

A AQUISIÇÃO DE ÔNIBUS POR INTERMÉDIO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS DO FNDE – CARONA LEGAL.

Adesão à ata de registro de preço. Situação que não configura carona. Licitação do FNDE precedida de convênio. Possibilidade.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Tornou-se comum, por parte dos Municípios a adesão à ata de registro de preços do Governo Federal com o objetivo de adquirir veículos (ônibus) pelo programa Caminho da Escola, desenvolvido pelo Ministério da Educação, através do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. E muito se tem discutido a respeito da legalidade desse procedimento, em confronto com a ideia hoje defendida de que o “carona”, nas atas de registro de preços, seria procedimento ilegal.

Demonstraremos, neste estudo, que o referido procedimento, apesar de semelhante, não é o mesmo “carona” criticado pela grande parte da doutrina, e mais recentemente pelas decisões dos tribunais, podendo ser levado a efeito, com respaldo legal.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO REGISTRO DE PREÇOS

Para podermos alcançar a conclusão já adiantada nas considerações introdutórias, inicialmente é oportuno esclarecer alguns aspectos do sistema de registro de preços, do qual a ata do FNDE resulta.

O registro de preços é um sistema pelo qual o poder público arquiva preços unitários de bens e serviços pelo período de um ano, para posterior contratação. O instituto do registro de preços consiste em um “planejamento” para futuras e sucessivas contratações. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

“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.” (*Licitação e Contrato Administrativo*, p. 58 e 59).

Oportuna ainda a definição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

“Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação, que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão *sui generis*, selecionando a proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração.” (*Sistema de Registro de Preços e Pregão*, p. 27).

O sistema do registro de preços está regulado pelo artigo 15 da Lei de Licitações:

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 garantia oferecidas;

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

§ 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 preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

Com o advento da Lei federal nº 10.520/02, tornou-se possível processar o registro de preços por meio de pregão.

Observe o disposto no artigo 11 da referida lei:

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

3. A FIGURA GENÉRICA DO ‘CARONA’

O sistema de registro de preços, como estabelecido em alguns regulamentos, como, por exemplo, o Decreto federal nº 3.931/01, o Decreto do Estado de São Paulo nº 47.945/03 e o Decreto do Município de São Paulo nº 44.279/03, *vem autorizando a utilização da ata dele originária por outros órgãos que não tenham participado do certame, perfazendo uma espécie de empréstimo do instrumento, o chamado “carona”*. Essa contratação adicional não está computada entre os quantitativos previstos originalmente por ocasião da licitação e o limite a ser respeitado é a observância, por cada órgão que se propuser a “pegar carona”, de 100% dos quantitativos registrados.

A exemplo do que indica o Regulamento Federal (Decreto 3.931/01), em seu artigo 8^o¹, qualquer órgão da Administração pode socorrer-se do registro de preços anteriormente realizado. Exemplificamos: realizado um certame por qualquer órgão da Administração Federal com o propósito de registrar preços para futura aquisição de 100 veículos, e constituída uma ata de registro de preços, poderá um outro ente governamental de qualquer esfera

¹ 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. (Incluído pelo Decreto nº 4.342, de 23.8.2002)

federativa, que não tenha aderido ao certame, após consulta ao gerenciador da ata para conhecer o fornecedor e o preço, efetuar a compra do mesmo objeto no limite de 100 unidades. Observa-se que o Regulamento não restringe o número de possíveis interessados no empréstimo, referindo-se à multiplicidade de órgãos e entidades; sendo assim, a ata que registrou o preço de 100 veículos para determinado órgão poderá, nos termos do decreto, ser utilizada por todos os demais órgãos da Administração, multiplicando a quantidade estimada em inúmeras vezes (nesse mesmo aspecto, o Regulamento do Estado de São Paulo indica, no seu artigo 15B², de forma expressa, que as entidades e órgãos da Administração Estadual poderão utilizar ata de registro de preços formalizada pela União, outros Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim, além de permitir o empréstimo de suas atas, admite também o aproveitamento de atas de órgãos de diferentes esferas de Governo).

