

PARECER JURIDICO

PROCESSO: 10700/2019

ASSUNTO: CONSULTA – QUESTIONAMENTO QUANTO À POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SE EFETIVAR ADEÇÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇO POR OUTROS ÓRGÃOS OU ENTIDADES, INSTITUTO DENOMINADO DE “CARONA”

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOÃO DOS PATOS - MA

A competência desta Corte de Contas para decidir sobre Consultas, formuladas pelas unidades jurisdicionadas, está prevista no inciso XVI do art. 1º da Lei Complementar nº 154/1996, como também os critérios de instauração e processamento estão estabelecidos no Regimento Interno (Resolução Administrativa nº 005/1996).

Dentre os requisitos exigidos para o regular processamento da Consulta, cumpre destacar, *in casu*, a necessidade de instrução, sempre que possível, com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente (§ 1º do art. 84); e ainda, a vedação de conhecimento de questionamentos que versem sobre caso concreto (art. 85).

No presente caso, os autos não vieram acompanhados de parecer da Assessoria Jurídica do ente consulente e nem tampouco da manifestação do Corpo Instrutivo desta e. Corte. Entretanto, óbice não há para a prolação do parecer deste Ministério Público de Contas, que adiante se segue, face à grande relevância da matéria em voga para toda a administração pública.

Preliminarmente insta reconhecer que a autoridade consulente possui legitimidade para formular a consulta. Assim, que seja conhecida a presente consulta.

No mérito, tem-se a indiscutível polêmica provocada pela possibilidade de adesão à ata de registro de preço, costumeiramente denominada de “carona”, que, em razão das poucas diretrizes existentes sobre tal matéria, demonstradas, inclusive, na dúvida suscitada pela IDARON, afigura-se de cabal relevância explorar a presente temática, ao menos, no tocante à competência legislativa, amparo legal, obediência aos princípios constitucionais, permissões, limitações e proibições.

1) DO CONCEITO

Imperioso enredar que a Administração, diante da necessidade de aquisição remunerada de bens, serviços e obras¹, deverá, sempre que possível, promover o processamento através de sistema de registro de preços.

O Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão, buscando selecionar a proposta mais vantajosa, com observância dos princípios gerais da Constituição Federal e específicos da licitação, para eventual e futura contratação pela Administração.

¹ O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Ordinário em MS nº 15.647, publicado no DJ de 14.04.2003, exarou o entendimento de que “o regime de licitações por registro de preços foi ampliado pelos Decretos Regulamentadores 3.931/2001 e 4.342/2002, sendo extensivo não só a compras, mas a serviços e obras”. (grifos nossos)

Em objetiva síntese, trata-se de um procedimento especial, porque efetiva todas as garantias de uma licitação, porém, muito embora o licitante esteja vinculado ao preço que ofertou em sua proposta, a Administração não está obrigada a adquirir o produto ou serviço consignado na **Ata de Registro de Preços**.

Nesse ínterim, insurge a possibilidade de adesão à aludida Ata por outros órgãos ou entidades da Administração que não participaram do procedimento licitatório.

Nos ensinamentos do jurista Joel de Menezes Niebuhr² a adesão à ata de registro de preços, apelidada de *carona*, é o procedimento por meio do qual um órgão ou entidade que não tenha participado da licitação que deu origem à ata de registro de preço adere a ela e vale-se dela com se sua fosse, sendo-lhe facultado contratar até cem por cento do quantitativo nela registrado.

2 DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA E PREVISÃO LEGAL

A Constituição Federal dispõe sobre a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contrato. Como é cediço, o Sistema de Registro de Preços tem seu fundamento legal nas prescrições do artigo 15 da Lei nº 8.666/1993.

Nos termos do § 3º desse artigo, tal Sistema deveria ser regulamentado por Decreto, a fim de que fossem atendidas as peculiaridades regionais. Em decorrência dessa regra, abriu-se discussão se o referido Sistema de Registro de Preços seria auto-aplicável³.

O doutrinador Marçal Justen Filho⁴, entre outros, defende que o dispositivo legal é auto-aplicável, tendo em vista que a disciplina dele constante é suficiente para a instituição do Sistema de Registro de Preço, conforme segue:

"(...) Não há necessidade de veiculação de outras regras complementares. A quase totalidade das soluções nele contidas pode ser explícita ou implicitamente extraída do sistema da Lei nº 8.666. Aliás, inúmeras inovações trazidas na regulamentação se caracterizam como ilegais, eis que ultrapassam os limites previstos legislativamente. (...)

Nem se diga que a Lei aludiu à necessidade de regulamentação. Em primeiro lugar, não é verdade que a Lei tenha condicionado a aplicação do sistema à prévia regulamentação por decreto. Alude-se à regulamentação, no § 3º, para fins de adequação às peculiaridades regionais. Depois, ainda que a Lei tivesse explicitamente previsto a regulamentação como condição de sua aplicação, incumbiria ao intérprete verificar a possibilidade de aplicação direta dos dispositivos legais. Havendo essa possibilidade, supera-se o texto legislativo e aplica-se a lei."

