

ADEMIR DA SILVA SOARES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 8° DO
DECRETO FEDERAL N°. 3.931/2001, QUE AUTORIZA
A FIGURA DO CARONA NA ATA DE REGISTRO DE
PREÇOS.**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MINAS GERAIS

2010

ADEMIR DA SILVA SOARES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 8º DO
DECRETO FEDERAL Nº. 3.931/2001, QUE AUTORIZA
A FIGURA DO CARONA NA ATA DE REGISTRO DE
PREÇOS.**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do professor Salatiel Ferreira Lúcio.

FIC – CARATINGA

2010

APRESENTAÇÃO TEMÁTICA

O presente trabalho apresenta o tema controverso que é a adesão por órgão ou entidades públicas a ata de registro de preços sem que este tenha participado do certame licitatório, contrariando dispositivo legal e afrontando princípios constitucionais. O decreto 3.931/2001 em seu artigo 8º, dispõe que “a ata de registro de preços, durante a sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade que não tenha participado do certame licitatório”, criando dessa forma a figura do “**carona**”. Este instrumento jurídico criado através deste decreto que se entende ser inconstitucional tem servido de parâmetro para que os entes federados editem suas normas sobre registro de preços. O tema em questão vem causando insegurança jurídica a União, Estados, Municípios e as entidades que se obrigam através do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, ao realizar licitação para contratar com empresas, com o objetivo adquirir produtos ou realizar serviços comuns, pois, autoriza através de uma simples adesão a ata de registro de preços à contratação, dispensando a obrigatoriedade de licitar. Com a finalidade de contribuir para o debate deste tema, é que se torna à lume o presente trabalho, acredita-se que a melhor solução para o tema em questão seja a edição de um novo Decreto Federal derogando o artigo 8º do Decreto 3.931/2001 e caso seja da vontade do legislador pátrio que a figura do carona continue a ser utilizada pela administração pública em geral, que crie uma proposta de emenda constitucional com o intuito de flexibilizar o artigo 37 da CF/88 no sentido de permitir a adesão de um órgão à ata de registro de preços realizado por outro ente da administração pública.

Palavras chave: Inconstitucionalidade, Carona, Licitação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	07

Capítulo I

1. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

1.1 Definições e Conceito	13
1.2 Princípios Norteadores	14
1.2.1 Princípio da Isonomia	16
1.2.2 Princípio da Legalidade	16
1.2.3 Princípio da Impessoalidade	18
1.2.4 Princípio da Moralidade	19
1.2.5 Princípio da Igualdade	20
1.2.6 Princípio da Publicidade	20
1.2.7 Princípio da Probidade Administrativa	21
1.2.8 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	22
1.2.9 Princípio do Julgamento Objetivo	23

Capítulo II

2. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

2.1 Conceito e Definição	24
2.2 Princípios Aplicáveis	26
2.3 Normatização	30
2.4 Vantagens e Desvantagens	30

Capítulo III

3. ANÁLISE DO ARTIGO 8º DO DECRETO FEDERAL 3.931/01	
3.1 A Figura Jurídica do Carona na Ata de Registro de Preços	33
3.2 Análises do Decreto 3.931/01 em face da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.666/93.....	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	44
ANEXOS	

INTRODUÇÃO

Pretende-se com presente estudo aperfeiçoar-se o conhecimento na área de licitações públicas, pois se trata de um campo carente de profissionais qualificados que dominem o assunto em seus aspectos, prático e teórico. Vê-se, que as Prefeituras de menor porte não dispõem em seus quadros de servidores, de profissionais com conhecimento suficiente para conduzir os processos licitatórios dentro dos princípios que os regem.

O universo jurídico será ampliado com o presente estudo, no sentido de que sendo sanada a inconstitucionalidade apontada, os legisladores pátrios se tornarão mais cautelosos ao legislarem, verificando antes de tudo se o dispositivo proposto não ofende aos princípios constitucionais.

Ainda os órgãos e entidades públicas, poderão se pautar em uma legislação segura, sem que no futuro possam os administradores responder por crime de responsabilidade, em decorrência de um ato jurídico falho que os levou a um erro material, sem que estes tenham realizado-o com dolo (sabendo que o ato realizado poderia produzir um dano a outrem mesmo assim assumiu a risco de fazê-lo).

O que se observa no texto em análise é que um decreto federal não tem força normativa para criar uma nova hipótese de dispensa de licitação, pois na pirâmide das normas, no seu ápice, esta o dispositivo constitucional do artigo 37, inciso XXI, após vem a Lei Ordinária n. 8.666/93 que traz normas gerais sobre licitações, e nem esta ou aquela autorizam a criação de uma nova hipótese de dispensa de licitação através de decreto, firma-se aqui o flagrante desrespeito a legislação pátria causada pela edição do decreto 3931/01. Faz-se, então, outro questionamento. Como ficaria a questão da responsabilidade em caso de vícios ou ilegalidades na ata de registro de preços se o titular do órgão que aderiu a ata seria penalizado juntamente com o titular do órgão gerenciador do registro de preços, ou este estaria eximido de responsabilidades?

Vê-se hoje que Estados como os de Minas Gerais, São Paulo, Goiás, editaram normas sobre o Sistema de Registro de Preço – SRP com base no decreto federal aqui analisado, e introduziram nestas a figura do “carona”, propagando a inconstitucionalidade apontada anteriormente e afrontando princípios constitucionais.

O ganho social, deste trabalho tem por base que todos os atos realizados pela administração pública devem ser pautados no princípio da eficiência, e tem como objetivo maior o bem estar dos seus administrados. Os licitantes terão a certeza de que participaram de

um certame licitatório justo e sem vícios, que possam vir a prejudicar as suas futuras contratações com órgãos públicos. Pois a inconstitucionalidade apontada, vicia o ato tornando-o nulo de pleno direito, o particular que contratar com a administração pública nesta situação além de estar contribuindo para a prática de um crime, pode tornar-se impedido de contratar com órgãos públicos por um determinado período. A segurança jurídica se faz necessária para que os administrados não fiquem prejudicados em suas relações com os órgãos e entidades públicas.

O objeto delimitado nesta pesquisa é a inconstitucionalidade do art. 8º do Decreto Federal 3.931/01, que autoriza a figura do “carona” na ata registro de preços e encontra-se dentro ramo do Direito Administrativo, mais especificamente contido no artigo 15, inciso II da Lei 8.666/93 que rege as licitações e contratos administrativos.

O objetivo do presente trabalho apontar a inconstitucionalidade do art. 8º do Decreto Federal 3.931/01, que autoriza a figura do “carona” na ata registro de preços, através dos seguintes objetivos específicos, revisar bibliografia, pesquisar os princípios constitucionais que regem a administração pública em doutrinas de Direito Administrativo e Direito Constitucional, pesquisar em doutrinas voltadas para Licitações Públicas inclusive nas destinadas ao Registro de Preços, pesquisar jurisprudências ou acórdãos sobre o tema abordado nos sites ou em publicações dos Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas dos Estados e do Tribunal de Contas da União, pesquisar artigos científicos sobre o tema em análise, Pesquisar jurisprudência ou acórdãos do STJ e STF, sobre o assunto nos respectivos sites ou publicações, fazer uma análise do artigo 8º do Decreto Federal 3.931/2001 comparando-o com a lei 8.666/1993 e a Constituição Federal.

A análise dos princípios que regem a administração pública juntamente com a Lei 8.666/1993 que comprovaram a inconstitucionalidade do artigo 8º do Decreto Federal n.º 3.931/2001, tal pressuposto encontra sustentação no pensamento do professor Toshio Mukai, descrito no texto abaixo:

...b) o art. 8º dispõe que a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador desde que devidamente comprovada à vantagem. Ora, neste caso, o inc. XXI do art. 37 da CR ficou aberto e escancaradamente violentado, pois esses órgãos ou entidades que, no curso da execução de uma ata de registro de preços, podem adquirir os bens ou serviços licitados pelo órgão gestor e pelos outros convidados a participar, em última análise, estão adquirindo bens ou serviços sem ter participado de qualquer licitação. Eis aí a figura do *carona*, como a doutrina já apelidou esses órgãos ou entidades que, por

essa via, compram bens ou contratam serviços sem licitação, o que é frontalmente contra o disposto no inc. XXI do art. 37 CR.

Na verdade, não pode existir essa figura estranha, denominada de *carona*, porque, além do mais, é crime **dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei**, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade (art. 89 da Lei n. 8.666/93). (grifamos)¹

Vê-se que o professor Toshio Mukai, aponta com propriedade a violação à norma constitucional vigente em seu artigo.

Este é o assunto principal deste estudo que será abordado nos respectivos capítulos:

1. Procedimento licitatório, onde será abordado o conceito de licitações, em seguida seus princípios norteadores que são isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

2. Sistema de registro de preços, seu conceito e definição, os princípios aplicáveis, sua normatização, suas vantagens e suas desvantagens para a administração pública.

3. Finalmente, a análise do artigo 8º do Decreto Federal 3.931/01, a criação da figura jurídica do carona na ata de registro de preços. O confronto deste com o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988 e com a Lei 8.666/93.