Nos termos do artigo 8º do Decreto federal 3.931 de 2001, que adotamos como referência para comentar o procedimento, lembrando que a regulamentação do sistema de registro de preços é competência de cada esfera de governo, a utilização do carona acontecerá como segue:

1. A Administração, ao pretender contratar determinado objeto, deve desenvolver regularmente a sua fase interna do procedimento, verificando disponibilidade orçamentária, definindo o que efetivamente pretende, promovendo pesquisas de preços para a futura aquisição, enfim, praticando todos os atos preparatórios a um processo de disputa;

2. Detectando a existência de ata com preços registrados, com o objeto pretendido, decorrente de licitação processada

² Artigo 15B - Os órgãos e entidades da Administração estadual poderão utilizar-se de Atas de Registros de Preços realizadas pela União, Distrito Federal, outros Estados e Municípios, desde que demonstrada a vantagem econômica em tal adesão comparativamente aos preços registrados no Sistema Integrado de Informações Físico-Financeiras - SIAFISICO ou aos praticados no mercado. (Acréscimo pelo Decreto nº 51.809 de 2007).

por outro ente administrativo, do qual não tenha sido participante, e depois de demonstrar a vantajosidade de promover a contratação direta, adotando a referida ata ao invés de promover a licitação regular, deverá realizar prévia consulta ao órgão gerenciador daquela, solicitando autorização para uso – para aderir, “pegar carona”;

3. O gerenciador, não verificando prejuízo à sua contratação deverá anuir quanto ao pedido, indicando possíveis fornecedores e prestadores de serviços, e os preços a serem praticados;

4. De posse dessa informação, o aderente, aquele que solicitou a possibilidade de “pegar carona”, deverá dirigir-se ao fornecedor ou prestador de serviços indicado, consultando-o quanto à disponibilidade de lhe fornecer o bem ou prestar o serviço, podendo solicitar até 100% do montante registrado (ao fornecedor ou prestador é dado o direito de não aceitar a adesão, e somente deve admiti-la se não for causar prejuízo à regular execução das obrigações assumidas anteriormente com o detentor da ata);

5. Definido que será esse o caminho do fornecimento ou da prestação do serviço, o aderente deve firmar como o detentor do preço registrado o regular contrato, nos termos estabelecidos pela Lei 8.666, de 1993.

3.1. AS CRÍTICAS QUE A FIGURA DO ‘CARONA’ RECEBE

Aqueles que entendem possível a adoção dessa sistemática sustentam que a validade dessa prática consiste na desnecessidade de repetição de um processo oneroso, lento e desgastante, quando já alcançada a proposta mais vantajosa, sendo então um sistema desburocratizante, bastando

os agentes administrativos encontrarem alguma ata de registro de preços pertinente ao objeto que se pretenda contratar, e, se as condições forem convenientes, ajustar diretamente, sem maiores burocracias e formalidades³.

O empréstimo da ata de registro de preços aparentemente ameniza formalidades e burocracias, que não podemos dizer desnecessárias ou dispensáveis. O faz, contudo, ao arrepio das normas legais, dos princípios que informam o procedimento de compra e contratação estabelecidos para o poder público, de modo que não é uma panaceia.

Teoricamente, inegáveis são os benefícios advindos da utilização da ata, com destaque para a celeridade; porém, necessário verificar que esse instituto *não possui previsão na Lei federal nº 8.666/93, ou na Lei nº 10.520/2002, tendo sido introduzido por meio de regulamentos, meio impróprio para esse fim.*

A nosso ver, então, cinco são os principais problemas jurídicos do instituto do carona (a posição doutrinária não é consensual quanto a esses problemas).

Desse modo, o **primeiro** dos problemas encontrado refere-se **ao desrespeito ao princípio da legalidade**, pois na legislação vigente não há preceito que ampare esse instituto.

Também, em **segundo** lugar, agride ao **princípio da vinculação ao instrumento convocatório**, ao passo que o licitante vencedor poderá fornecer para diversos outros órgãos que não participaram da lici-

³ Cabe lembrar, contudo, que, ao menos doutrinariamente, a maioria dos estudiosos do tema posiciona-se contrariamente ao instituto, a exemplo de Marçal Justen Filho, em seus *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14ª edição, Editora Dialética, p. 206 e seguintes, e de outros como se verá a seguir. Favorável ao instituto temos o entendimento de Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, na obra *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*, Editora Forum.

tação. Desse modo, a licitação, processada para quantidade definida, e para órgão específico, será em seguida geradora de contratos não previstos originariamente, sem que essa condição estivesse contemplada nas regras iniciais do certame.