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Ordinário em MS nº 15.647, publicado no DJ de 14.04.2003, acolheu esse entendimento, a saber:

² Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos / Edgar Guimarães, Joel de Menezes Niebuhr; prefácio Diógenes Gasparini. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

³ Tribunal de Contas do Distrito Federal. Consulta: processo nº 35.501/2005.

⁴ In Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, pg. 153.

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO: ARTIGO 15, LEI 8.666/93 – LIMITAÇÕES.

1. O regime de licitações por registro de preços foi ampliado pelos Decretos Regulamentadores 3.931/2001 e 4.342/2002, sendo extensivo não só a compras, mas a serviços e obras.

2. Embora auto-aplicável, o art. 15 da Lei 8.666/93 pode sofrer limitações por regulamento estadual ou municipal, como previsto no § 3º.

3. Sociedade de economia mista que, na ausência de norma própria, submete-se aos limites municipais, se não contrariarem eles a Lei de Licitações.

4. Legalidade do Decreto 17.914/93, do Município de São Paulo, que afastou a incidência do registro de preço para a execução de obras.

5. Recurso ordinário improvido.

Ainda que seja auto-aplicável, não há impedimento para que cada ente promova a regulamentação. Assim, no âmbito da União vigora o Decreto nº 3.931/2001, com as alterações do Decreto nº 4.342/2002, que dispõe sobre o regime do Sistema de Registro de Preços previsto no artigo 15 da Lei nº 8.666/1993. E, ao tratar do “carona”, revela:

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

§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da Ata de Registro de Preços, deverão manifestar seu interesse junto ao órgão gerenciador da Ata, para que este indique os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação.

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

§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo **não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços.** (GRIFOS NOSSOS)

Percebe-se que são Decretos distintos (modelo federal e estadual) cujo teor apresenta relevante simetria, principalmente no que tange a possibilidade de adesão à Ata de Registro de Preço por outro órgão ou entidade não participante (*carona*). Porém, o Decreto Estadual não apresentou os limites e condições dispostos nos parágrafos 1º, 2º e 3º existentes no art. 8º do Decreto Federal.

Tal omissão não impede a aplicação do Decreto Estadual (nº 10.898/04) em seu âmbito, até porque a própria Lei de Licitações e Contratos oportunizou aos Estados e aos municípios editarem decretos com o fito de atender às peculiaridades regionais. Contudo, é necessário identificar os limites e condições não apresentados pelo aludido Decreto.

Diante dessas e outras omissões e discrepâncias normativas, instaurou-se o caos na doutrina e jurisprudência, além de surgir inúmeras dificuldades práticas dos órgãos no momento da aplicação adequada dos comandos normativos. Inconsistência essa suscitada na consulta em apreço.

Indubitavelmente não deverá o intérprete se ater exclusivamente a uma única norma, mas sim sistematizar o conjunto de normas que compõe o ordenamento jurídico, a fim de conquistar a melhor interpretação.

Nessa oportunidade, passaremos a demonstrar os diferentes entendimentos.

3) DA DIVERGÊNCIA

a) Primeira linha de entendimento - Ilegalidade

Parte da doutrina e da jurisprudência entende que o instituto do “carona” é ilegal. O nobre jurista Marçal Justen Filho⁵ assevera que:

A prática da ‘carona’ é **inválida**. Frustra o princípio da obrigatoriedade da licitação, **configurando dispensa de licitação sem previsão legislativa**.

O TCU não proibiu formalmente a prática da ‘carona’ – até seria duvidosa a sua competência para adotar uma vedação com efeitos gerais e abstratos, vinculante para toda a Administração Pública.

Mas daí não se segue que a prática da ‘carona’ seja uma escolha que se configure como válida e legítima para os órgãos administrativos. (grifos nossos)

Nesse mesmo sentido são as lições de Joel de Menezes Niebuhr⁶ ao mencionar que o instrumento em si, preceituado no artigo 8º e seus parágrafos do Decreto Federal nº 3.931/01, avilta de modo desinibido e flagrante vários princípios do direito administrativo, por efeito do que é antijurídico, de modo claro, inconstitucional e ilegal.

Pode-se afirmar que a adesão à ata de registro de preços, na mais tênue hipótese, impõe agravos veementes aos princípios da legalidade, isonomia, vinculação ao edital, moralidade administrativa, impessoalidade e economicidade.

