outros Tribunais de Contas, de alguns Estados da Federação, também já se manifestaram sobre o carona.

O Tribunal do Estado de Minas Gerais, através da Consulta nº 757978, de 08/10/2008 proferiu o seguinte entendimento:

De toda sorte, deverá o interessado (carona) elaborar processo administrativo por sua iniciativa, qual seja, providenciar termo de referência no qual conste as especificações do objeto que deseja adquirir, após ampla pesquisa de preços de mercado, e, ainda, informações relativas à existência de Ata de Registro de Preço sobre o objeto desejado, para fins de acionar o órgão/entidade gerenciador, externando sua intenção de utilizar a respectiva Ata. O órgão gerenciador consultará ao fornecedor acerca da possibilidade de atender àquela adesão, uma vez que haverá acréscimo ao quantitativo pactuado. A justificativa apresentada deverá demonstrar a vantagem econômica da adesão à referida Ata, mencionando, ainda, a similitude de condições, tempestividade do prazo, suficiência das quantidades e qualidade do bem. A esse processo administrativo deve ser agregada,

²²¹ BRASIL. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. **Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm>. Acesso em: 04 mai. 2013. [grifo no original].

²²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 238.

²²³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **O novo perfil da adesão à ata de registro de preços conforme acórdão 1.233/2012, do Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/perfil_adesao.pdf>. Acesso em 13 maio 2013.

também, a anuência formal da entidade/órgão gerenciador sobre a possibilidade de utilização da Ata de Registro de Preços.²²⁴

Dessa forma, verifica-se que o mencionado Tribunal considerou lícita a figura do carona. Todavia, a sua legitimidade dependerá de alguns requisitos, sendo eles: a realização prévia de termo de referência e pesquisa de mercado com objetivo de demonstrar a real vantajosidade econômica da adesão.

Impondo igualmente o requisito da verificação prévia da vantajosidade e o atendimento aos princípios da razoabilidade, da impessoalidade e da economicidade na prática do carona, o Tribunal de Contas do Estado do Ceará, no Processo Consulta nº 04480/2009-0, posicionou-se de forma favorável a adesão à ata de registro de preço²²⁵.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, por sua vez, se manifesta sobre o assunto através do acórdão nº 1344, de 21/07/2011:

A adesão por outro ente à ata de registro de preços encontra fundamento apenas e tão-somente em decreto regulamentar. Em momento algum a lei n. 8.666/93, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição, veiculando normas gerais na forma do art. 22, XXVII, também da Constituição, dispõe sobre o instituto do carona. Tampouco existe regra similar na lei n. 15.608/07. Em não havendo previsão expressa em lei, os regulamentos federal e estadual houveram por bem agregar à ordem jurídica tal possibilidade, o que não se admite.

[...]

Há, inevitavelmente, a necessidade de lei. O decreto não se consubstancia na via adequada, dado que, como aventado no Acórdão n. 986/11, o “carona” obliquamente se traveste em causa de contratação direta em favor da entidade pública aderente, se funcionalizando como dispensa ou inexigibilidade de licitação, não prevista em lei.²²⁶

Depreende-se, portanto, que o referido Tribunal não admite a utilização do carona por não existir no ordenamento jurídico qualquer norma possibilitando a sua utilização. De acordo com o referido Tribunal, a adesão da ata de registro de preços constitui causa de contratação direta, não prevista em lei, em favor da

²²⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Consulta nº 757978**, Relator Cons. Substituto Gilberto Diniz. Campo Belo, 8 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp?cod_processo=757978>. Acesso em: 15 maio 2013.

²²⁵ CEARÁ. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. **Processo nº 04480/2009-0**. Ceará, 24 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br:8080/sitetce/arq/SecretariaGeral/resolucao/2009/RES200923162009044800.PDF>>. Acesso em: 15 maio 2013.

²²⁶ PARANÁ, Tribunal de Contas do Estado do. **Acórdão nº 1344/11**, Relator: Cons. Hermas Eurides Brandão Diniz. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2011/8/pdf/00011737.pdf>>. Curitiba, 21 de julho de 2011. Acesso em: 13 maio 2013.

entidade pública aderente, devendo, portanto, ser afastada das contratações públicas.