¹MUKAI, Toshio. **Registro de preços: inconstitucionalidade do art. 8 do Decreto Federal 3.931/01 e do art. 15-A, paragrafo 3, do Decreto Estadual n. 51.809/2007 (figura do carona). Possibilidade de cometimento do crime previsto no art, 89 da Lei n. 8.666/93.** Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, ed. 66, vol 1, paginas 22/25. 2008.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O presente trabalho tem como marco teórico o artigo do professor Toshio Mukai, publicado na revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, volume 66, edição n. 1 do ano de 2008 cujo tema é, **“Registro de preços: inconstitucionalidade do art. 8º do Decreto Federal n. 3.931/2001 e do art. 15-A, § 3º, do Decreto Estadual n. 51.809/2007 (figura do corona). Possibilidade de cometimento do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93”**. (Grifo nosso)

Outras obras que servirão de base para esta pesquisa são: Licitações e Contratos Públicos de Toshio Mukai, Editora Saraiva, Comentário à lei de licitações e contratos administrativos de Marçal Justen Filho, Editora Dialética, Direito Administrativo Brasileiro de Hely Lopes Meirelles, Editora Malheiros, Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros de Celso Antonio Bandeira de Mello.

Com base neste artigo, pode-se constatar que os órgãos públicos que se obrigam através da Lei 8.666/93 a licitar, vêm cometendo ilegalidades ao se nortearem no decreto federal acima citado para editar os seus sobre Registro de Preços, que conseqüentemente vêm trazendo insegurança jurídica a estes.

Faz-se necessária, uma breve exposição dos motivos de ordem prática que leva a escolha do tema em debate.

O artigo 8º, do decreto 3.931/2001, *caput* tem a seguinte redação:

A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que **não tenha participado do certame licitatório**, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada à vantagem. Ainda no o parágrafo § 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não **poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços**.(grifo nosso).²

² BRASIL. Decreto n° 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%203.931-2001?](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%203.931-2001?OpenDocument) OpenDocument. Acessado em 19 de novembro de 2009, 14:50 hs.

A primeira interrogação é se um decreto pode ser contrário a um dispositivo constitucional, o artigo 37, inciso XXI da CR/88 estatui que: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...)”.³ (grifo nosso)

A autorização do referido decreto afronta diretamente o princípio da obrigatoriedade de licitar. Diante do exposto interroga-se, uma norma infraconstitucional pode contrariar princípios constitucionais?

Outra análise se faz junto Lei 8.666/93 que é o dispositivo legal que rege as licitações e contratos administrativos, a lei não relaciona o registro de preços como uma das possibilidades de dispensa ou inexigibilidade de licitação em seus artigos 24 e 25. A Lei 8.666/93 em seu artigo 89 estatui: “[...] é crime dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”³, portanto comete crime o gestor público que autorize a prática da carona para contratar com fornecedores.

No mesmo crime, incorre quem participou para a consumação da ilegalidade e se beneficiou com a contratação, ou seja, também os fornecedores que contrataram com os órgãos públicos nestas condições incorreram no mesmo crime. A lei ainda prevê a detenção de três a cinco anos, e multa aos infratores. Outra ilegalidade apontada no artigo 8º do decreto em análise é a possibilidade do carona de poder realizar aquisições ou contratações até o limite de cem por cento dos quantitativos registrados na ata de registro de preços, o § 1º do artigo 65 da Lei 8.666/93, só autoriza a administração a assinar termo aditivo ao contrato já existente de no máximo de 25% dos quantitativos definidos em uma licitação, vê-se mais uma ilegalidade pois um decreto não tem força normativa para se sobrepor ao que uma lei especial determina.

³BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil: 1988, texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de n. 1 de 1992, a 32, de 2001, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de n. 1 a 6, de 1994.** – 17 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001. p. 39

Ainda no mesmo decreto em seu artigo 3º § 3º, discrimina os procedimento que devem ser adotados para que outro órgão da administração participe da Ata de Registro de Preços:

§ 3º O órgão participante do registro de preços será responsável pela manifestação de interesse em participar do registro de preços, **providenciando o encaminhamento, ao órgão gerenciador, de sua estimativa de consumo, cronograma de contratação e respectivas especificações ou projeto básico, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, adequado ao registro de preço do qual pretende fazer parte, devendo ainda:**

I - garantir que todos os atos inerentes ao procedimento para sua inclusão no registro de preços a ser realizado estejam devidamente formalizados e aprovados pela autoridade competente;

II - manifestar, junto ao órgão gerenciador, sua concordância com o objeto a ser licitado, antes da realização do procedimento licitatório; e

III - tomar conhecimento da Ata de Registros de Preços, inclusive as respectivas alterações porventura ocorridas, com o objetivo de assegurar, quando de seu uso, o correto cumprimento de suas disposições, logo após concluído o procedimento licitatório.⁴ (Grifo nosso)

Como poderá um órgão aderir à ata de registro de preços sem ter participado do procedimento licitatório, se o próprio decreto ao definir os requisitos para participação no mesmo certame, a estes, são mais rigorosos para quem participa juntamente com o órgão gerenciador, do que, para o carona, que apenas assina um termo de adesão depois de tudo pronto. Desta forma, é mais “prático” esperar algum deles realize o processo licitatório e depois de tudo pronto firmar um termo de adesão a ata de registro de preços já realizado pegando assim uma carona, sem ter maiores complicações com a realização de um certame.

Ainda o Decreto 3.931/20001, vem servindo de parâmetro para possibilitar que órgãos e entidades públicas editem suas normas sobre o tema dissipando a afronta aos princípios constitucionais, da legalidade, da igualdade, da moralidade e da competição, nos ordenamentos jurídicos dos órgãos públicos. Na visão do professor Toshio Mukai, “constituem um verdadeiro crime em matéria de licitação e contratos públicos”⁵. Abaixo

⁴ BRASIL. Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%203.931-2001? OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%203.931-2001?OpenDocument).

⁵ MUKAI, TOSHIO. Registro de preços: inconstitucionalidade do art. 8 do Decreto Federal 3.931/01 e do art. 15-A, parágrafo 3, do Decreto Estadual n. 51.809/2007 (figura do carona). Possibilidade de cometimento do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, ed. 66, vol 1, páginas 22/25. 2008.

transcreveremos partes dos decretos que vêm sendo editados por nossos administradores públicos.

No Estado de São Paulo, o decreto n.º 47.945/2003, assim, autoriza a figura do carona:

Artigo 15-A - A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração **que não tenha participado do certame licitatório**, mediante prévia consulta ao Órgão Gerenciador, desde que comprovada à vantagem em tal adesão.

§ 2º - As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a **cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços**.⁶ (grifo nosso)

Do mesmo modo o Estado de Goiás no Decreto N.º. 6.092/2005:

Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração **que não tenha participado do certame licitatório**, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada à vantagem.⁷ (grifo nosso)

Também o do Estado de Minas Gerais no Decreto n.º 44787 2008 dedicou a Seção III do Capítulo II, as atribuições do carona:

Das Atribuições do Carona:

Art. 8º Ao **órgão não-participante ou carona do registro de preços** aplicam-se, no que couber, as atribuições do órgão participante previstas no art. 7º.

⁶ SÃO PAULO. Decreto n.º 47.945, de 16 de julho de 2003. Artigo 15-A e §2º. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto nos artigos 15 da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 e da Lei Estadual n.º 6.544, de 22 de novembro de 1989, e artigo 11 da Lei Federal n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e dá providências correlatas. Disponível em <http://www.pregao.sp.gov.br/legislacao/doc/DECRETON47945>. doc. Acessado em 21 de novembro de 2009 às 20:08 hs.

⁷ GOIÁS. Decreto n.º 6.092 de 25 de fevereiro de 2005. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em http://www.gabinetcivil.goias.gov.br/pagina_decretos.php%3fid=701. Acessado em 19 de novembro de 2009, 14:50.

§ 1º O Termo de Adesão do carona deve ser dirigido ao órgão gerenciador, com indicação de seu interesse e da quantidade estimada para conhecimento daquele órgão.

§ 2º A responsabilidade do órgão carona é restrita às informações que esse produzir, não respondendo pelas eventuais irregularidades do procedimento da licitação.

§ 3º O órgão gerenciador não responde pelos atos do órgão carona.⁸ (grifo nosso)

Vê-se como é flagrante, um decreto editado sem a devida análise constitucional a nível Federal, pode ocasionar em nosso ordenamento jurídico, tamanha insegurança, causando um efeito dominó, onde todos os entes públicos tendem a cometer o mesmo erro. Imagina-se, por exemplo, o Ministério da Saúde, ao realizar um registro de preços para a aquisição de 10.000(dez mil) unidades de Paracetamol, solução oral 200mg/ml, ao valor de R\$ 2,00(dois reais) a empresa vencedora certame além de fornecer as dez mil unidades para o Ministério, também, segundo o decreto em análise poderia fornecer o mesmo quantitativo e pelo mesmo preço registrado, para todas as secretarias de saúde do país sem que estas precisem licitar, apenas pegando carona na ata de registro de preços já realizada.

Para o fornecedor é claro que seria uma maravilha, pois poderia vender uma quantidade infinita de unidades do medicamento, a um preço muito bom, pois, o custo de produção de dez mil unidades é um, agora o custo de produção, por exemplo, de 1.000.000 (um milhão) unidades deste mesmo medicamento, com certeza é muito menor, pois é sabido de todos que quanto maior a produção menor os custos finais do produto. Agora já para a administração pública o prejuízo aos cofres seria grande, acompanhem o raciocínio, se a quantidade final apresentada acima tiver uma redução dos custos que cheguem a 25% do seu valor ou R\$ 0,50 (cinquenta centavos) devido ao volume de produção, estariam os órgãos que aderiram a esta ata e contrataram com este fornecedor pagando cerca de R\$ 500.000,00(quinzentos mil reais) a mais, o que em tese daria para adquirir mais 333.333 (trinta e três mil e trezentos e trinta e três) fracos do mesmo medicamento. O fornecedor exerceria uma espécie de monopólio autorizado pelo decreto, somente ele forneceria este tipo de medicamento, com a participação em apenas um certame licitatório.