O Tribunal de Contas de Santa Catarina reconheceu a ilegalidade da adesão à ata de registro de preços, consoante o Prejulgado nº 1.895:

Por se considerar que o sistema de ‘carona’, instituído no art. 8º do Decreto Federal nº 3.931/2001, **ferre o princípio da legalidade**, não devem os jurisdicionados deste Tribunal utilizar as atas de registro de preços de órgãos ou entidades da esfera municipal, estadual ou federal para contratar com particulares, ou permitir a utilização de suas atas por outros órgãos ou entidades de qualquer esfera, excetuada a situação contemplada na Lei nº 10.191/2001.

Assim, nessa linha de raciocínio, a adesão à ata de registro de preço não poderá se efetivar por afrontar às normas de natureza cogente.

b) Segunda linha de entendimento – Legalidade

⁵ Revista O Pregoeiro, Ano III - junho/2007, p. 12 e13.

⁶ Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos / Edgar Guimarães, Joel de Menezes Niebuhr; prefácio Diógenes Gasparini. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p 111.

Por outro lado, há os que defendem a regularidade do procedimento denominado de “carona”. O professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁷ ao manifestar sobre o tema discorre:

Numa interpretação sistemática, contudo, como Administração é órgão da Administração Pública, parece possível a extensão além da esfera de governo. Assim, **um órgão municipal poderá**, atendidos os demais requisitos, **servir-se de Ata de Registro de Preços federal ou vice-versa**. (grifos nossos)

Da mesma maneira, o Tribunal de Contas do Distrito Federal manifestou-se para reconhecer validade à adesão à ata de registro de preços, conforme resposta à consulta formulada nos autos do Processo nº 35.501/2005. Também, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso reconheceu legitimidade à adesão no Acórdão nº 475/2007, desde que limitado ao quantitativo de 25% em relação ao previsto na ata original.

O entendimento do TCU não é diferente, pois, ao prolatar o Acórdão nº 1.487/2007, defendeu a possibilidade, porém determinou a adoção de providências no sentido de estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública.

Nesse enredo, é perceptível a preocupação daqueles que aduzem a legalidade, considerando que são muitos os problemas práticos decorrentes do uso indiscriminado do instituto denominado de “carona” (adesões ilimitadas).

A ausência de disposição legal específica enseja uma possível banalização do preceito trazido por um decreto federal regulamentador do Sistema de Registro de Preço, que fora reiterado por decretos estaduais, ora idênticos, ora assemelhados.

Baseando-se no princípio da razoabilidade, resta a esta Corte de Contas trilhar pelo reconhecimento das possíveis vantagens desta “Adesão”, porém, fixando os limites e as condições a serem observadas pelos jurisdicionados a fim de evitar prejuízos aos cofres públicos, bem como atender aos demais princípios norteadores do regime jurídico administrativo.

Vale lembrar que essa é a linha de entendimento que nos filiamos.

4)

A “CARONA” CONDICIONADA E LIMITADA

O precedente desta Corte de Contas, consubstanciado no Parecer Prévio nº 56/2006 (Processo nº 4474/06), foi no sentido de que o artigo 8º do Decreto nº 3931/2001 possibilitou que Órgãos não participantes da Ata de Registro de Preços possam utilizar-se desta para atender suas próprias necessidades, desde que obedecidas às restrições estabelecidas no referido artigo.

⁷ Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br>.

Este *Parquet* também exarou o Parecer sob o nº 198/10 (Processo nº 0841/2010), na consulta formulada pela Secretaria de Estado da Agricultura, Pecuária e Regularização Fundiária – SEAGRI, cujo teor demonstra as vantagens⁸ advindas como a possibilidade de adesão à Ata de Registro de Preços, bem como a necessidade da observância de requisitos e condições para sua concretização. Contudo, o aludido processo, até a presente data, não foi apreciado por esta Corte de Contas.

Ressalta-se que o Processo nº 2517/2010⁹, também em trâmite, versa sobre a mesma temática, tornando imprescindível uma manifestação uniforme e de observância extensiva.

Nesse deslinde, reitera-se o entendimento já externado, ou seja, é possível que os órgãos não participantes da Ata de Registro de Preços possam utilizar-se desta para atender suas próprias necessidades, porém a Administração deverá observar todos os requisitos legais, suficientes para resguardar os desideratos do instituto em apreço, senão vejamos:

1) Condições:

A exigência constitucional da Licitação, disposta no art. 37, inciso XXI, da Magna Carta, é norteada pelos princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes, da busca da maior vantagem para a Administração Pública, entre outros.