Por fim, insta trazer à tona o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, nos termos do Prejulgado nº 1895:

1. O Sistema de Registro de Preços, previsto no art. 15 da lei (federal) n. 8.666/93, é uma ferramenta gerencial que permite ao Administrador Público adquirir de acordo com as necessidades do órgão ou da entidade licitante, mas os decretos e as resoluções regulamentadoras não podem dispor além da lei das Licitações ou contrariar os princípios constitucionais.
2. Regra geral, o sistema de adesão ("carona") à ata de registro de preços, instituído pelo Decreto (federal) n. 3.931, de 2001, que regulamenta o art. 15 da lei (federal) n. 8.666, de 1993, conflita com o princípio da legalidade, não devendo ser utilizado pelos jurisdicionados deste Tribunal com relação a outros órgãos de qualquer das esferas de Governo, nem permitir a utilização das suas atas por outros órgãos de qualquer esfera de Governo, ressalvado quando vinculado a Programa do Governo Federal, de abrangência nacional, de comprovado interesse público, nas áreas de assistência social, educação e saúde pública, a exemplo da lei (federal) n. 10.191/2001 (aquisição de bens relativos às ações de saúde) e do Decreto (federal) n. 6.768/2009 (que dispõe sobre o Programa "Caminhos da Escola"), desde que o ato convocatório da licitação.²²⁷

Do extrato acima, infere-se que o Tribunal de Contas de Santa Catarina repudia a prática do carona, entendendo que a adesão à ata de Registro de preço ofende claramente o princípio da legalidade, devendo tal espécie de contratação não ser utilizada pelos seus jurisdicionados.

Logo, com base no exposto no presente capítulo monográfico, percebe-se que se trata de um tema ainda bastante polêmico, com opiniões contrárias e favoráveis à utilização do "carona" no âmbito da Administração Pública Brasileira quanto ao Sistema de Registro de Preços.

²²⁷ SANTA CATARINA, Tribunal de Contas do Estado de. **Decisão nº 3446/2010**. Relator: Wilson Rogério Wan Dal Herneus de Nadal. Princesa, 4 de agosto de 2010. Disponível em: <http://servicos.tce.sc.gov.br/processo/index.php?nu_proc=1000095069>. Acesso em: 11 fev. 2013.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente, registra-se que o desenvolvimento do presente estudo monográfico possibilitou um melhor entendimento das atividades necessárias à concretização de contratos administrativos entre a Administração Pública e particulares. Nesse diapasão, através da abordagem dos aspectos gerais sobre o conceito e finalidade da Administração Pública, constatou-se que a principal função dos órgãos e entidades administrativas consiste na satisfação do interesse público.

Essa busca pela satisfação pública faz com que a Administração Pública proceda a uma série de contratações com terceiros não pertencentes ao aparelho estatal. Para tanto, o texto constitucional, em respeito à preservação do princípio da isonomia, impôs no seu art. 37, XX, antes da contratação, a obrigatoriedade, via de regra, do desenvolvimento de um procedimento administrativo, denominado licitação.

Nesse passo, verifica-se que, anterior a qualquer contratação de bem ou serviço, a Administração Pública está obrigada a realizar uma série de formalidades previstas na Lei n. 8666/93, lei que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal. Dependendo do objeto e valores despendidos na contratação, impõem-se tipos procedimentais diferentes, caracterizando as chamadas modalidades de licitação. A concretização deste conjunto de formalidades visa à observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Infer-se que, por ser tratar de uma exigência imposta pela Constituição Federal e lei infraconstitucional, a licitação é um ato vinculado, podendo ser excluída somente nas hipóteses previstas na lei. Assim, a legalidade desse procedimento exige a observância da legislação aplicável, condições estabelecidas no ato convocatório, princípios constitucionais, correlatos e aqueles catalogados na própria lei criadora.