O **terceiro** problema enfrentado refere-se à **habilitação**. Com efeito, ao se licitar determinado objeto, e diante das quantidades estimadas do ajuste futuro, é que se estabelecem as condições de habilitação a serem preenchidas pelos licitantes interessados, de modo a permitir investigar a idoneidade para o futuro contrato. Como aqui a hipótese do “carona” surge após concluída a licitação, essas contratações não estão contempladas nos volumes estabelecidos para fins de aferição da habilitação, frustrando o seu fim. Alguém com aptidão para executar determinado volume, de certo objeto, poderá depois deter contratos muito superiores às suas reais capacidades.

O **quarto** aspecto que enseja a ilegalidade do procedimento consiste **no desrespeito à regra da licitação**, consagrada no artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Licitar é a regra para a Administração contratar, e o decreto, ao instituir a possibilidade do empréstimo de ata entre órgãos, afronta essa sistemática, também reproduzida no artigo 2º da Lei de Licitações⁴.

Ora, em termos práticos, o procedimento de empréstimo da ata possibilita ao órgão carona a contratação de determinado objeto sem a instauração de licitação alguma, ao menos na fase competitiva, sendo isso, para Toshio Mukai⁵, considerado a ocorrência do crime capitulado no artigo 89 da Lei 8.666/93.

⁴ Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

⁵ “Registro de Preços no Governo do Estado de São Paulo: ‘Caronas’, estaduais e nacionais”. In revista *O Pregoeiro*, ano IV – Janeiro de 2008, pág. 30.

Pode-se argumentar em favor do empréstimo utilizando-se do fato de a ata ter sido originada de um certame licitatório e, por isso, não se confundir com uma hipótese de dispensa; porém, como o certame foi realizado por outro órgão, estritamente de acordo com suas particularidades⁶ (quantidades estimadas para o seu consumo, disponibilidade de pagamento, formas de publicidade próprias, especificações do objeto a ele imprescindível etc.), resta caracterizada a dispensa.

A sistemática de empréstimo da ata **vulnera ainda o princípio da isonomia**. Essa é a **quinta** das razões que a nosso ver embasam a crítica ao “carona”. Vulnera-o porque o detentor do melhor preço em uma licitação de registro de preços venceu disputa licitatória com condições e limites determinados. Objeto certo foi licitado, e essas condições foram avaliadas pelos interessados para participar da disputa e elaborar suas propostas. Depois, concluída a licitação, outros, em número incerto, aderiram à ata, promovendo contratos, sem atenção aos limites e condições iniciais.

Além desses, outro aspecto importante a ser considerado é o fato de que as adesões às atas de registro de preços **restringem a fiscalização dos órgãos de controle e o direito de impugnação** tanto dos interessados como dos cidadãos. É certo que, sendo instaurado o certame para registro de preços para determinado órgão, aberta está a possibilidade de ser fiscalizado; contudo, quando da adoção da ata pelo órgão carona, dificultado estará o controle desta contratação, até mesmo para saber se o preço registrado realmente lhe é mais vantajoso.

⁶ Em relação às particularidades de cada órgão licitante que interferem no certame e no preço final, e que impossibilitam seu aproveitamento por outro ente, o TCU considerou regular a utilização de Sistema de Registro de Preços para a contratação de operadora de planos de saúde, impondo a condição de o edital vedar a utilização da ata de registro de preços por órgãos/entidades não participantes. Embora não tenha apresentado restrições à tese de adesão de não participantes – caronas – nesse caso específico, entendeu não haver possibilidade de aferir se o preço vencedor será mais vantajoso ou compatível com a faixa etária do quadro de pessoal do “carona”, pois o valor original da contratação é vinculado às peculiaridades das faixas etárias do pessoal do órgão gerenciador. TCU - Plenário. Processo TC n.º 004.709/2005-3. Acórdão 668/2005.