⁸ MINAS GERAIS. Decreto n° 44787 de 18 de abril de 2008. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços disciplinando no art. 15 da Lei Federal n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=NJMG&u=http://www.almg.gov.br/njmg/chama_pesquisa.asp&SECT7=LINKON&p=1&r=1&l=1&f=G&s1=decreto+44787+2008.norm.

Diante desses fatos, é que se propõe o estudo jurídico sobre a constitucionalidade da norma em questão.

1 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

1.1 Definições e Conceito

O procedimento licitatório foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pelo Código da Contabilidade Pública da União, de 1922 até o Decreto Lei 200/67, Lei 5.456/68, Lei 6.946/81 e Decreto Lei 2.300/86 que posteriormente foram revogados pela Lei 8.666/93 de 21/06/1993, que atualmente já sofreu varias alterações em seu texto original, mas ainda continua a regulamentar o artigo 37, XXI, da Constituição Federal;

...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.⁹

Segundo nossos doutrinadores, ela não regulamenta o artigo constitucional acima citado e sim estabelece normas gerais sobre licitações e contratos que devem ser aplicadas a União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios bem como as entidades controladas direta ou indiretamente por estes.

Hely Lopes Meirelles assim define as normas gerais sobre licitações: “Por normas gerais devem entender-se todas as disposições da lei aplicáveis indistintamente as licitações e contratos da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como de seus desmembramentos autárquicos e paraestatais”.¹⁰

Encontra-se nas doutrinas vários conceitos de licitação, expõe-se aqui apenas dois que por serem os mais citados por elas:

⁹ **BRASIL, Constituição Federal de 1988. Legislação Brasileira.** Antonio Carlos Figueiredo, organizador. São Paulo: Primeira Impressão, 2006. p.33.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 22 ed.-São Paulo: Malheiros, 1997. p. 246.

Para Hely Lopes Meirelles é “o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.”

¹¹

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, licitação é “um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.” ¹²

Licitação seria o procedimento pelo qual a administração pública se obriga por lei a realizar, ao contratar com terceiro para fornecimento de materiais, bens ou prestação de serviços, objetivando a seleção da proposta mais vantajosa para ela, ou seja, aquela que melhor se adéqua a sua necessidade.

1.2 Princípios Norteadores

Os princípios são os norteadores do hermeneuta na tarefa de interpretar e aplicar à norma jurídica ao caso concreto, pois são eles a base de todo ordenamento jurídico. Toda norma deve ser pautada em princípios sob pena de desnortear-se e perder sua validade. Na administração pública, não é diferente, pois todos os atos realizados tem que serem pautados neles. Hely Lopes Meirelles assim define os princípios:

Constituem, por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-lo é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.¹³

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 22 ed.-São Paulo: Malheiros, 1997. p. 247.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed.- São Paulo: Malheiros, 2009. p. 517.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 22 ed.-São Paulo: Malheiros, 1997. p. 82.

Celso Antônio Bandeira de Mello os definem com sendo: “... a disposição expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, pelo que conforma o sentido das normas implantadas em uma dada ordenação jurídico-positiva”¹⁴

Na mesma linha de pensamento do professor Marçal Justem Filho, assim descreve a definição de princípios:

O princípio é relevante porque impregna todo o sistema, impondo ao conjunto de normas certas diretrizes axiológicas. O princípio é importante não exatamente por se a “origem” das demais normas, mas porque todas elas serão interpretadas e aplicadas à luz dele. Quando se identifica o princípio fundamental do ordenamento jurídico, isola-se o sentido que possuem todas as normas dele integrantes.¹⁵

Também as licitações públicas, como procedimentos da administração pública são regidas por princípios como leciona o artigo 3º da Lei 8.666/93:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.¹⁶

A seguir expõe-se com maior clareza de detalhes cada um destes princípios com o objetivo de configurar a flagrante transgressão do artigo 8º do decreto em análise a estes.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed.- São Paulo: Malheiros, 2003. p. 817

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 48.

¹⁶ **BRASIL, Lei 8.666/93. Legislação Brasileira**. Antonio Carlos Figueiredo, organizador. São Paulo: Primeira Impressão, 2006. p.868.

1.2.1 Princípio da Isonomia.

O Princípio da Isonomia na licitação configura-se com a elaboração do edital no qual a administração não pode impor restrições que possam trazer diferenciações entre os concorrentes limitando assim sua participação no certame. Em suma, a administração não pode restringir a participação de um licitante que tenha as mesmas condições de outro interessado em contratar com a administração. A limitação neste caso só pode ocorrer para selecionar empresas capazes de atender à entrega do objeto licitado, sem, contudo restringir a ampla participação dos concorrentes.

Em termos mais diretos, C. A. Bandeira de Mello sintetizou seu pensamento ao afirmar que “o princípio da igualdade consiste em assegurar regramento uniforme às pessoas que não sejam entre si diferenciáveis por razões lógicas e substancialmente (isto é, em face da Constituição) afinadas com eventual disparidade de tratamento.”¹⁷

Este princípio configura-se como um corolário do princípio da igualdade que todos são iguais na medida de sua igualdade e desiguais na medida de suas desigualdades, a isonomia se dá com o tratamento igualitário por parte da administração a todos os seus administrados de acordo com as peculiaridades de cada caso.

1.2.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade apresenta-se com o basilar da administração pública, pois esta subordinada à lei por sua essência, ele é específico do Estado de Direito, não existe regime jurídico-administrativo sem este. A atividade administrativa é exercida dentro dos ditames legais, o administrador só pode fazer ou deixar de fazer algo se a lei assim permitir, ao contrário do particular que pode fazer tudo aquilo que a lei não proibir, a discricionariedade daquele esbarra nos limites da legalidade.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 50.

Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.¹⁸

Deste princípio, pode se extrair que o administrador público ao editar seus decretos têm a obrigatoriedade de analisar se este não afronta o princípio da legalidade, pois se isto ocorrer o seu ato passará a ser nulo de pleno direito. Este pensamento encontra arrimo nos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Para reforçar ainda mais o entendimento deste caráter subalterno da atividade administrativa, basta examinar atentamente o artigo 84, IV, da Lei Magna. De acordo com ele compete ao Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos pra sua fiel execução”. Evidencia-se, dessarte que mesmo os atos mais conspícuos do Chefe do Poder Executivo, isto é, os decretos, inclusive quando expedem regulamentos, só podem ser produzidos para ensejar execução fiel da lei. Ou seja: pressupõem sempre uma dada lei da qual sejam os fiéis executores.

... administração é atividade subalterna à lei; que se subjugua inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir a lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro.¹⁹

Nota-se que o artigo 8º decreto em análise editado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, fere o princípio da legalidade não observando a fiel execução da Lei 8.666/93, e consequentemente a Constituição Federal.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 22 ed.-São Paulo: Malheiros, 1997. p.82.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed.- São Paulo: Malheiros, 2009. p.103.

1.2.3 Princípio da Impessoalidade

Este princípio impõe ao administrador o dever conduzir seus atos com a finalidade de atingir por parte da Administração pública em suas atuações, a defesa do interesse público em detrimento de interesses pessoais ou de grupos, sejam eles políticos ou de empresários, tem ela o dever de tratar a todos os seus administrados sem discriminações.

Na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello assim traduz a impessoalidade no trato da coisa pública: “Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.”²⁰

Para o professor Marçal Justen Filho a impessoalidade é a emanção da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indica vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados.²¹

Portanto nas licitações públicas como em todos os atos administrativos o agente deve ser impessoal na prática de seus atos afastando a discricionariedade e o subjetivismo, independentemente de suas convicções pessoais, este ao realizar o ato convocatório ou julgar o objeto da licitação, deve buscar sempre ser imparcial, para só assim, atingir o objetivo maior do certame, que é a aquisição mais vantajosa para a Administração Pública.

1.2.4 Princípio da Moralidade

Este princípio está diretamente ligado ao da legalidade, pois o administrador público ao realizar um determinado certame licitatório deve se pautar-se nos preceitos morais implícitos na norma legal, deve este distinguir o certo do errado, o bem do mal, o honesto do desonesto, não podendo desprezar o elemento ético de sua conduta, na busca da finalidade administrativa, que é sempre o bem comum. Entende-se que não podem os membros das comissões de licitação, interpretar a norma para beneficiar um determinado licitante, pois

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed.- São Paulo: Malheiros, 2009. p.114.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 58.

estaria ai configurando uma ofensa a moral administrativa, eivando de vícios todo o certame e invalidando-o.

Celso Antônio Bandeira de Mello diz que “violá-lo implicará em violação do próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação”²², e define que o princípio da moralidade deve ser observado:

Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.²³

A moralidade administrativa tem laços estreitos com o conceito de bom administrador, ou seja, aquele que usa de suas atribuições legais não só se apegando estritamente ao texto legal, mas também pela ética, a moral e o interesse coletivo. Este princípio também, não pode ser explicado de modo exaustivo, pois, a intenção do legislador e de que licitação seja norteada pela honestidade e seriedade, exigindo-se sempre que o interesse público prevaleça em detrimento de interesses particulares para obtenção de vantagens, em cada certame a moralidade tem de ser interpretada de maneira peculiar.