Todavia, restou demonstrado que a Lei n. 8666/93, no seu art. 15, prevê, ainda, outro procedimento administrativo chamado Sistema de Registro de Preços. Esse sistema, não é uma modalidade de licitação, mas um importante instrumento de gestão colocado à disposição da Administração Pública, pois possibilita em

contratações rotineiras a constituição de um cadastro de bens e serviços a serem adquiridos ao longo do prazo de 12 meses.

Contudo, o § 3º do art. 15 da Lei n. 8.666/93, ao possibilitar que o Registro de Preços fosse regulamentado por decreto, fez com que surgissem no meio administrativo inovações não previstas na lei de licitação. Uma destas inovações decorre do fato de que o Decreto Federal n.º 3.931/01 estabeleceu a possibilidade de um órgão ou entidade da Administração Pública utilizar procedimento licitatório concretizado por outro órgão ou entidade, sem ter participado da licitação, a partir da simples adesão à ata de registro de preços. Essa possibilidade de adesão, também chamada de carona, não encontra qualquer amparo legal, o que torna sua existência de caráter duvidoso.

Todavia, observa-se que esta não é a única problemática envolvendo o assunto. A prática do carona desobriga a realização de licitação pública por parte do órgão ou entidade aderente da ata de registro de preço, frustrando a obrigatoriedade de licitar prevista na Constituição Federal e, gerando, a partir daí, uma plêiade de consequências transgressoras de alguns princípios licitatórios.

Dessa forma, através do estudo realizado, constatou-se que parte da doutrina reconhece que a figura do carona possibilita a infringência de alguns princípios norteadores da licitação, tais como: da legalidade, isonomia, economicidade, moralidade e impessoalidade.

Através, dos argumentos expostos, verifica-se que o princípio da legalidade é violado, em razão da figura do carona ser instituída tão somente por decreto, sem existir no ordenamento jurídico pátrio qualquer amparo legal a sua utilização. O princípio da isonomia, por sua vez, é transgredido pelo fato da prática do carona ensejar contratação direta, fora das hipóteses legais permissivas, retirando a garantia de igualdade de condições a todos os concorrentes. No que se refere ao princípio da economicidade, a adesão da ata de registro de preço faz com que a economia de escala não seja utilizada pela Administração Pública, excluindo a obtenção de fato da proposta mais vantajosa. Além do que, ao deixar a mercê do agente administrativo a liberalidade de escolha entre a adesão ou não, a prática do carona possibilita a instauração fraudes, expondo, assim, os princípios da moralidade e da impessoalidade a riscos.

Porém, conforme restou demonstrado, os Tribunais de Conta dos Estados igualmente divergem sobre o assunto. Portanto, determinados Estados permitem a utilização do carona, enquanto outros repudiam a adesão à ata de registro de preços. No âmbito federal, o Tribunal de contas da União não se manifestou sobre a ilegalidade do carona, até porque não possui competência para essa imposição, mas impôs limites a prática, deixando claro que sua utilização excessiva pode ocasionar contratações danosas ao erário público.

Entretanto, depreende-se que a facilidade desse tipo de contratação se sobrepôs sobre a sua nocividade, e fez com que o carona se tornasse utilizada por boa parte da Administração Pública, e, inclusive, defendido por alguns autores e permitido em alguns Estados brasileiros.

Dessa forma, conclui-se que a comodidade advinda com figura do carona fez com que a Administração Pública deixasse de lado preceitos clarividentes no art. 37, XXI, da Constituição Federal, na Lei n.8.666/93 e em alguns princípios norteadores da atividade licitatória.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROS, Wellington Pacheco. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Roteiro prático das licitações**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1487/2007**, Relator: Ministro Valmir Campelo, Disponível em:
<<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=4&doc=2&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 15 maio 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. **Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3931htm.htm>. Acesso em: 04 maio 2013.

_____. lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 14 mar. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União (Org.). **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.233/2012**. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Disponível em: <
<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 15 maio 2013.