Para finalizar, parece-nos conveniente transcrever a observação de Joel de Menezes Niebuhr⁷ :

“O carona viola o princípio da isonomia porque ele pressupõe contrato sem licitação. Explicando melhor: a entidade ‘A’ faz licitação para registro de preços de 500 computadores. Com base nessa licitação, o vencedor dela assina a ata de registro de preços, da qual decorre ou decorrem contratos para a aquisição dos 500 computadores que foram licitados pela entidade ‘A’. Ocorre que, com o carona, a entidade ‘B’, que não promoveu licitação alguma, vale-se da ata de registro de preços da entidade ‘A’ e, por via de consequência, da licitação promovida pela entidade ‘A’, para também comprar 500 computadores. Ora, o contrato pertinente à aquisição de 500 computadores firmado pela entidade ‘B’ não foi precedido de licitação pública e, em decorrência disso, os interessados em vender os 500 computadores à entidade ‘B’ não tiveram oportunidade de disputa, não foram tratados com igualdade.

Imagine-se, continuando com o exemplo, que a entidade ‘A’ seja do Sul do País e mal pagadora. Por isso, fornecedor do Norte do País não se interessou em participar da licitação para registro de preços promovido pela entidade ‘A’. No entanto, a entidade ‘B’ é do Norte do País, do Estado do fornecedor que não se interessou em participar da licitação promovida pela entidade ‘A’, e boa pagadora, costuma honrar religiosamente em dia os seus compromissos. Sob esse quadro, o fornecedor, que legitimamente não quis participar da licitação promovida pela entidade ‘A’, quer e tem o direito de participar de licitação para disputar o contrato da entidade ‘B’. Com efeito, o contrato a ser firmado pela entidade ‘B’ não tem nada a ver com o contrato a ser firmado pela entidade ‘A’. Sem embargo, valendo-se do carona, a entidade ‘B’ não abre licitação, adere à ata de registro de preços da entidade ‘A’ e firma contrato em razão dela. Dessa maneira, o fornecedor do Norte do País, que não quis participar da licitação promovida pela entidade ‘A’, vê frustrado o seu direito

⁷ “‘Carona’ em ata de registro de preços: Atentado veemente aos princípios de direito administrativo”. *Revista Zênite de Licitações e Contratos* – ILC, Curitiba: Editora Zênite, janeiro de 2006, nº 143, p.13.

de participar de licitação para vender para a entidade 'B', o que implica, por via de consequência, em violação ao princípio da isonomia, ao direito do referido fornecedor de disputar em condições de igualdade a contratação com a entidade 'B'".

Portanto, a figura do carona propicia a contratação direta, sem licitação, fora das hipóteses de dispensa e inexigibilidade que a Lei de Licitações contempla.

3.2. A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS, ESPECIALMENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Doutrinariamente, como se verificou, a grande maioria dos autores vem se posicionando contrariamente à adoção do instituto, o que, no entanto, não ocorre com o posicionamento dos Tribunais.

O Tribunal de Contas da União, como lembra Marçal Justen Filho, para adquirir equipamentos, já se valeu da figura do carona (veja menção no rodapé 194, p. 207 dos *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Editora Dialética, 14ª edição).

Contudo, a Corte de Contas da União, diante da desenfreada utilização da figura do carona, já se posicionou a respeito da necessidade de estabelecer limites a essa sistemática:

(...) 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 registro de preços realizados por outros órgãos e entida-

des, 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 de vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão. (Acórdão nº 1.487/2007, TCU, Plenário, Processo nº TC-008.840/2007-3)

No âmbito do Tribunal de Contas de São Paulo, por sua vez, a matéria já foi enfrentada em diversas ocasiões. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo entendeu que não poderia fixar de forma genérica e antecipada o entendimento de que o procedimento é ilegal. Tal decisão se deu nos autos do Processo TCA 8073/026/09, relatado pelo Conselheiro Renato Martins Costa:

Trata-se de procedimento administrativo formado para estudar eventual possibilidade de apresentar, ao Governo do Estado de São Paulo, subsídios no sentido de aperfeiçoar o Decreto Estadual nº 51.809/07 que, disciplinando o § 3º, do artigo 15 da Lei de Licitações, regulamenta, no âmbito do Executivo paulista, o sistema de registro de preços.

Dois pontos específicos chamaram a atenção da Corte, como disposições de potencial controvertido e passíveis de questionamentos jurídicos e mesmo práticos: a possibilidade de prorrogação da validade da Ata por mais um ano e o aproveitamento de certames já realizados, em qualquer esfera da Administração Pública nacional, para novas aquisições de produtos que já tenham seus preços registrados alhures.

A instrução procedida dá conta da complexidade de hipóteses que podem apresentar-se e me induz a propor a Vossas Excelências o arquivamento do presente TC-A.