Defronte à sistematização normativa, a adesão à ata de registro de preço só terá validade jurídica se atendidas às condições impostas, sob pena de adentrar no plano da inconstitucionalidade. Emergem-se, assim, os seguintes preceitos:

(1) que o edital de licitação contemple a possibilidade do “carona”, dizendo, se possível, o número de adesões a serem recepcionadas pelo gerenciador;

(2) que o edital de licitação contemple o total geral do quantitativo passível de contratação entre o licitante vencedor e o órgão participante (carona), que deve ser até o máximo de **100%**, independentemente do número de adesões, a fim de permitir a economia de escala e ao mesmo tempo preservar os princípios da licitação como os da competição, livre concorrência e da busca da maior vantagem para a Administração Pública;

⁸ Há nítidas vantagens nesse procedimento. Primeiro, porque motiva o uso do Sistema de Registro de Preços, por outros órgãos e entidades, o que, como demonstrado, traz economia, celeridade e eficiência para a Administração. Segundo, porque motiva a participação de particulares na licitação – o que amplia a competitividade e reduz o preço, principalmente em se tratando de pregão. Terceiro, porque o procedimento é desburocratizante e fixa requisitos mínimos, suficientes para resguardar a Administração (Pedido de Reexame do Acórdão 1.478/07 – TCU – Plenário).

⁹ Trata-se da Fiscalização de Atos e Contratos – Análise da Legalidade da Adesão a Ata de Registro de Preços, sendo que o Corpo Técnico concentrou em defender a inaplicabilidade do Decreto Estadual nº 10.898/2004 ao caso em tela, no que tange a possibilidade do carona, bem como no que dispõe acerca da possibilidade da prorrogação da ata de registro de preços em que resulte vigência total superior a 12 meses.

(3) deverá ser previamente demonstrado, mediante avaliação e exposição em processo próprio interno, a viabilidade econômica, financeira e operacional da adesão à ata de registro de preço elaborada por outro órgão, inclusive por meio de cotação de preços (formalismo processual);

(4) interesse do carona em usar a Ata de Registro de Preços em razão dos preços e condições do Sistema de Registro serem comprovadamente vantajosos;

(5) prévia consulta e anuência do órgão gerenciador da Ata de Registro de Preços, que, uma vez aceito, deverá indicar os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação;

(6) aceitação do fornecedor beneficiário da contratação pretendida, condicionada à ausência de prejuízos aos compromissos assumidos na Ata de Registro de Preços (originária);

(7) deverão ser mantidas as mesmas condições existentes na Ata de Registro de Preço;

Por fim, destaca-se que o Tribunal de Contas da União, em recente decisão (Acórdão n.º 2764/2010-Plenário¹⁰), decidiu expedir determinação corretiva para futuras contratações por meio de adesões a atas de registro de preços, ressaltando que não prescinde da caracterização do objeto a ser adquirido, das justificativas contendo o diagnóstico da necessidade da aquisição e da adequação do objeto aos interesses da Administração, da pesquisa de preço com vistas a verificar a compatibilidade dos valores dos referidos bens com os preços de mercado e do cumprimento ao limite imposto pelo art. 8º, § 3º, do Decreto n.º 3.931/2001, segundo o qual é proibida a compra de quantidade superior à registrada na ata.

b) Limites subjetivos:

Outro embate consiste na existência ou não de objeção à participação de órgãos de outras esferas de governo, ou seja, se a utilização da mesma Ata (carona) ficará restrita à própria esfera da unidade administrativa que realizou o registro e, assim, limitada ao raio de atuação desta.

O mestre e doutor Toshio Mukai¹¹, comentando o Decreto 51.809/07 do Estado de São Paulo¹², assevera que a possibilidade de órgãos e entidades da Administração estadual poder pegar 'carona' em licitações de Registro de Preços efetuadas por qualquer órgão ou entidade pertencente à União, municípios, Distrito Federal e outros estados, representa a demolição da federação.

¹⁰ TC-026.542/2006-1, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 13.10.2010.

¹¹ Revista "O Pregoeiro", ano IV - janeiro/2008.

¹² Art. 7º - Fica facultada a utilização, pelos órgãos municipais, dos registros de preços do Governo Federal e do Governo do Estado de São Paulo, obedecidas as condições estabelecidas nas respectivas legislações.

Em sentido contrário, Jorge Ulisses Jacoby¹³ interpreta que um órgão municipal poderá, atendidos os requisitos, servir-se de Ata de Registro de Preços federal ou vice-versa.

Desta maneira, é pertinente tecer algumas considerações sobre os limites subjetivos.

O *caput* do artigo 8º do Decreto nº 3.931/2001, ao estabelecer o princípio de adesão à Ata de Registro de Preços por órgão ou entidade alienígena, emprega a seguinte expressão: "*podará ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório*".

Note-se que tal dispositivo legal aplica o vocábulo "Administração", sendo que o art. 6º, inciso XII, da Lei nº 8.666/1993, conceitua da seguinte maneira:

"Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XII- Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.

Para Hely Lopes Meirelles¹⁴, a Administração Pública deve ser conceituada, adotando-se os seguintes critérios: o formal, que define a Administração como um conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; o material, que estabelece um conjunto de funções necessárias para os serviços públicos; e o operacional, que a define como o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.

