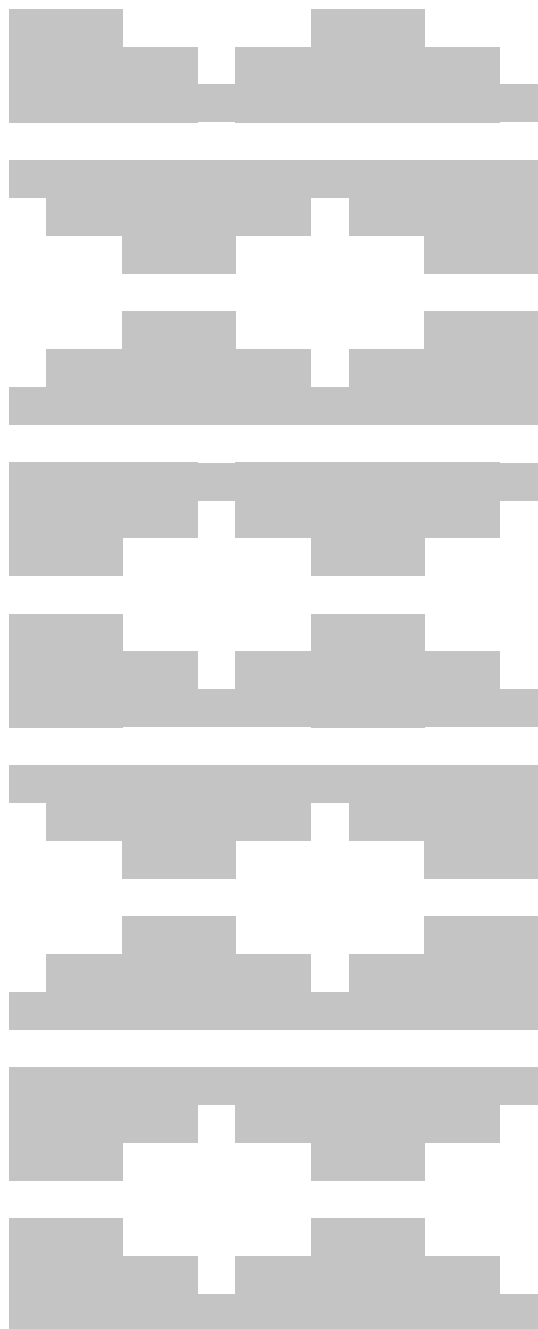


O efeito “carona” no Registro de Preços: um crime legal?

Toshio Mukai



I. Já escrevemos um artigo demonstrando que a figura do “carona”, como se costumou dizer, nas lides licitatórias, é absolutamente inconstitucional. O artigo foi publicado por revistas sérias do País, mas não sentimos que ele tenha despertado na maioria, que o “carona” não pode existir no nosso ordenamento jurídico, constitucional e infralegalmente; simplesmente porque a admissão do “carona” e as aquisições que ele faz sem ter feito licitação, bem como os fornecimentos de quem venceu a licitação do órgão licitador, se constituem em crime, previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993.

O certo é que a novidade se espalhou por vários lugares, como em Brasília, Minas Gerais, etc. Em São Paulo, o Decreto instituidor do Registro de Preços admite até mesmo caronas federais, estaduais e municipais, bem como o inverso, ignorando completamente o nosso sistema federativo.

E o pior de tudo é que, alguns operadores do Direito, que deveriam alertar os órgãos e os servidores públicos quanto ao perigo de serem objeto de ações penais, na maior tranquilidade, têm escrito que o efeito “carona” é legal e salutar para a Administração Pública.

II. Já vimos em alguns escritos, tais manifestações. A seguir, vamos indicar aquelas que conhecemos:

a) TC – 012.294/2006-0 – Prestação de Contas

Acórdão nº 1219/2008 – TCU – Segunda Câmara

Trecho: 1.13 – faça constar nas contratações realizadas mediante adesão a ata de registro de preços, que nos respectivos processos licitatórios realizados pela unidade: a) – que a contratação a ser procedida seja acompanhada de justificativa (sic) que atenda ao interesse da administração, sobretudo quanto aos valores praticados, conforme preceitua o art. 3º, §4º, inciso II, do Decreto nº 3.931/2001 (Acórdão nº 555/2007 – TCU – 1ª Câmara, subitem 2.3.2); b) – justificativa contendo o diagnóstico da necessidade da aquisição; c) – ampla pesquisa de mercado, em equipamento equivalente ou similar, de forma a atender o disposto no §1º do art. 15 da Lei nº 8.666/1993.

Toshio Mukai é Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de São Paulo (USP).

b) Entendimento de um autor, em comentários ao art. 8º do Decreto nº 3.931/2001:

São, pois requisitos para extensão da Ata de Registro de Preços:

1. interesse de órgão **não participante** em usar a Ata de Registro de Preços;
2. avaliação em processo próprio, interno do órgão não participante de que os preços e condições do SRP são vantajosos, fato que pode ser revelado em simples pesquisa;
3. prévia consulta e anuência do órgão gerenciador;
4. **indicação pelo órgão gerenciador do fornecedor**, com observância da ordem de classificação;
5. **aceitação, pelo fornecedor da contratação pretendida**, condicionada essa à ausência de prejuízo aos compromissos assumidos na Ata de Registro de Preços;
6. embora a norma seja silente a respeito, deverão ser mantidas as mesmas condições do registro, ressalvadas apenas as renegociações promovidas pelo órgão gerenciador, que se fizerem necessárias;
7. limitações da quantidade a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata.