1.2.5 Princípio da Igualdade

Este princípio está implícito dentro do princípio da isonomia, já abordado anteriormente, nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles “é impeditivo da 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 e iguale os desiguais (art. 3º.,§ 1º)”.²⁴ O inobservância deste princípio constitui-se em uma

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed.- São Paulo: Malheiros, 2009. p.120.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed.- São Paulo: Malheiros, 2009. p.120.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 22 ed.-São Paulo: Malheiros, 1997. p.249.

forma de desvio de poder pela Administração o que tem levado o judiciário a anular diversos editais e julgamentos de propostas, em virtude de ficarem comprovados o favorecimento por parte da Administração a licitantes, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público e sim pessoal.

1.2.6 Princípio da Publicidade

Todo ato realizado pela Administração Pública dever ter ampla publicidade por ser de sua essência, já que a finalidade desta é o bem estar dos administrados, então, todos estes têm que estar a par de tudo que ocorre na administração e somente através da publicidade é que se atinge este objetivo. Em matéria de licitações todas as fases do procedimento tem que se tornarem públicas para que todos tenham amplo conhecimento do certame e possam exercer o seu papel fiscalizador ou se licitante que possa participar e se preciso for propor recursos ou impugnar atos realizados no processo. Pois os prazos processuais somente começam a correr a partir da publicação do ato na forma estabelecida em lei.

O professor Marçal Justen Filho assim leciona sobre este princípio:

A publicidade desempenha duas funções. Primeiramente, objetiva permitir o amplo acesso dos interessados ao certame. Refere-se, nesse aspecto, à universalidade da participação no processo licitatório. Depois, a publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta.²⁵

Observa-se que a administração tem o dever de manter a máxima transparência em seus atos sob pena de estar infringindo legalmente e moralmente seus objetivos.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.59.

1.2.7 Princípio da Probidade Administrativa

A probidade administrativa esta intimamente ligada à moralidade, esta é o dever que o administrador ou agente público tem de realizar seus atos com honestidade, dentro dos padrões éticos e morais, sempre visando o interesse público acima de tudo.

A moralidade e a probidade administrativas são princípios de conteúdo inespecíficos, que não podem ser explicados de modo exaustivo. A explicação, nesse ponto, será sempre aproximativa. Extrai-se a intenção legislativa de que a licitação seja norteada pela honestidade e seriedade. Exige-se a preservação do interesse público acima do egoístico interesse dos participantes da licitação ou da mera obtenção de vantagens econômicas para a própria administração.

Os princípios se aplicam tanto à conduta do agente da Administração como à dos próprios licitantes.²⁶

Os atos de improbidade administrativa ganharão tamanho destaque dentro nosso ordenamento jurídico que foi editada a Lei nº 8.429/92, que define as punições aos agentes que realizam atos que violem o dever de probidade.

1.2.8 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

A administração pública na realização das licitações tem certa discricionariedade para a escolha do objeto a ser licitado e das regras de participação como, por exemplo, na compra de um veículo ela pode especificar a quantidade de lugares que este terá a potência do motor, se de duas ou quatro portas, se com ou sem direção hidráulica. Mas depois de vencida esta fase, tudo que foi definido na elaboração do edital bem como as regras para as empresas que pretendam participar do certame. Por tanto administração como as empresas que aceitarem participar do certame, ficaram ambos vinculados ao instrumento convocatório não podendo desviar-se dos objetivos ali expressos, para eles o edital passará a ser lei daquele certame.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.59

Conclui-se que estabelecidas as regras do certame licitatório, estas se tornam inalteráveis para este, mesmo após a sua conclusão, pois, ao firmar o contrato com a empresa vencedora, durante sua vigência tem que ser respeitados todos os termos estabelecidos no edital.

Hely Lopes Meirelles ilustra bem este princípio ao dizer que:

... a vinculação ao edital é o principio básico de toda licitação. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal vincula aos seus termos tanto os licitantes como a administração que o expediu.²⁷

O artigo 41 da Lei 8.666/93, trás esta imposição legal a administração, “que não poderá descumprir as normas e condições estabelecidas no edital, ao qual se acha estritamente vinculada”, caso haja desrespeito por parte desta, qualquer cidadão será legitimado a impugnar o edital por descumprimento legal.

1.2.9 Princípio do Julgamento Objetivo

O julgamento o objetivo das propostas é outro princípio peculiar da licitação, pois a administração ao abrir o envelope contendo a proposta dos licitantes deve proceder à análise desta dentro dos critérios estipulados no edital para alcançar o objetivo almejado.

É princípio de toda licitação que seu julgamento se apóie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. Visa a afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (arts. 44 e 45).²⁸

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 22 ed.-São Paulo: Malheiros, 1997. p. 249.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 22 ed.-São Paulo: Malheiros, 1997. p. 250.

Nem sempre a proposta mais vantajosa é a de menor preço, este comentário faz-se necessário, pois a maioria das pessoas acredita que a administração pública ao realizar uma licitação tem por obrigação de adjudicar objeto desta, ao fornecedor que lhe cotar o menor preço, mas isso nem sempre é possível, pois este objeto apesar de ter o menor custo pode não atender as reais necessidades buscadas para a contratação. Como por exemplo, nas licitações de técnica e preço, será avaliado não só o menor preço, mas também a proposta que melhor se adequar as especificações técnicas exigidas no edital, sagrando-se vencedora a proposta trazer maiores vantagens para a administração. A Aeronáutica esta realizando uma licitação na modalidade concorrência, o **Projeto F-X2 BR**, para a compra de caças para Força Aérea, vencerá não a empresa que ofertar o menor preço, mas sim aquela que apresentar maiores vantagens para a administração, como o repasse de tecnologia e parceria na fabricação das aeronaves. (grifo nosso)

2. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

2.1 Conceito e Definição

O Sistema de Registro de Preços, não se trata como alguns podem imaginar de uma nova modalidade de licitação criada posteriormente a Lei 8.666/93, e sim de um procedimento especial que foi inserido pela mesma Lei em seu artigo 15, inciso II, parágrafos 1º a 6º que assim o descreve:

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

II – ser processadas através de **sistema de registro de preços**;

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

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

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

I – seleção feita mediante concorrência;

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

III – validade do registro não superior a um ano.

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

§5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

§6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preços constantes do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.²⁹ (grifo nosso).

Tal procedimento torna-se especial, porque ao contrário das demais licitações, este não obriga a Administração Pública a contratar com o vencedor, pois a aquisição ficará subordinada a conveniência desta que decidirá se comprará e quando comprará, através da ata registrada. Tal Sistema funciona da seguinte forma: a Administração publica o edital estipulando os quantitativos das futuras contratações e os interessados no fornecimento destes, formulam suas propostas unitárias, que serão registradas e publicadas na imprensa oficial a cada três meses, tendo esta ata registrada validade de um ano. Uma vez decidida a contratar, a

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Artigo 15, inciso II e parágrafos 1 a 6 da Lei 8.666/93. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.142.

Administração comparara se os preços registrados, se são compatíveis com os preços de mercado e caso isso se confirme, poderá adquirir o objeto desejado, mediante consulta ao fornecedor que se obriga a fornecer dentro dos limites e pelo preço anteriormente registrado.

Contudo, se o fornecedor provar que os preços registrados já não condizem com a realidade de mercado, este pode solicitar a Administração o reajuste, que terá que ser aceito por ela, pois o fornecedor não pode ser obrigado entregar produtos por valores incompatíveis com a realidade de mercado.

Com a inclusão da modalidade de licitação denominada pregão pela Lei 10.520/02, o registro de preços passou a ser mais difundido no âmbito da Administração Pública, pois até então este só poderia ser realizado, através da modalidade concorrência, que é bem mais complexa e com prazos para abertura das propostas bem maior. Desta data, em diante é que os demais órgãos da Administração Pública começaram a editar suas normas sobre o Sistema de Registro de Preço com base no Decreto Federal 3.931/01, popularizando este procedimento, que passou a ser utilizado com maior frequência nas contratações da Administração Pública, pelos benefícios que o registro de preço traz a esta. Por isso sua normatização pelo Decreto acima descrito é parte deste estudo, com intuito de aperfeiçoar a legalidade dos atos praticados em face de uma licitação de Registro de Preços.

O Decreto regulamentador do Sistema de Registro de Preços – SRP é o 3.931, de 19 de setembro de 2001 que traz as seguintes definições a respeito do tema:

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

I – Sistema de Registro de Preços – SRP – conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras; (redação dada pelo Decreto n. 4.342, de 23-8-2002.)

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

III – Órgão gerenciador – órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos do certame para registro de preços e gerenciamento da Ata de Registro de Preços.

IV – Órgão participante – órgão ou entidade que participa dos procedimentos iniciais do SRP e integra a Ata de Registro de Preços.³⁰

³⁰BRASIL. Decreto n° 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%203.931-2001?OpenDocument. Acesso em 19 de novembro de 2009, 14:50:15.