Na preleção de José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ para entender a Administração Pública é necessário se valer de dois enfoques: o sentido objetivo, segundo o qual a Administração consiste na própria atividade administrativa exercida pelo Estado, por seus órgãos e agentes, caracterizando, enfim, a função administrativa; o sentido subjetivo, que a define como um conjunto de órgãos de que se vale o Estado para atingir os fins desejados.

Em síntese, a Administração Pública pode ser conceituada sob o enfoque de dois critérios: o formal e o material. No **critério formal, orgânico ou subjetivo** vislumbra a Administração Pública como o conjunto de órgãos, a estrutura estatal, que alguns autores até admitem como sinônimo de Estado. Nesse sentido, consoante convenção doutrinária, a expressão Administração Pública deve ser grafada com as primeiras letras maiúsculas.

Já em relação ao **critério material ou objetivo**, a administração pública deve ser entendida como a atividade administrativa exercida pelo Estado ou, ainda, função administrativa. Nessa aplicação, a expressão administração pública deve ser grafada com todas as letras minúsculas, seguindo a convenção doutrinária¹⁶.

¹³ Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br>.

¹⁴ Direito Administrativo Brasileiro, 28ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 38.

¹⁵ Manual de Direito Administrativo, 21ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 10.

¹⁶ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

Diante disso, percebe-se que a expressão “Administração”, utilizada no Decreto supramencionado, coaduna ao conceito sob o aspecto subjetivo, na qual estende a todos os demais entes federativos a possibilidade de adesão à Ata de Registro de Preços, seja na esfera federal, estadual ou municipal¹⁷.

Ressalva-se, por fim, que nocivo seria à Administração Pública, caso uma entidade não adstrita aos instrumentos jurídicos de direito público, não pertencente à Administração Pública, tivesse seus atos e/ou contratos como parâmetros para a utilização por outros órgãos (estes pertencentes à Administração Pública), pois os atos privados, diferente dos praticados pelo Poder Público, não gozam de presunção de legalidade, legitimidade e/ou veracidade.

c) limites em razão do objeto:

Nesse aspecto, válido apresentar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça esboçado no julgamento do Recurso Ordinário em MS nº 15.647 no sentido de que o regime de licitações por registro de preços foi ampliado pelos Decretos Regulamentadores 3.931/2001 e 4.342/2002, **sendo extensivo não só a compras, mas a serviços e obras.**

Já o Tribunal de Contas da União, no Processo nº TC-004.709/2005-3 (Acórdão 668/2005 – Plenário) recomendou em alguns casos que não houvesse carona pela natureza do objeto (Exemplo: plano de saúde). Desse modo, diante do caso concreto, a Administração deve-se pautar pela viabilidade de promover a adesão à ata de registro de preços de acordo com o seu objeto.

d) limites dos quantitativos:

Não se pode desprezar a ideia de que a ausência de limite para adesão às atas afronta os princípios da competição e da igualdade, tornando indispensáveis alguns temperamentos, a fim de que sejam preservados os princípios maiores da Licitação por meio do instituto da “carona”.

Segundo o § 3º do art. 8º do Decreto nº 3.931/01, as aquisições ou contratações adicionais não poderão exceder, por órgão ou entidade, a 100% (cem por cento) dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços, definidos no momento em que o órgão gerenciador consolida as informações relativas à estimativa individual e total de consumo para os órgãos que se manifestam previamente para participar do registro de preços (Art. 3º, § 2º, inciso II).

Tal dispositivo desponta a necessidade de fixação de limites dos quantitativos, pois, é preciso levar em consideração a “economia de escala” que consiste na contratação por um valor muito mais favorável para a Administração Pública caso a licitação antecipadamente estipule o total de contratações (quanto maior a quantidade, menor o preço).

No âmbito da União, vale expor o Acórdão nº 1487/2007 – Plenário em que o E. Tribunal de Contas da União posicionou-se no sentido de determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que:

¹⁷ Tribunal de Contas do Distrito Federal. Consulta: processo nº 35.501/2005.

1 - oriente os órgãos e entidades da Administração Federal para que, quando forem detectadas falhas na licitação para registro de preços que possam comprometer a regular execução dos contratos advindos, abstenham-se de autorizar adesões à respectiva ata; e,

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

Percebe-se que é notória a problemática advinda com as adesões ilimitadas, pois se cada entidade que solicite adesão à Ata utilizar 100% dos quantitativos inicialmente registrados, teríamos a possibilidade de infundáveis contratações dos diversos entes públicos com o mesmo fornecedor e no mesmo preço originariamente ofertado sem consideração ao volume do contrato¹⁸.

É evidente que seria errônea qualquer interpretação nesse sentido, tornando-se necessário, assim, identificar os limites aplicáveis mediante análise da legislação específica.