Isto porque apenas a riqueza das situações de fato e de direito que venham a ser apreciadas em cada caso concreto sujeito à nossa jurisdição, seja na esfera estadual, seja na órbita municipal, já que várias Prefeituras estão a lançar mão dos

mesmos institutos aqui iluminados, apenas tais análises, repito, podem levar o Tribunal à formação de jurisprudência segura e refletida, orientadora das ações administrativas empreendidas.

Estabelecer parâmetros rígidos desde logo pode significar indevidos alargamento ou estreitamento de interpretações, impeditivos de nossa apreciação mais livre de todo um universo de situações concretas, que seguramente extrapolam os limites de um balizamento prematuro e, por isso mesmo, inconveniente.

Faço tais observações inteiramente à vontade, já que de mim partiu a proposta de formação deste procedimento e hoje me convenço da desnecessidade de sua conclusão de mérito.

Dito isso, VOTO pelo arquivamento deste processo.

RENATO MARTINS COSTA
CONSELHEIRO

Apesar dessa decisão genérica, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo **possui posição contrária à prática do empréstimo de ata**, o que se verifica de julgados que evidenciam tal entendimento:

“Exame Prévio de Edital. Pregão visando ao Registro de Preços para prestação de serviços de vigilância/segurança patrimonial. Possibilidade de se adotar modalidade pregão, não descaracterizando o atributo de ‘serviço comum’, as minuciosas especificações técnicas e memorial descritivo constantes do edital. Inadmissibilidade de utilização do Sistema do Registro de Preços para contratação de serviços de natureza continuada. Impossibilidade de se prorrogar o prazo de validade da Ata de Registro de Preços por conta do princípio da reserva de lei. Desnecessidade de divulgação de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos. Recomendação, no entanto, para que se divulgue valor total estimado; que se abstenha de exigir 2 (dois) atestados para demonstração de qualificação técnica, bem como de admitir a figura do ‘carona’. Determinação de anulação do certame, com recomendações.” (TC-038240/026/08)

“É por esse e outros motivos que o E. Plenário desta Corte vem fortalecendo entendimento, mormente retratado em sede de Exame Prévio de Edital, pela inviabilidade da utilização do ‘carona’, nos termos ora instituídos por decreto, nas contratações públicas, tendo em vista que tal admissão fraudada o princípio informador da licitação, insculpido na Constituição Federal, consoante o artigo 37, inciso XXI que prescreve ‘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’.” (TC-023456/026/08)

No primeiro desses julgados, sob a relatoria do Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, a Corte Paulista manifestou mais detalhadamente a razão de seu entendimento. Vale a transcrição de trecho do aresto:

2.3 - Ainda que não tenha sido objeto de impugnação, mas considerando as correções que deverão ser feitas, recomendo à Administração que, ao ensejo delas e pela relevância do tema, reavalie duas previsões constantes do edital.

(A) - A primeira diz respeito à previsão da figura do “carona” (item 10.1²⁰).

Não se desconhece, no sistema de registro de preços, a possibilidade de haver a conjugação de interesses de determinados órgãos participantes, sob a coordenação de um gerenciador, sendo-lhes facultada a utilização de uma mesma ata de registro de preços para eventuais e futuras contratações. Na prática, atendido o dever de prévio planejamento, a Administração cuida de pesquisar, anteriormente à realização da licitação, as necessidades de cada órgão, para que, estimada determinada quantidade, seja

realizado certame para o registro de preço em ata, da qual podem, futuramente, se aproveitar os entes envolvidos na licitação.

Atualmente, por força não de lei, mas de disposição contida em Decreto, há que admita a utilização da ata de registro de preços por quaisquer outros órgãos não participantes do processo licitatório, bastando, para tanto, consulta ao órgão gerenciador e consentimento do fornecedor, bem por isso denominados “*caronas*”.

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO,

“a prática conhecida como ‘carona’ consiste na utilização por um órgão administrativo do sistema de registro de preço alheio. Como se sabe, o registro de preços é implantado mediante uma licitação, promovida no âmbito de um ou mais órgãos administrativos. Essa licitação é modelada de acordo com as necessidades dos órgãos que participam do sistema. A ‘carona’ ocorre quando um outro órgão, não participante originariamente do registro de preços, realiza contratações com base no dito registro. Essa contratação adicional não é computada para efeito de exaurimento dos quantitativos máximos previstos originalmente por ocasião da licitação. O único limite a ser respeitado seria a observância, por órgão não participante originariamente do sistema, do limite de 100% dos quantitativos registrados”²¹.