O Registro de Preço é um procedimento especial realizado mediante concorrência ou pregão, no qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa, que serão utilizadas no período de 12 meses, para celebração de futuros contratos não específicos, que poderão ser realizados tantas vezes quanto ela a quiser, sempre respeitando os limites legais. Assim leciona Hely Lopes Meirelles, o Sistema de Registro de Preços é:

...o sistema de compras pelo qual os interessados em fornecer materiais, equipamentos ou gêneros ao Poder Público concordam em manter os valores registrados no órgão competente, corrigidos ou não, por um determinado período, e a fornecer as quantidades solicitadas pela administração no prazo previamente estabelecido.³¹

Jorge Ulisses Jacoby afirma ser o Sistema de Registro de preços:

... Um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão *sui generis*, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração.³²

Define-se portando o Sistema de Registro de Preços com sendo um procedimento realizado para registro formal de preços, por parte da Administração para contratação futura de serviços, obras ou aquisição de materiais de consumo ou bens.

2.2 Princípios Aplicáveis

Como todos os atos administrativos têm que estar ancorados em princípios, para o Sistema de Registro de Preços não é diferente, pois o administrador não pode se distanciar destes na aplicação da norma. Os princípios aqui aplicáveis são o da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da vinculação ao instrumento

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 10 ed. São Paulo: RT, 1991, p. 62.

³² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2 ed. rev. e ampl., 4. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 31.

convocatório, do julgamento objetivo, todos eles já expostos no Capítulo 1 deste trabalho, além destes também os seguintes princípios, da padronização, do parcelamento e da economicidade.

O Princípio da Padronização está implícito nos artigos 11 e 15, inciso I da Lei 8.666/93:

Art. 11. As obras e serviços destinados aos mesmos fins terão projetos **padronizados** por tipos, categorias ou classes,...

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

I – atender ao **princípio da padronização**, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas; (grifo nosso)³³

Padronizar significa igualar, uniformizar. Deste princípio extrai-se que a administração tem o dever e a obrigatoriedade de padronização sempre, sendo apenas liberada desta quando se tornar impossível a adoção desta medida, as aquisições realizadas tem que serem pensadas e decididas sempre à luz dos princípios da legalidade e da economicidade. Segundo Diógenes Gasparini a administração pública como entidade compradora deve:

... em todos os negócios para aquisição de bens, observar as regras básicas que levem à adoção de um estande [sic], de um padrão que, vantajosamente, possa satisfazer às necessidades das atividades que estão a seu cargo. As compras, portanto, não devem ser simplesmente realizadas, mas pensadas, decididas antes de sua efetivação, segundo esse princípio e as finalidades de interesse público que se quer alcanças.³⁴

A administração pública ao realizar uma determinada aquisição deve primeiramente fazer uma pesquisa de mercado com a finalidade informar-se sobre o bem pretendido, se suas características técnicas atendem ao interesse público pretendido. Devem ser avaliados na padronização, se o bem ou serviço pretendido, tem peças de reposição facilmente encontradas

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Artigo 15, inciso II e parágrafos 1 a 6 da Lei 8.666/93. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 129 e 142.

³⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 4 ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 287

no mercado, a garantia que o fornecedor oferece, seu custo de manutenção, sua funcionalidade, segurança, pesando-se o custo e benefícios para à administração pública.

Tem objetivo de evitar que as aquisições se tornem despropositadas, imaginem, se ao comprar uma impressora com uma determinada característica e ao começar a utilizá-la constata-se que ela não atende a demanda do serviço, teria esta que ser colocada de lado e se adquirir outra que melhor atenda o serviço, porque antes de comprá-la não se avaliou se o seu padrão atenderia ao serviço. Estaria aí configurado o desperdício de verbas públicas, ferindo o princípio da economicidade.

Portanto, a padronização tem de ser adotada nas compras realizadas pela administração pública em geral, para evitar-se o desperdício de verbas, com aquisições de bens ou serviços, que não venha a atender o objetivo pretendido, ferindo assim princípios.

Princípio do parcelamento consiste em dividir em itens ou em parcelas as aquisições que serão realizadas pela administração pública, sem perder as vantagens da economia de escala e com objetivo de ampliar os recursos de mercado e a competitividade.

O fracionamento conduz à licitação e a contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica, o que leva ao aumento do número de pessoas em condições de disputar. Tal fato implica na redução de preços e pressupõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que aquele pactuado através de um único contrato.³⁵

Portanto não se pode confundir o parcelamento com a vedação do artigo 8º da 8666/93, onde é expressamente proibido é a execução parcial de obras e serviços que não tragam nenhum benefício para ao interesse público. Exemplificando ao licitar uma obra a administração deve saber se será capaz de realizá-la em sua totalidade, não podendo iniciar esta sem saber como e quando ela terminará e se dispõe de recursos orçamentários para honrar seus compromissos, criando assim monumentais obras inacabadas, como já se viu no passado.

Outro ponto é o fracionamento para compra de materiais de consumo em diversas licitações ou com dispensa de licitação com a finalidade de burlar a lei, o que também é proibido pela Lei 8.666/93, imaginem que a administração necessite comprar todos os meses

³⁵ **Tomada de Preços nº 03/2006.** Disponível em <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/licitacao/2006/tp032006i.pdf>. p.4. Acessado em 15 de maio de 2010 às 14:05 hs.

1000 kg de arroz tipo 1 para a merenda escolar e o valor total desta aquisição ultrapasse o limite de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), que obriga esta a realizar licitação para a compra. Ao invés disto a administração resolve comprar todo mês apenas 100 kg do produto, pois o valor não ultrapassaria o limite legal e estaria dispensada de licitar, configura-se aí uma forma de burlar a lei, o que é expressamente proibido.

Já o parcelamento tem a finalidade de em uma única licitação poder a administração de modo planejado e eficaz, licitar vários itens sem a necessidade de estar realizando um certame para a compra de cada item em separado, otimizando tempo e proporcionando uma ampla concorrência, pois cada licitante poderá ofertar proposta no item que tiver condições de competir, desobrigando-o quanto aos itens em que não se acha apto a ofertar preço.

Princípio da Economicidade este princípio está intimamente ligado ao da eficiência, que foi agregado ao *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional n° 19/98, como ensina Marçal Justem Filho,

Não basta honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão de recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação de sujeitável a enfoque de custo-benefício. O desenvolvimento da atividade implica produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão-de-obra etc. Em contrapartida, a atividade produz certos benefícios também avaliáveis em diversos âmbitos.³⁶

A economicidade resume-se em pensar a atividade administrativa sobre o ponto de vista econômico, já que os recursos públicos estão cada vez mais escassos. Necessário se faz que as compras realizadas por ela obtenham os melhores resultados econômicos, tanto quantitativos como qualitativo, que levaram a seleção da proposta mais vantajosa.

Ainda a possibilidade de invocarem-se outros princípios do Direito Constitucional e do Direito Administrativo para integrar a ordem jurídica do Sistema de Registro de Preços - SRP, desde estes sejam coerentes com o procedimento licitatório em questão.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.60.

2.3 Normatização

O Sistema de Registro de Preços, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico antes da edição da Lei 8.666/93 pelo Decreto Federal nº 449/92, que o denominava de SIREP, segundo Ulisses Jacoby o “seu uso progressivo, por parte dos órgãos da Administração, com certeza enriqueceu a experiência, contribuindo qualitativamente para a atual regulamentação”.

³⁷ Posteriormente veio o artigo 15, §3º da Lei 8.666/93, que implantou definitivamente o Sistema de Registro de Preços em nosso ordenamento jurídico, dispondo que sua regulamentação se daria por decreto, atendidas as peculiaridades regionais. Logo após a implantação deste pela 8.666/93, criou-se o Decreto Federal 2.743/98 e hoje é regulado no âmbito Federal pelos decretos 3.931/93 que é tema de pesquisa neste trabalho e o decreto 4.342/2002. Outros órgãos também editaram seus decretos para regulamentar o uso do Sistema de Registro de Preços, todos com base nas normas citadas anteriormente. Finalmente a lei 10.520/02, que autorizou o uso da modalidade pregão no Sistema de Registro de Preço, que fez impulsionar a adoção do Sistema pelos órgãos públicos.

2.4 Vantagens e Desvantagens

É certo que o SRF traz inúmeras vantagens para os administradores públicos que resolvem implantá-lo, o professor Ulisses Jacoby elenca várias “vantagens e desvantagens” ³⁸ da sua utilização, destaca-se aqui as de maior relevância e passa-se a comentar:

1. A desnecessidade de dotação orçamentária. Pois ao realizar uma licitação, por exemplo, na modalidade convite é necessário a previsão orçamentária e o conseqüente bloqueio de parte do mesmo para o empenho da obrigação assumida, uma exigência da Lei 8.666/93. Com a adoção do registro de preços a administração deixará a proposta mais

³⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2 ed. rev. e ampl., 4. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.78.

³⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2 ed. rev. e ampl., 4. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 97.

vantajosa selecionada e assim que os recursos forem aprovados ai efetua-se a compra, sem comprometerem seu orçamento;

2. O atendimento de demandas imprevisíveis. Por muitas vezes não se pode prever o consumo de determinados produtos, como por exemplos peças de reposição de veículos, nunca se sabe quando um pneu vai estourar precisando ser substituído rapidamente ou quando um diferencial vai quebrar, para estas compras de difícil planejamento é que o SRP se faz mais eficiente, pois você já tem o preço destas peças previamente registrados podendo adquiri-las a qualquer momento;

3. Redução de volume de estoques. Como consequência disto é a redução do capital mobilizado em grandes quantidades de produtos, a redução com os custos de armazenagem e perda de produtos, sem contar os produtos perecíveis que podem ser entregues em quantidades suficientes para o consumo semanal evitando-se risco de perecimento;

4. Eliminação dos fracionamentos de despesa. Que vem sendo constantemente cobrado dos administradores pelos Tribunais de Contas, pois estes por falta de planejamento realizam duas ou três licitações em modalidade inferior, quando em vista da demanda no exercício deveriam utilizar apenas uma licitação na modalidade que comportasse todas as já realizadas, com o SRP ele faz uma única licitação de tudo que se pretende comprar no exercício e se ao final os quantitativos forem insuficientes ele ai pode realizar outra licitação na modalidade pertinente para suprir o restante;

5. Redução do número de licitações. Como o SRP tem validade de 12 meses, os materiais e serviços ficam a disposição da Administração por todo o período podendo ela comprar no momento mais adequado, com isso diminui-se o numero de licitações pois ao invés de realizar uma licitação para cada compra é só recorrer ao produtos já registrados, com isso diminui-se também o custo operacional das licitações.