A única menção a respeito de limites corresponde ao art. 17 do aludido Decreto que, ao tratar das modificações nos quantitativos especificados pelo órgão licitante, fixa o percentual de 25%, ou seja, trata-se da possibilidade limitada de alteração da quantidade inicialmente estabelecida pelo ente responsável pelo certame, independentemente da existência de órgão participante (carona).

Dessa forma, o órgão gerenciador ao especificar o quantitativo a ser licitado fica vinculado ao limite de 25% em relação às modificações posteriores, conforme o § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 combinado com o art. 17 do Decreto Estadual nº 10.898/04.

Diferentemente é o órgão ou entidade que venha a aderir àquela Ata com os preços já registrados. Nesse caso, em razão do decreto estadual ser omissivo, entende-se possível a aplicação subsidiária do decreto federal como boa medida de integração da norma por meio da analogia, a fim de preencher a lacuna existente (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Todavia, ainda que valêssemos do Decreto Federal nº 3.931/2001, é preciso revelar que o art. 8º, § 3º, apresenta uma redação que carece de interpretação conforme a Constituição Federal.

Diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição, e, portanto, não seja contrária ao texto constitucional, de onde surgem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina ou jurisprudência, como a prevalência da Constituição, a conservação de normas e a rejeição de normas inconstitucionais no todo ou em parte¹⁹.

¹⁸ O Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, no Acórdão nº 475/2007, proibiu que a adesão à ata de registro de preços, no total, ultrapassasse o quantitativo de 25%, ou seja, é permitido aderir à ata, não importando o número de vezes, desde que ao todo, contando todas as adesões, não se ultrapasse 25% do valor inicialmente licitado e registrado na ata original, sob o fundamento do § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

¹⁹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p 96.

Para que se obtenha uma *interpretação conforme* a Constituição, o intérprete poderá declarar a inconstitucionalidade parcial do texto impugnado, no que se denomina *interpretação conforme com redução de texto*, ou, ainda, conceder ou excluir da norma impugnada determinada interpretação, a fim de compatibilizá-la com o texto constitucional. Essa hipótese é denominada *interpretação conforme sem redução do texto*²⁰.

Do modo que está o decreto federal, nenhuma interpretação poderá ser adotada no sentido de permitir a adesão ILIMITADA à Ata de Registro de Preços, sob pena de violar os princípios constitucionais, principalmente o da licitação (art. 37, inciso XXI, da Magna Carta).

Assim, tem-se que melhor exegese que compatibiliza o Decreto Federal com a Constituição Federal é de que todas as aquisições ou contratações adicionais (*caronas*) **não poderão exceder a cem por cento dos quantitativos** registrados na Ata de Registro de Preços, ou seja, é permitido aderir à ata, não importando o número de vezes, desde que ao todo, contando todas as adesões, não se ultrapasse 100% (cem por cento) do valor inicialmente licitado e registrado na ata original.

e) limites temporais

Resumidamente, destaca-se que o limite temporal corresponde ao período de validade da Ata. Dessa maneira, a possibilidade de adesão está adstrita à validade da Ata de Registro de Preço originária, que, conforme art. 7º do Decreto Estadual nº 10.898/04, não poderá ser superior a um ano, exceto quando a proposta continuar se mostrando mais vantajosa para a Administração Pública e satisfazendo os demais requisitos desta norma.

Encerradas as considerações sobre o instituto do ‘carona’, passaremos aos questionamentos da consulta.

5) DOS QUESTIONAMENTOS

(a) “É cabível o entendimento que o §3º restringiu tacitamente a utilização do §2º, ambos do Decreto nº 3.931, uma vez que foi incluído pelo Decreto nº 4.342/02, ou seja, posterior a edição do Decreto nº 3.931/01?”

A inserção do § 3º, por meio do Decreto nº 4.342/02, teve por objetivo limitar a utilização da Ata de Registro de Preços por outro órgão ou entidade. O novo parágrafo expôs expressamente que as aquisições ou contratações adicionais não poderão exceder 100% (cem por cento) dos quantitativos registrados na Ata.

Ainda que o § 2º tenha apresentado uma duvidosa expressão (“*independentemente dos quantitativos registrados em Ata*”), a modificação legislativa superveniente não corresponde necessariamente a uma restrição tácita.

²⁰ MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. 21ª Ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 12.

De qualquer modo, é válido destacar que o comando normativo do § 2º atribui ênfase à faculdade do fornecedor beneficiário da Ata em aceitar ou não o fornecimento. Enquanto isso, o § 3º visa restringir o número de aquisições por meio da adesão à Ata de Registro de Preços.

(b) “É possível o entendimento de que o Decreto Estadual confronta o Decreto Federal, se considerar o Princípio da Hierarquia das Normas onde para um mesmo tema há regulamento diverso em que o Federal se sobrepõe ao Estadual, e por consequência inibe a utilização do Decreto Estadual?”