Advogam os defensores da figura do “*carona*” que a possibilidade de adesão tardia a uma ata de registro de preços, já válida e existente, confere às contratações pública maiores celeridade e eficiência, evitando-se a realização desnecessária de diversos certames licitatórios para o mesmo propósito.

Esquecem-se, no entanto, de que todo e qualquer meio que vise a assegurar a desejada eficiência na atividade da Administração deve obediência ao princípio da legalidade e da segurança jurídica, pilares do Estado de Direito.

A figura do “*carona*”, nos termos ora instituídos por decreto, burla a regra de extração constitucional (artigo 37, XXI), segundo a qual “*ressalvado os casos especificados na legislação, a obras, serviços, compras e alienações serão contratados, mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*”.

Na boa companhia de doutrinadores, também penso que afronta os princípios da legalidade²², isonomia²³, economicidade²⁴, vinculação ao instrumento convocatório²⁵ e competitividade²⁶.

Não foi sem razão que o E. Tribunal de Contas da União, no acórdão n. 1487/2007, em sessão de 01-08-07, ao analisar representação contra edital de registro de preços promovido pelo Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, acolhendo considerações expostas no voto do Ministro Relator Valmir Campelo²⁷, resolveu determinar que:

“adote providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto n. 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registro 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”.

Na visão de MARÇAL JUSTEN FILHO, 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 administradores. O TCU incorporou razões jurídicas que devem ser tomadas em conta quando se pretender adotar a prática da ‘carona’. O Acórdão 1487/2007 demonstra que a contratação adicional, não prevista originalmente, é potencialmente danosa aos cofres públicos. Daí se segue que a sua adoção envolve a assunção do administrador público do risco de produzir uma contratação equivocada. A comprovação de que a prática da “carona” produziu enriquecimento injusto e indevido para o fornecedor privado deve conduzir à severa responsabilização dos agentes estatais que a adotaram”.*

Ademais, a “carona” é campo fértil para o administrador ímprobo que, na perspectiva de adquirir bens ou

serviços, poderá negociar com contemplados (s) em ata (s) realizar licitação ou optar por celebrar o contrato com aquele que lhe ofereça vantagem ilícita, em grave afronta aos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

²⁰ 10.1 - 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, nos termos do artigo 15-A do Decreto Estadual 51.809, de 16 de maio de 2007.

²¹ www.baceventos.com.br/PDFS/mjf_carona.pdf

²² Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, a prática da “carona” é inválida porque frustra o princípio da obrigatoriedade da licitação, configurando dispensa de licitação sem previsão legislativa. Não cabe invocar a existência de uma licitação anterior, eis que tal licitação tinha finalidade e limite definidos no edital. (“TCU restringe a utilização de “carona” no sistema de registro de preços”, texto disponível na internet: <http://www.justenfilho.com.br/midia/15.pdf>)

²³ A licitação, nos termos do artigo 3º, da Lei n. 8.666/93, destina-se a garantir a observância do princípio da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Não havendo limite, a não ser o prazo da validade da ata de registro de preços, para contratações, assegura-se reserva de mercado a determinado fornecedor em detrimento de outras sociedades empresariais que teriam interesse em contratar com a Administração. (grifo nosso)

²⁴ De acordo com Paulo Sérgio Monteiro, a figura do “carona” produz a elevação dos quantitativos originalmente previstos sem a redução do preço unitário pago pela Administração, revelando-se tal prática danosa aos cofres públicos, atingindo as raízes da improbidade administrativa (O Carona no Sistema de Registro de Preços. ILC – Informativo de Licitações e Contratos, nº 167. Curitiba: Zênite jan. 2008)

²⁵ Não se mantém, nas contratações formalizadas pelos “caronas”, as condições estipuladas no edital com relação ao quantitativo inicialmente estimado, que poderá ser alterado *ad infinitum*, condições da execução ou local de entrega etc.