6. Tempo recordes de aquisição. As aquisições com SRP são agilizadas em tempo muito menor do que de um novo processo licitatório, imaginemos que o departamento de compras seja informado da necessidade de compra de peças diversas para caixa de marcha de um veiculo da frota, se não houver o SRP a administração terá que realizar um certame licitatório que levará de 10 a quinze dias para sua homologação, de posse dos preços registrados a aquisição das peças pode se realizar em menos de 24 horas, pois enquanto é preparado o empenho e o pagamento da despesa a mercadoria já esta sendo preparada para a entrega;

7. Atualidade dos preços da aquisição. Nas licitações convencionais tanto a Administração como o licitante ficam obrigados à manutenção dos preços por um determinado período, que pode trazer perdas tanto para um como para o outro. Já no SRP a Administração não só pode como deve prever o modo de atualização dos preços de maneira periódica, garantindo com isso o aproveitamento dos preços mais baixos, nos períodos de maior oferta do produto no mercado;

8. Participação de pequenas e médias empresas. Com a obrigatoriedade de parcelamento nas compras, sempre que possível, a participação destas empresas passa a ser ampliada, pois determinados itens podem ser fornecidos ou executados por elas com menores custos, com isso a competitividade do certame é ampliado;

9. Transparência das aquisições. O SRP permite maior transparência e controle por partes dos administrados, pois os preços que estão cotados são acessíveis a todos e a sua atualização é periódica;

Como nem tudo é perfeito, existem também algumas desvantagens na utilização do SRP, que com certeza não são muitas e entre elas estão a complexidade da concorrência que hoje já foi superada com a introdução do pregão, como modalidade para licitação de Registro de Preço, a impossibilidade de prever todos dos itens a serem adquiridos, a inadequação do produto ao fim pretendido pela administração, pois este pode com o passar do tempo se tornar obsoleto.

3. ANÁLISE DO ARTIGO 8º DO DECRETO FEDERAL 3.931/01

3.1 A Figura Jurídica do Carona na Ata de Registro de Preços

Neste tópico propõe-se a análise do artigo 8º do Decreto Federal 3.931/01, frente a normas Constitucionais e a Lei 8.666/93 com a finalidade de comprovar a infringência por parte deste, de normas e princípios balizadores da Administração Pública e das licitações.

A figura jurídica do Carona foi introduzida em nosso ordenamento pela edição do Decreto Federal 3.931/01 em seu artigo 8º: “A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que **não tenha participado do certame licitatório...**” (grifo nosso) ³⁹, o órgão não participante da licitação configura-se como sendo aquele que pega carona no certame realizado anteriormente por outro da mesma esfera de governo ou não.

Ulisses Jacoby assim o define “são aqueles que, não tendo participado na época oportuna, informando suas estimativas de consumo, requererem, posteriormente, ao órgão gerenciador, o uso da Ata de Registro de Preços”.⁴⁰

Como se pode observar o carona é um órgão da Administração Pública totalmente alheio ao certame realizado, que se beneficia depois de tudo pronto por força do decreto em questão.

3.2 Análises do Decreto 3.931/01 em face da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.666/93.

Inicia-se a presente análise pelo artigo 37 inciso XXI, preceitua “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados

³⁹ BRASIL. Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%203.931-2001?OpenDocument. Acessado em 19 de novembro de 2009, 14:50:15.

⁴⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2 ed. rev. e ampl., 4. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 208.

mediante processo licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. A legislação específica é a Lei 8.666/93 dispõe em seu artigo 22 que são modalidades de licitação a concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão e ainda a lei 10.520/02 que instituiu o pregão também como modalidade de licitação e traz as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação nos artigos 24 e 25. Como se vê o a adesão a ata de registro de preços por órgão não participante da licitação fere o princípio da obrigatoriedade de licitar, criando um substituto legal deste, que não é autorizado constitucionalmente ou legalmente, ficando caracterizado assim a exclusão da licitação para o órgão carona.

Para o professor Marçal Justem Filho “A prática da “carona” é inválida. Frustra o princípio da obrigatoriedade da licitação, configurando dispensa de licitação sem previsão legislativa.”⁴¹

Tem-se aí a violação da obrigatoriedade de licitar tanto por parte do órgão que adere a Ata de Registro de Preços sem ter participado da licitação como do licitante beneficiário desta que se permite contratar com o órgão sem participar de certame promovido por este.

Ainda na análise do artigo 89 da Lei 8.666/93 que dispõe:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.
Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.⁴²

Comete crime tanto o gestor público como o fornecedor, pois ambos estão contribuindo a prática do ato ilícito, este pensamento encontra arrimo no ensinamento do professor Toshio Mukai:

Na verdade não pode existir essa figura estranha, denominada *carona*, porque, além do mais é crime exigir ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à

⁴¹ JUSTEN, Filho Marçal. **TCU restringe a utilização de “carona” no sistema de registro de preços.** http://www.baceventos.com.br/PDFS/mjf_carona.pdf. Acessado em 10-05-2010 às 17:27 hs.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Artigo 89 da Lei 8.666/93. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.610.

inexigibilidade... Portanto o órgão gestor que permitir que o carona se utilize da ata de registro de preços, porque este não participou da licitação, comete crime previsto no artigo 89 da Lei 8-666/93.⁴³

Portanto, fica evidenciado aqui o primeiro princípio violado pela figura do “carona”, que é o consagrado no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, que define a obrigatoriedade de licitação previa pra realização de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública.

A ausência de previsão legal, que autorize o “carona” vai de encontro ao princípio da legalidade, pois o gestor público só pode realizar aquilo que a lei permite. Esta figura não poderia ser criada por decreto uma vez que este segundo o artigo 84, inciso IV da Constituição Federal sua função é de garantir a fiel execução da lei, ou seja, a lei é que o comando normativo e não o decreto. José Afonso da Silva confirma esta tese em seu ensinamento:

... é absoluta a reserva constitucional de lei quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão , portanto, de qualquer outra fonte infra legal, o que ocorre quando ela emprega forma como: a lei regulamentará, a lei disporá, a lei complementar organizará, a lei criará, a lei definirá, etc.⁴⁴

O decreto regulamentador tem a função de explicar a lei, facilitando a sua aplicação, não pode este criar novas situações não previstas na legislação pois está em patamar inferior a lei. Verifica-se que o Presidente da República extrapolou os limites da competência constitucional do inciso IV do artigo 84 da Constituição ao incluir a figura do carona no decreto que regulamentou o SRP, previsto no artigo 15 da Lei 8.666/93 e que não faz nenhuma menção a esta figura como já se pode constatar.

O Princípio da Isonomia é violado, pois a figura do carona permite que o licitante beneficiário da ata de registro de preços, possa contratar com outros órgãos da Administração

⁴³ MUKAI, TOSHIO. **Registro de preços: inconstitucionalidade do art. 8 do Decreto Federal 3.931/01 e do art. 15-A, paragrafo 3, do Decreto Estadual n. 51.809/2007 (figura do carona). Possibilidade de cometimento do crime previsto no art, 89 da Lei n. 8.666/93.** Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais , ed. 66, vol 1, 2008 p.22.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** ed. 24, São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

Pública sem a necessidade de realizar licitação, isso o coloca em posição extremamente vantajosa em relação aos demais fornecedores interessados em contratar que tenham o mesmo ramo de atividade do beneficiário. Para Marçal Justem Filho,

a prática da “carona” infringe o princípio da isonomia, eis que cria uma espécie de privilégio para alguém que venceu uma licitação. Esse sujeito pode se valer do resulta da licitação para uma série indeterminada e ilimitada de contratações com o mesmo objeto.⁴⁵

A licitação visa à escolha da proposta mais vantajosa e tratamento isonômico a todos os licitantes interessados em contratar com a Administração que se encontrem nas mesmas condições jurídicas de competitividade, portanto só por ter sido um licitante contemplado em uma licitação de Registro de Preços não o torna desigual, fazendo que sua contratação com os outros órgãos seja privilegiada em detrimento dos demais licitantes aptos a participar de um novo certame.

Outro dispositivo autorizado pelo decreto é a possibilidade de contratação ilimitada por parte dos caronas com o fornecedor, uma vez que não existem limites a utilização da Ata de Registro de Preços pelos órgãos da administração pública, um único fornecedor pode vender para tantos quanto queiram aderir à ata registrada inicialmente.

É o texto legal,

Art. 8º.

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

§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo **não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados** na Ata de Registro de Preços. (Incluído pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)(grifo nosso)⁴⁶

⁴⁵ JUSTEN, Filho Marçal. **TCU restringe a utilização de “carona” no sistema de registro de preços.** http://www.baceventos.com.br/PDFS/mjf_carona.pdf. Acessado em 10 de maio de 2010 às 17:27 hs.