BRAZ, Petrônio. **Tratado de direito municipal**: direito administrativo e municipal, v.I. 2. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2007.

CARLIN, Ivo Volnei. **Manual de direito administrativo**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CEARÁ. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. **Processo nº 04480/2009-0**. Ceará, 24 de novembro de 2009. Disponível em:
 <<http://www.tce.ce.gov.br:8080/sitetce/arq/SecretariaGeral/resolucao/2009/RES200923162009044800.PDF>>. Acesso em: 15 maio 2013.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (Org.). **Sistema Registro de Preço**: perguntas e respostas. 2011. Disponível em:
 <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/CartilhaGestaoRecursosFederais/Arquivos/SistemaRegistroPrecos.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2013.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 95.

_____. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal, n. 141, p. 77, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. _____. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Helena Alves de Souza; CAMPOLINA, Juliana Cristina Lopes de Freitas; PAULA, Juliana Gazzi Veiga de. **Sistema de registro de preços**: aspectos controvertidos da figura do “carona”. Disponível em:
 <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1624.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: reflexões contemporâneas. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). **Grandes temas de direito administrativo**: homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi. Florianópolis: Conditorial; Millennium Editora, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preço e pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Belo Horizonte: Forum, 2011.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à lei de licitações e contratos da Administração Pública**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. _____. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. _____. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MINAS GERAIS, Tribunal de Contas. **Consulta nº 862.974, 25/05/2012**. Relator: Cons.Mauri Torres. Viçosa, 25 de maio de 2012. Disponível em: <<https://doc.tce.mg.gov.br/DOC/Home/Diario?date=05%2F31%2F2012%2000%3A00%3A00>>. Acesso em: 01 maio 2013.

_____. _____. **Consulta nº 757978**, Relator Cons. Substituto Gilberto Diniz. Campo Belo, 8 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp?cod_processo=757978>. Acesso em: 15 maio 2013.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERI, Leonardo José Alves Leal. **O procedimento de adesão à ata de registro de preços e sua relação com princípios norteadores da Administração Pública e das licitações**, do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da IDP – Brasília. 2013. 33 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito Administrativo)- Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **O novo perfil da adesão à ata de registro de preços conforme acórdão 1.233/2012, do Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/perfil_adexao.pdf>. Acesso em 13 maio 2013.

_____. **Pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA FILHO, Sérgio Veríssimo de. O sistema de registro de preços e o "carona". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2813, 15 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18671>>. Acesso em: 4 maio 2013.

PARANÁ, Tribunal de Contas do Estado do. **Acórdão nº 1344/11**, Relator: Cons. Hermas Eurides Brandão Diniz. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2011/8/pdf/00011737.pdf>>. Curitiba, 21 de julho de 2011. Acesso em: 13 maio 2013.

RIGOLLIN, Ivan Barbosa, BOTINO, Marco Túlio. **Manual prático das licitações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Atlas S.A, 2009. p. 27/28.

SANTA CATARINA, Tribunal de Contas do Estado de. **Decisão nº 3446/2010**. Relator: Wilson Rogério Wan Dal Herneus de Nadal. Princesa, 4 de agosto de 2010. Disponível em: <http://servicos.tce.sc.gov.br/processo/index.php?nu_proc=1000095069>. Acesso em: 11 fev. 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Ciclos de estudo de controle público da administração municipal(12)**. Florianópolis: Tribunal de Contas, 2010.

SANTANA, Luiz Claudio. O sistema de registro de preços e o carona. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2508, 14 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14847>>. Acesso em: 4 maio 2013.

SOUTO, Marcos Juarena Villela. **Direito administrativo contratual**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

VIVAS, Rodrigo Cesar Aguiar. Inovações do novo Sistema de Registro de Preços (Decreto Federal nº 7.892/2013). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3554, 25 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24046>>. Acesso em: 4 maio 2013.

_____. **Evolução normativa e jurisprudencial do "carona" no sistema de registros de preços e perspectivas práticas da novel legislação (Decreto 7892/2013)**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42792&seo=1>>. Acesso em: 04 maio 2013.