²⁶ Segundo Ramon Alves de Mello, “a figura do carona afeta ainda o princípio da competitividade, quando obsta a livre concorrência prevista no artigo 170, inciso IV da Constituição Federal, já que privilegia determinado fornecedor, desiguando-os dos demais, pura e simplesmente por ter sido contemplado em uma Ata de Registro de Preços, em uma licitação realizada por certo órgão da Administração Pública. Passando desta forma praticamente dominar parcela de mercado local, regional ou até mesmo nacional, em prejuízo de sociedades empresárias melhor localizadas que poderiam vir a ofertar preços até mesmo inferiores a outros órgãos tendo em vistas as condições locais, de entrega, de pagamento, e outras”.

²⁷ “Refiro-me à regra inserta no art. 8º, § 3º, do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que permite a cada órgão que aderir à 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 R\$ 32,0 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.

(...)

Vê-se, portanto, que a questão reclama providência corretiva por parte do órgão central do sistema de serviços gerais do Governo Federal, no caso, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, razão pela qual, acompanhado os pareceres emitidos nos autos, firmo a conclusão de que o Tribunal deva 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 a narrada neste processo”.

Em suma, pode-se afirmar que a prática do carona impõe agravos aos princípios constitucionais, entre outras inúmeras irregularidades, sendo uma prática inválida.

4. PECULIARIDADES DO REGISTRO DE PREÇOS DO FNDE - CARONA LEGAL

Ocorre, contudo, que *no caso apresentado, pelo qual o FNDE realizou licitação e os demais entes federados, Estados e Municípios, promovem a adesão à referida ata para realizarem futuros contratos destinados à aquisição de ônibus, não estamos diante dessa figura*, rechaçada quase que à unanimidade.

Isso porque não há uma licitação feita por um órgão público, para si (FNDE), sendo emprestada por outro (diversos Estados e Municípios).

Há, sem dúvida, semelhanças entre as figuras, mas aquilo que vem sendo vedado não é o procedimento aqui comentado e já realizado por centenas de prefeituras de todo o Brasil.

Aqui, o Governo Federal, por intermédio do Ministério da Educação, através do FNDE, não licitou nada para aquisição própria, para depois os municípios se aproveitarem de sua ata e nela “pegarem carona”, aderindo a licitação feita para o Governo Federal, de acordo com suas necessidades e a sua realidade fática.

O Governo Federal não compra e nem comprará um ônibus sequer. Apenas está servindo de instrumento para implementar um programa de cunho nacional, o “Programa Caminho da Escola”, regularmente instituído por decreto.

Diz o Decreto federal 6.768/2009, instituidor do programa, quais os seus objetivos:

Art. 2º São objetivos do Programa Caminho da Escola:

I - renovar a frota de veículos escolares das redes municipal e estadual de educação básica na zona rural;

II - garantir a qualidade e segurança do transporte escolar na zona rural, por meio da padronização e inspeção dos veículos disponibilizados pelo Programa;

III - garantir o acesso e a permanência dos estudantes moradores da zona rural nas escolas da educação básica;

IV - reduzir a evasão escolar, em observância às metas do Plano Nacional de Educação; e

V - reduzir o preço de aquisição dos veículos necessários ao transporte escolar na zona rural.

E estabeleceu como se daria o sistema de compras e a participação dos Municípios:

Art. 3º O Programa Caminho da Escola compreenderá a aquisição, por meio de pregão eletrônico para registro de preços, de veículos padronizados para o transporte escolar.

§ 1º A aquisição dos veículos poderá ser feita por meio de:

I - recursos orçamentários do Ministério da Educação;

II - linha especial de crédito a ser concedida pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES; ou

III - recursos próprios dos entes federativos que aderirem ao Programa Caminho da Escola.

§ 2º A participação dos entes federativos no Programa Caminho da Escola será feita por meio de convênio na hipótese do § 1º, inciso I, onde será informada a demanda pelos veículos a serem adquiridos, e por meio de adesão ao pregão eletrônico para registro de preços, nas hipóteses dos incisos II e III daquele parágrafo.

Art. 4º O acesso aos recursos do BNDES, destinados ao Programa Caminho da Escola, dar-se-á mediante

atendimento das exigências e procedimentos definidos pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, por aquele Banco, pela Secretaria do Tesouro Nacional e de acordo com o estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional.

Parágrafo único. Compete ao BNDES, em concordância com o Conselho Monetário Nacional e em função da demanda apresentada pelo Ministério da Educação, definir o montante total da linha de crédito e as condições para financiamento dos bens a serem adquiridos por meio do Programa Caminho da Escola.