⁴⁶ BRASIL. **Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências.** [http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%203.931-2001? OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%203.931-2001?OpenDocument).

Neste ponto, o decreto extrapolou os limites legais e seu resultado é a inconstitucionalidade, pois ao permitir adesões ilimitadas em até cem por cento dos quantitativos registrados, viola o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, por que altera o valor estimado para a contratação que pode se multiplicar infinitamente, alterando também os prazos, locais e condições de entrega. Desta forma, a obrigatoriedade de no instrumento convocatório ter uma previsão de limites máximos de contratação é posto de lado, ficando estabelecida uma faculdade aos órgãos da Administração de contratar com o fornecedor, a mesma quantidade anteriormente registra ignorando o quantitativo estipulado no edital que originou o Ata de Registro de Preços. Comunga deste entendimento o professor Marçal Justem Filho ao dizer que:

...o dispositivo estabelece que os quantitativos serão calculados em relação a cada órgão interessado. Nesse ponto, a malignidade do dispositivo ultrapassa a imaginação mais fértil. Aplicado literalmente, o dispositivo significa que todos os órgãos da União poderiam realizar uma única licitação para registro de preços, durante um único exercício. Depois disso, cada entidade integrante da Administração federal poderia recorrer ao registro de preços, considerando que os quantitativos ali previstos seriam considerados na sua integralidade para si própria.⁴⁷

Esta norma se tornou ilegal como qualquer outra que venha a dispor que uma licitação possa ser aproveitada por diversos órgãos, com finalidades distintas, durante o período de um ano, que é o período de vigência da Ata de Registro de Preços.

Também ficam caracterizados no § 2º do artigo 8º, acima transcrito a ofensa aos Princípios da Moralidade, Improbidade Administrativa e da Competitividade. A moralidade administrativa é atingida pelo artigo comentado, pois se uma empresa que ganhou a licitação e assinou a Ata de Registro de Preços, para fornecer 1000 mil itens de um determinado produto, seus representantes podem de posse desta ata procurar qualquer órgão da administração pública e oferecer aos seus administradores algumas vantagens de cunho financeiro para que eles possam aderir a ata como carona, pois, nem a empresa nem a administração tem limites para esta adesão. Portanto a empresa pode realizar venda a tantos órgãos quantos tenham

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p.161.

aderido a ata de registro de preços, chegando a valores de venda astronômicos tendo participado de uma única licitação. Sem falar na economia de escala, pois é sabido de todos que quanto maior a quantidade produzida ou vendida menor é o seu custo unitário, o que propiciaria ao fornecedor mais uma forma de aumentar seus lucros. Marçal Justen Filho trata esta prática como “intrinsecamente danosa aos cofres públicos, atingindo as raias da improbidade administrativa”.⁴⁸

Cita-se aqui manifestação do TCU - Tribunal de Contas da União em seu julgado que analisou o artigo em comento no acórdão nº 1.487/07 – TCU – PLENÁRIO – Proc. n. TC – 008.840/2007-3 onde do voto do ministro relator se extrai:

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

8. Vê-se, portanto, que a questão reclama providência por parte do órgão central do sistema gerais do Governo Federal, no caso, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, razão pela qual, acompanhando os pareceres emitidos nos autos, firmo a conclusão de que o Tribunal de emitir as determinações preconizadas pela 4ª Secex, no intuito de aperfeiçoar a sistemática de registro de preços, que vem se mostrando eficaz método de aquisição de produtos e serviços, de modo a prevenir **aberrações** tais como narrada neste processo. (Grifo nosso)⁴⁹

Com a utilização do carona nas licitações vem sendo criando segundo alguns autores um mercado paralelo de bens e serviços que vem sendo oferecidos à Administração Pública, por meio de representantes comerciais das empresas vencedoras das atas de registro de

⁴⁸ JUSTEN, Filho Marçal. **TCU restringe a utilização de “carona” no sistema de registro de preços.** http://www.baceventos.com.br/PDFS/mjf_carona.pdf. Acessado em 10-05-2010 às 17:27 hs.

⁴⁹ **ACÓRDÃO N. 1927/2006.** Disponível no site [http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%28008.840/2007-3%20OU%20TC008.840/2007-3%20OU%20TC-008.840/2007-3%20OU%20008.840/07-3%20OU%20TC008.840/07-3%20OU%20TC-008.840/07-3%29\[B001,B002,B012,B013\]&linkerrorstring=Este%20processo%20n%E3o%20possui%20delibera%E7%F5es%20a%20ele%20associadas%20que%20estejam%20dispon%EDveis%20nas%20bases%20de%20Ac%F3rd%E3os,%20Decis%F5es,%20Rela%E7%F5es%20ou%20Atas](http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%28008.840/2007-3%20OU%20TC008.840/2007-3%20OU%20TC-008.840/2007-3%20OU%20008.840/07-3%20OU%20TC008.840/07-3%20OU%20TC-008.840/07-3%29[B001,B002,B012,B013]&linkerrorstring=Este%20processo%20n%E3o%20possui%20delibera%E7%F5es%20a%20ele%20associadas%20que%20estejam%20dispon%EDveis%20nas%20bases%20de%20Ac%F3rd%E3os,%20Decis%F5es,%20Rela%E7%F5es%20ou%20Atas). Acessado em 15 de maio de 2010 às 23:12hs.

preços, que estão ocupando os corredores das repartições públicas em busca de interessados nos itens em que estes se sagrarão vencedores. Outro doutrinador que se opõe ao uso do carona é Joel Menezes Neibuhr que faz o seguinte comentário na 143ª edição da revista ILC,

O carona é o júbilo dos lobistas, do tráfico de influência e da corrupção, especialmente num País como o nosso, com instituições e meios de controle tão frágeis. Os lobistas e os corruptores não precisam mais propor o direcionamento de licitação; basta proporem o carona e tudo está resolvido.⁵⁰

Compartilha do mesmo entendimento o professor Jair Eduardo Santana em seu artigo Sistema de Registro de Preços – SRP Limitação ao “Carona” TCU dá Xequete-Mate é o seu pensamento:

... a Corte de Contas da União não faz alusão expressa, mas reconhece existir o que de fato existe no mundo dos fatos: uma espécie de mercado paralelo de aquisições (bens e serviços) contratadas sem licitação, foco vitando até mesmo de corrupção e de desvios de interesses (público e privado) que chegou a produzir o que chamamos de “kit Carona”, comercializado as escâncaras diante do Poder Público.⁵¹

Vê-se aqui que o princípio da competitividade é flagrantemente ofendido pois se deixa de realizar uma nova licitação, que poderia ser mais vantajosa pra a administração, pois, os fornecedores de produtos e serviços estão sempre buscando melhorar os preços finais de seus produtos para poderem vender mais e melhor. Não é justo que apenas um fornecedor que venceu apenas um certame, possa sair contratando com todos os órgãos públicos, através de um ofício em que concorda vender o mesmo quantitativo e pelo mesmo preço anteriormente registrado em ata. Como já foi dito acima que atos de improbidade administrativa podem estar sendo praticados pelos gestores públicos que se utilizam do carona, pois muitos deles ao

⁵⁰ NEIBUHR, Joel Menezes. “Carona” em Ata de Registro de Preços: Atentado Veemente aos Princípios de Direito Administrativo. ILC – Informativo de Licitações e Contratos, nº 143. Curitiba: Zenite Janeiro 2006.

⁵¹ SANTANA, Jair Eduardo. Sistema de Registro de Preços – SRP Limitação ao “Carona” TCU dá Xequete-Mate. Disponível no site: http://www.jairsantana.com.br/admin/arquivos/SRP_Limitacao_Carona.pdf, acessado em 16 de maio de 2010 às 14:29 hs.

invés de planejar e realizar suas próprias licitações estão se valendo da Carona, para efetuar suas compras em caráter emergenciais o que muitas vezes não atende as reais necessidades da administração. “A comprovação de que a prática da “carona produziu enriquecimento injusto e indevido para o fornecedor de conduzir à severa responsabilização dos agentes que a adotaram.”⁵²

Portanto, os agentes públicos que estão se valendo da prática do carona podem futuramente ser responsabilizados tanto por atos de improbidade administrativa como de cometimento de crime tipificados na Lei 8666/93.

⁵² JUSTEN, Filho Marçal. **TCU restringe a utilização de “carona” no sistema de registro de preços.** http://www.baceventos.com.br/PDFS/mjf_carona.pdf. Acessado em 10 de maio de 2010 às 17:27 hs.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho buscou-se através do estudo dos capítulos descritos configurar-se a inconstitucionalidade do 8º do Decreto Federal 3.931/2001, é de certo que não se conseguiu esgotar todo o conteúdo desta matéria, pois não houve tempo hábil para tanto, portanto procurou-se focar nos pontos mais controversos que envolvem este decreto e que vem sendo alvo de críticas por parte da doutrina e jurisprudência.

De início, o presente trabalho focou-se no estudo dos Princípios que regem a Administração Pública e as Licitações, os quais foram abordados no primeiro capítulo, pode-se extrair deste que o administrador no trato da coisa pública tem que se guiar e manter-se sempre dentro das determinações principiológicas, sob pena de se desvirtuar do seu real objetivo que é a defesa do interesse público.