Ressalta-se, aqui, a redação do art. 15, § 3º, da Lei 8.666/93 que dispõe: “o sistema de registro de preço será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais (...)”. Notadamente, o ente público (federal, estadual ou municipal) possui autonomia legislativa para atender suas peculiaridades.

Não há de se falar em hierarquia entre o Decreto Federal nº 3.931/01 e o Decreto Estadual nº 10.898/04, tendo em vista que cada um destes terá aplicabilidade no âmbito do ente público correspondente, ou seja, quando o interesse for da Administração Federal (Ex: União) aplica-se o decreto federal, já em relação ao interesse da Administração Estadual (Ex: Estado de Rondônia) aplica-se o Decreto Estadual.

É certo que diante da omissão legislativa torna-se possível a utilização de técnicas de integração das normas jurídicas que consubstancia no preenchimento de lacunas por meio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil).

O princípio da hierarquia das normas não oferta ao Decreto Federal qualquer *status* de superioridade, até porque ao mencionar tal princípio emerge-se o escalonamento normativo proposto por Hans Kelsen que realça o sistema harmônico em que a Constituição Federal assume o ápice normativo, seguidos dos atos infraconstitucionais que devem ser formados em total consonância.

Nesse enredo, caberá a aplicação do decreto estadual nos registros de preços em âmbito estadual, servindo o decreto federal meramente como ferramenta supletiva e complementar diante da existência de lacunas ou obscuridade da norma estadual.

Todavia, ainda que valêssemos de forma supletiva do Decreto Federal nº 3.931/2001, é preciso revelar que o art. 8º, § 3º, apresenta uma redação que carece de interpretação conforme a Constituição Federal.

Conforme já mencionado no teor do Parecer, diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição, e, portanto, não seja contrária ao texto constitucional, de onde surgem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina ou jurisprudência, como a prevalência da constituição, a conservação de normas e a rejeição no todo ou em parte de normas inconstitucionais²¹.

²¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p 96.

Para que se obtenha uma *interpretação conforme* a Constituição, o intérprete poderá declarar a inconstitucionalidade parcial do texto impugnado, no que se denomina *interpretação conforme com redução de texto*, ou, ainda, conceder ou excluir da norma impugnada determinada interpretação, a fim de compatibilizá-la com o texto constitucional. Essa hipótese é denominada *interpretação conforme sem redução do texto*²².

Do modo que está o decreto federal, nenhuma interpretação poderá ser adotada no sentido de permitir a adesão ILIMITADA à Ata de Registro de Preços, sob pena de violar os princípios constitucionais, principalmente o da licitação (art. 37, inciso XXI, da Magna Carta).

Assim, tem-se que melhor exegese que compatibiliza o Decreto Federal com a Constituição Federal é de que todas as aquisições ou contratações adicionais (*caronas*) **não poderão exceder a cem por cento dos quantitativos** registrados na Ata de Registro de Preços, ou seja, é permitido aderir à ata, não importando o número de vezes, desde que ao todo, contando todas as adesões, não se ultrapasse 100% (cem por cento) do valor inicialmente licitado e registrado na ata original.

(c) “É legal ultrapassar os limites quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços?”

Quanto a este questionamento, faz-se necessário esclarecer que o **órgão licitante** (gerenciador da Ata) poderá ultrapassar os limites quantitativos registrados na Ata, porém limitado a 25% do quantitativo inicialmente previsto, conforme fundamentação exposta neste Parecer.

Em outras palavras, o órgão gerenciador ao especificar o quantitativo a ser licitado fica vinculado ao limite de 25% em relação às modificações posteriores, consoante previsão expressa no art. 17 do Decreto Estadual nº 10.898/04 combinado com o § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93.

Não há de se confundir estas modificações de quantitativos com o instituto do *carona*, pois aqui se considera a possibilidade de alteração da quantidade inicialmente estabelecida pelo ente responsável pelo certame, independentemente da existência de órgão participante (*carona*).

(d) “É legal o uso ‘ilimitado’ das Atas de Registro de Preços, em virtude de inibir a concorrência?”

É ilegal o uso ilimitado das Atas de Registro de Preços, principalmente em relação à adesão de outros órgãos ou entidades (*carona*), considerando que há a violação dos princípios basilares da licitação, como os princípios da competição, da igualdade de condições entre licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública.

(e) “É legal reutilizar a mesma Ata de Registro de Preços para adquirir os mesmos itens em processos diversos dentro do mesmo órgão administrativo?”

A Ata de Registro de Preços deve ser utilizada para adquirir os itens e as respectivas quantidades que foram inicialmente previstas no projeto básico ou termo de referência, bem como no

²² MORAIS, Alexandre. Direito Constitucional. 21ª Ed. São Paulo: Atlas. 2007. p. 12.