Nesse passo, foi em função do fixado pelo artigo 5º do mesmo decreto que o FNDE agiu, promovendo o certame licitatório:

Art. 5º Compete ao FNDE:

I - disciplinar os procedimentos para apresentação de propostas, prazos e critérios para a seleção e aprovação dos beneficiários do Programa Caminho da Escola;

II - definir os modelos e quantidade máxima de itens a serem adquiridos pelo proponente, de acordo com diretrizes territoriais e populacionais;

III - estipular os valores dos veículos a serem adquiridos; e

IV - acompanhar, controlar e fiscalizar o cumprimento das normas estabelecidas para o Programa Caminho da Escola.

Na sequência, mesmo, normatizou a matéria, por intermédio da Resolução CD/FNDE nº 2, de 05 de março de 2009 levando a cabo, ao depois, as licitações pregão eletrônico 01/2009 e 16/2010 (acessíveis pelo link <http://www.fnde.gov.br/index.php/onibus-escolares-precos-registrados>).

Destas licitações, obtidas junto ao site oficial do Governo Federal, se extrai a clara regra de que o FNDE licitou para os Es-

tados e Municípios, e não para si, apresentando os quantitativos – de forma até regionalizada – dos veículos que seriam no futuro adquiridos diretamente pelos próprios entes federados.

Assim, o FNDE agiu para implementar um programa de cunho nacional, para o transporte de alunos, conferindo meios para os Municípios e Estados otimizarem essa compra, nos termos regulamentados pela mencionada resolução.

Não há, portanto, identidade com o sistema de carona criticado anteriormente; e se confusão se faz entre um e outro, somente pode se dar em face de uma comparação perfunctória, apressada, pois realmente há um ponto de similitude entre os procedimentos, que reside no fato de que aqui, tal como no “carona”, a Administração irá adquirir bens a partir de uma licitação que ela própria não realizou.

Mas na sistemática ora sob exame, alguém a realizou em seu nome, a título de dar operacionalidade a um programa de conteúdo nacional, e este alguém, o FNDE, detém competência para isso, tendo licitado em favor de milhares de Prefeituras e dezenas de Estados (o FNDE, diferentemente do que ocorre no “carona”, não licitou para si, diante de suas peculiaridades e necessidades e depois permitiu a terceiros que se beneficiassem de seu certame).

Se não bastasse, a intervenção do FNDE se justifica pelo fato de que com ele se poderá firmar convênio para o repasse de recursos do Ministério da Educação, que consiste em uma das vias de financiamento do progresso (outra forma é a obtenção de crédito especial do BNDES para financiamento da operação).

Aqui não se encontram presentes os cinco problemas comentados no item 3.1 deste trabalho, aptos a considerar ilegal o “carona” (para relembrar, são eles: **desrespeito à legalidade; desrespeito à vinculação ao edital; desrespeito às condições de habilitação; dispensa de licitação em hipótese não prevista em lei; e desrespeito à isonomia**).

A **legalidade** do procedimento encontra-se esclarecida nas normas anteriormente mencionadas; o **respeito ao edital** se verifica da análise dos citados certames realizados pelo FNDE para esse fim, ficando claro que se licitou tendo em vista as futuras contratações por Estados e Municípios, dimensionando as regras de convocação para essa realidade; da mesma forma as **condições de habilitação**, fixadas desde logo pelo edital para o todo do objeto, tendo em vista a aquisição futura por Estados e Municípios, nas quantidades estimadas; as mesmas razões autorizam concluir que **não ocorre ferimento à isonomia**; e, por fim, todo esse contexto conduz a dizer que **inexiste dispensa de licitação**, na acepção do termo, posto que Estados e Municípios acabam sendo verdadeiros participantes da licitação.

Por todo o exposto, é que entendemos que o procedimento adotado por centenas de Municípios e pelos Estados não se confunde com o tão criticado “carona”, sendo procedimento regular, admitido pelas normas de regência, inexistindo óbices a que adquira veículos (ônibus) para o “Programa Caminho da Escola” através do processo de adesão à ata de registro de preços formalizada pelo FNDE, do Ministério da Educação.

São Paulo, 10 de janeiro de 2011.

Marcelo Palavéri
OAB/SP nº 114.164