No segundo capítulo, aprofundou-se o estudo do Sistema de Registro de Preços - SRP, delineando suas características jurídicas e suas peculiaridades, também abordou suas vantagens para os órgãos públicos que o implantam e suas desvantagens em relação às demais modalidades de licitação. Ficou demonstrado que o SRP, atualmente vem sendo utilizado pelos órgãos da administração pública que se obrigam a licitar por imposição constitucional, pelos inúmeros benefícios que o sistema traz, ainda mais com a atual ordem constitucional que determina que privilegia o Princípio da Eficiência na gestão pública.

Já o terceiro capítulo, buscou-se com base na melhor doutrina e na jurisprudência confrontar o decreto em estudo com os dispositivos constitucionais e legais para confirmar se o art. 8º do Decreto 3.931/2001 afrontou princípios constitucionais.

Pode-se dizer que Presidente da República ao instituir a figura do “carona” na Ata de Registro de Preços por meio de um decreto extrapolou os limites legais de sua competência legislativa. Infringindo o princípio da legalidade uma vez que o decreto deve apenas seguir a fiel execução da Lei 8.666/93 no que diz respeito ao Sistema de Registro de Preços, contrariando assim o artigo 84, inciso IV da Constituição Federal de 1988. A figura do “carona” também desvirtua-se do dispositivo constitucional do artigo 37, XXI, que obriga todos os órgãos públicos a licitar, configurando-se a ofensa aos princípio da obrigatoriedade de licitar, uma vez que este sequer participou do certame, apenas aproveitando-se do resultado de uma licitação anteriormente realizada por outro órgão da administração pública.

O Decreto 3.931/01 criou um privilégio para o licitante que se sagra vencedor da ata de registro de preços, pois autoriza este a contratar com qualquer órgão da Administração

Pública, sem a necessidade de participar de outra licitação, colocando-o em posição privilegiada em relação ao demais licitantes. A Lei 8.666/93 em seu artigo 65, § 1º diz que os órgãos públicos só poderão aditar seus contratos com os fornecedores que participaram do certame licitatório em vinte e cinco por cento, já o decreto faculta ao administrador “carona”, que se quer participou de um certame, a possibilidade de contratar o equivalente a cem por cento dos quantitativos registrados naquele certame. Observa-se que o princípio da isonomia entre os licitantes é violado, pois, o fornecimento é ampliado infinitamente, o que não propicia aos demais a oportunidade de realizarem novas proposta para fornecimento. O “carona” propicia a estes com a elevação dos quantitativos previstos na ata inicial, ganhos astronômicos, pois eles acabam se beneficiando da economia de escala e não a repassam para os órgãos contratados. Configurando enriquecimento ilícito por parte dos detentores da ata de registro de preços.

Outro princípio que se configurou violado é o da vinculação ao instrumento convocatório uma vez que o órgão “carona”, não participou das estimativas de consumo do edital que originou da Ata de Registro de Preços e também não foi expressamente incluído neste.

Outro ponto a se destacar é que a carona pode propiciar a ocorrência de desvio de conduta por parte dos administradores, pois podem ser atraídos pelas propostas dos fornecedores a receberem benefícios de ordem pessoal, possibilitando a violação dos princípios da impessoalidade e moralidade.

A figura do “carona” se inserido corretamente pelo legislador pátrio em nosso ordenamento jurídico, pode proporcionar a celeridade nas contratações pelos órgãos públicos, efetivando-se o princípio da eficiência. Mas nos moldes que se encontra hoje, por meio de decreto e sem limitações, não pode continuar a ser utilizada pela Administração Pública. A utilização do “carona” como está regulamentado hoje, pode levar os administradores públicos e os licitantes que se beneficiaram desta prática ao cometimento do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93, uma vez que realizam compras sem a devida licitação.

Outro ponto que não ficou esclarecido neste trabalho é de quem seria a responsabilizado em caso de vício ou ilegalidade na realização do certame que originou a Ata de Registro de Preços, se só os agentes públicos do órgão gerenciador ou se haveria responsabilidade solidária aos agentes dos órgãos carona, uma vez que ambos realizaram aquisições oriundas de procedimento viciado. Este tema pode ser até quem sabe utilizado por outro estudioso para futuro trabalho de conclusão de curso.

No início deste estudo foi proposto como forma de solucionar o problema apontado, que o tema em análise fosse regulamentado por meio de emenda constitucional para flexibilizar o artigo 37 da Constituição Federal, a fim de poder proporcionar a Administração o uso da figura jurídica do “carona”. Mas chegou-se a conclusão que a adesão ata de registro de preços por outro órgão que não tenha participado do certame, pode ser regulamentado através de lei.

Já tramita no Congresso Nacional o projeto de lei N° 032/2007 que Institui o Código de Licitações e Contratos da Administração Pública e revoga a Lei de Licitações e Contratos n° 8.666 e a Lei do Pregão n° 10.520, neste projeto vem regulamentando a figura do “carona” em seu texto, estabelecendo também os limites de sua utilização. Se aprovado o projeto de lei irá pacificar o tema hoje alvo de diversas críticas; mas, enquanto isso não ocorre, sugere-se que os administradores públicos deixem de utilizar a “carona” nas atas de registro de preços, para suas aquisições.

REFERÊNCIAS

MUKAI, Toshio. **Registro de preços: inconstitucionalidade do art. 8 do Decreto Federal 3.931/01 e do art. 15-A, paragrafo 3, do Decreto Estadual n. 51.809/2007 (figura do carona). Possibilidade de cometimento do crime previsto no art, 89 da Lei n. 8.666/93.** Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais , ed. 66, vol 1.

BRASIL. Decreto n° 3.931, de 19 de setembro de 2001. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/Legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%203.931-2001?OpenDocument. Acessado em 19 de novembro de 2009, 14:50 hs.

BRASIL, Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil: 1988, texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de n. 1 de 1992, a 32, de 2001, e pelas Emendas Constitucionais de Revisão de n. 1 a 6, de 1994. – 17 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

SÃO PAULO. Decreto n° 47.945, de 16 de julho de 2003. Artigo 15-A e §2°. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto nos artigos 15 da Lei Federal n° 8.666, de 21 de junho de 1993 e da Lei Estadual n° 6.544, de 22 de novembro de 1989, e artigo 11 da Lei Federal n° 10.520, de 17 de julho de 2002, e dá providências correlatas. Disponível em <http://www.pregao.sp.gov.br/legislacao/doc/DECRETON47945.doc>. Acessado em 21 de novembro de 2009 às 20:08 hs.

GOIÁS. Decreto n.° 6.092 de 25 de fevereiro de 2005. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. Disponível em http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/pagina_decretos.php%3fid=701. Acessado em 19 de novembro de 2009, 14:50.

MINAS GERAIS. Decreto n° 44.787 de 18 de abril de 2008. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços disciplinando no art. 15 da Lei Federal n° 8.666, de 21 de junho de 1993, e dá outras providências. http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=NJMG&u=http://www.almg.gov.br/njmg/chama_pesquisa.asp&SECT7=LINKON&p=1&r=1&l=1&f=G&s1=decreto+44787+2008.norm.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Legislação Brasileira. Antonio Carlos Figueiredo, organizador. São Paulo: Primeira Impressão, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 22 ed.-São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26 ed.- São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 10 ed. São Paulo: RT, 1991.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2 ed. rev. e ampl., 4. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4 ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

Tomada de Preços nº 03/2006. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/licitacao/2006/tp032006i.pdf>. p.4. Acessado em 15 de maio de 2010 às 14:05 hs.

JUSTEN, Filho Marçal. **TCU restringe a utilização de “carona” no sistema de registro de preços**. http://www.baceventos.com.br/PDFS/mjf_carona.pdf. Acessado em 10-05-2010 às 17:27 hs.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. ed. 24, São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

ACÓRDÃO N. 1927/2006. Disponível no site [http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%28008.840/2007-3%20OU%20TC008.840/2007-3%20OU%20TC-008.840/2007-3%20OU%20008.840/07-3%20OU%20TC008.840/07-3%20OU%20TC-008.840/07-3%29\[B001,B002,B012,B013\]&linkerrorstring=Este%20processo%20n%E3o%20possui%20delibera%E7%F5es%20a%20ele%20associadas%20que%20estejam%20dispon%E7%EDveis%20nas%20bases%20de%20Ac%F3rd%E3os,%20Decis%F5es,%20Rela%E7%F5es%20ou%20Atas](http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?lnk=%28008.840/2007-3%20OU%20TC008.840/2007-3%20OU%20TC-008.840/2007-3%20OU%20008.840/07-3%20OU%20TC008.840/07-3%20OU%20TC-008.840/07-3%29[B001,B002,B012,B013]&linkerrorstring=Este%20processo%20n%E3o%20possui%20delibera%E7%F5es%20a%20ele%20associadas%20que%20estejam%20dispon%E7%EDveis%20nas%20bases%20de%20Ac%F3rd%E3os,%20Decis%F5es,%20Rela%E7%F5es%20ou%20Atas). Acessado em 15 de maio de 2010 às 23:12hs.

NEIBUHR, Joel Menezes. **“Carona” em Ata de Registro de Preços: Atentado Veemente aos Princípios de Direito Administrativo**. ILC – Informativo de Licitações e Contratos, nº 143. Curitiba: Zenite Janeiro 2006.

SANTANA, Jair Eduardo. **Sistema de Registro de Preços – SRP Limitação ao “Carona” TCU dá Xequê-Mate**. Disponível no site: http://www.jairsantana.com.br/admin/arquivos/SRP_Limitacao_Carona.pdf, acessado em 16 de maio de 2010 às 14:29 hs.