Edital e na minuta da Ata (PROCESSO LICITATÓRIO), ressalvadas as modificações posteriores limitadas a 25% (vinte e cinco por cento), conforme o art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93 combinado como o art. 17, § 1º, do Decreto Estadual nº 10.898/04.

Assim, não é cabível a ‘adesão’ à Ata confeccionada pelo próprio órgão (“carona” consigo mesmo), pois, uma vez realizada a licitação, a fim de atender suas necessidades, não justifica a modificação dos quantitativos anteriormente estipulados, considerando que o disposto no inciso II do § 7º do art. 15 da Lei de Licitações exige que a definição das unidades e quantidades a serem adquiridas em função do consumo deve ter sua estimativa obtida mediante adequada técnica quantitativa de estimação (planejamento²³).

Vale lembrar, ainda, que a validade da Ata de Registro de Preço originária **não poderá ser superior a um ano**, exceto quando a proposta continuar se mostrando mais vantajosa para a Administração Pública e satisfazendo os demais requisitos legais, hipótese em que será possível a sua prorrogação, conforme art. 7º do Decreto Estadual nº 10.898/04.

5) CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, considerando a possibilidade de adesão à ata de registro de preços (*carona*), desde que atendidas às condições e aos limites legais nos termos deste Parecer, conclui-se que:

1) A inserção do § 3º no art. 8º do Decreto nº 3.931/01, por meio do Decreto nº 4.342/02, não restringiu necessariamente o § 2º do mesmo artigo, uma vez que o comando normativo do § 2º atribui ênfase à faculdade do fornecedor beneficiário da Ata em aceitar ou não o fornecimento. Enquanto isso, o § 3º visa restringir o número de aquisições por meio da adesão à Ata de Registro de Preços;

2) Não há de se falar em hierarquia entre o Decreto Federal nº 3.931/01 e o Decreto Estadual nº 10.898/04, tendo em vista que cada um destes terá aplicabilidade no âmbito do ente público correspondente;

3) Em regra é possível ultrapassar os limites quantitativos registrados na Ata, porém de forma limitada, pois o órgão gerenciador ao especificar o quantitativo a ser licitado fica vinculado ao limite de 25% em relação às modificações posteriores, conforme o § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 combinado como o art. 17, § 1º, do Decreto Estadual nº 10.898/04;

4) É ilegal o uso ilimitado das Atas de Registro de Preços, principalmente em relação à adesão de outros órgãos ou entidades (*carona*), considerando que haverá a violação dos princípios basilares da licitação;

5) Não é cabível a reutilização da mesma Ata de Registro de Preços para adquirir os mesmos itens em processos diversos dentro do mesmo órgão administrativo, pois, uma vez realizada a licitação, a fim de atender às necessidades do órgão, não justifica a modificação dos quantitativos

²³ O planejamento deve ter por base elementos reais e concretos, baseado em procedimento anteriormente realizado pela Administração.

anteriormente estipulados, ressalvadas as modificações posteriores limitadas a 25% (vinte e cinco por cento);

6) Só terá validade jurídica a adesão à Ata de Registro de Preços se atendidos os seguintes:

- que o edital de licitação contemple a possibilidade do “carona”, dizendo, se possível, o número de adesões a serem recepcionadas pelo gerenciador;

- que o edital de licitação contemple o total geral do quantitativo passível de contratação entre o licitante vencedor e o órgão participante (carona), que deve ser até o máximo de 100%, independentemente do número de adesões, a fim de permitir a economia de escala e ao mesmo tempo preservar os princípios da licitação como os da competição, livre concorrência e da busca da maior vantagem para a Administração Pública;

- deverá ser previamente demonstrado, mediante avaliação e exposição em processo próprio interno, a viabilidade econômica, financeira e operacional da adesão à ata de registro de preço elaborada por outro órgão, inclusive por meio de cotação de preços (formalismo processual);

- interesse do carona em usar a Ata de Registro de Preços em razão dos preços e condições do Sistema de Registro serem comprovadamente vantajosos;

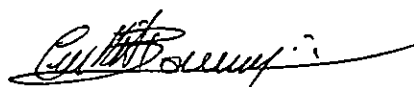
- prévia consulta e anuência do órgão gerenciador da Ata de Registro de Preços, que, uma vez aceito, deverá indicar os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação;

- aceitação do fornecedor beneficiário da contratação pretendida, condicionada à ausência de prejuízos aos compromissos assumidos na Ata de Registro de Preços (originária);

- deverão ser mantidas as mesmas condições existentes na Ata de Registro de Preço originária.

É como opino.

São João dos patos - Ma, 16 de janeiro de 2019.



Gullit Vinicius Silva Barros
Assessor Jurídico
OAB-MA nº 14.814