c) Entendimentos diversos:

De todo o exposto, pode-se, em síntese, concluir que:

1. O denominado “efeito carona”, previsto no art. 8º do Decreto nº 3.931/2001 é constitucional, por viabilizar os princípios regentes da Administração Pública previstos no art. 37, caput, da CF/88, em especial, o princípio da eficiência, constituindo-se em medida de inegável avanço jurídico.
2. Considerando que o Decreto nº 3.931/2001 tem por fim regulamentar a Lei nº 8.666/93, estabelecendo, por força dos entendimentos doutrinários acima destacados, normas de caráter federal, aplicáveis, pois, somente no âmbito da União, não é possível a adesão interfederativa, por constituir-se em afronta à regra insculpida no art. 18, caput, da CF/88.
3. Por derradeiro, entende-se que o “carona”, por força do art. 58, IV da Lei nº 8.666/93 (art. 58, IV – a Administração, em relação aos contratos administrativos pode aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste-transcrição nossa) é o responsável pela aplicação de penalidades administrativas à pessoa jurídica contratada que inexecute, total ou parcialmente, o objeto contratual.

Quanto aos demais autores que inocentemente adotam como sendo natural a figura do “carona”, transcreve-se dizeres de alguns deles:

1. Adesão à ata de registro de preços, apelidado de carona, é o procedimento por meio do qual um órgão ou entidade que não tenha participado da licitação que deu origem à ata de registro de preços adere a ela e vale-se dela como se sua fosse, sendo-lhe facultado contratar até cem por cento do quantitativo nela registrado. [O autor, neste ponto apenas conceituou a figura do carona.]

2. Por outro lado, também não se pode negar que a figura do “carona” cria para os fornecedores registrados, uma expectativa extraordinária de fazer negócios não só com a Administração que fez o registro, como também com toda a Administração Pública (acrescentamos nós: ver conceito no inciso XI do art. 6º da Lei nº 8.666/93). Ser declarado vencedor de uma licitação para registro de preços, realizada por qualquer órgão ou entidade da Administração, em qualquer local do Brasil, gera a possibilidade de fazer inúmeros outros negócios com o mesmo bem ou serviço, independentemente da participação em outros processos licitatórios. [Essa assertiva, parece-nos, contém um tom de crítica, porque, em outro lugar o mesmo autor assim se manifesta:]

Nosso posicionamento pessoal é no sentido de que o “carona” só poderia ser instituído na ordem legal por expressa disposição de lei. Da mesma forma como todas as demais inovações criadas pelo Decreto nº 3.931/01, já comentadas anteriormente, a criação da figura do órgão/entidade que se aproveita de uma licitação da qual ele não realizou e nem dela participou por qualquer meio não poderia ser feita por um diploma legal que não tem competência para tal. Assim, como posto atualmente, o “carona” fere profundamente a ordem legal.

[Fomos também informados do seguinte:]

(...) o TCU, no Acórdão nº 1487/2007, efetuou Recomendação, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, a fim de que este órgão estabelecesse normas – parâmetros, de modo a limitar, ou mesmo expurgar, o “efeito carona” do ordenamento jurídico pátrio.

O MPOG apresentou pedido de reconsideração ao TCU, que ainda não foi respondido por aquele órgão de controle.

Outro autor manifestou-se sobre o “carona”.

Nesse artigo, dentre outras coisas, o autor escreve:

A previsão do uso por outros órgãos da Administração dos preços registrados, considerando que a matéria não é de natureza de norma geral, **pode ser instituída pelos entes da federação, através da lei específica.**

A utilização do registro de preços por outros órgãos **que não participaram da licitação**, portanto, sem previsão de quantidade no instrumento convocatório, mostra-se incompatível com o princípio da impessoalidade, na medida em que muda a regra fixada no edital inicial, independentemente do volume.

O sistema de registro de preços se ajusta perfeitamente ao princípio de eficiência, na medida em que reduz os custos das repetidas licitações e gera economia pela aquisição em escala.

III. Percebe-se que aqueles que defendem a figura do “carona”, e, até mesmo aqueles que lhes fazem restrições (tem que haver lei, tem que indicar os recursos, não pode existir de outros entes da federação, etc.), não visualizaram o principal defeito do Decreto nº 3.931(ANO) e, principalmente, o do Decreto nº 4.342/2002 (este que criou o “carona”: em que um órgão/entidade fica autorizado a comprar de alguém que nem conhece (porque não participou da licitação realizada pelo agente gestor) e o vendedor, quanto ao que vai lhe vender, não venceu nenhuma licitação.

Portanto, o que ocorre aí é claríssimo: uma compra feita por um órgão, sem licitação (porque o órgão não fez licitação) e o vendedor, por isso mesmo, relativamente ao que vai lhe vender, não venceu licitação nenhuma, simplesmente porque esta inexistiu.

E, diz o art. 89 da Lei nº 8.666/1993:

Seção III – Dos Crimes e das Penas

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 o contrato com o Poder Público.

Destarte, o que o art. 8º autoriza, em realidade, é o cometimento de um crime de licitação. Tudo o mais, como, eficiência, ganho de tempo, não repetição de licitações, etc., decantados pelos defensores desse verdadeiro crime “legalizado”, caem por terra.

Por outro lado, falou-se muito em “caronas” federais, estaduais e municipais, até havendo defensores dessa idéia.

Isto violenta brutalmente o sistema federativo e, portanto é inconstitucional.

Se até mesmo um projeto de Emenda Constitucional nem sequer pode ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional, se tender a abolir: I – a forma federativa de Estado (art. 60, §4º, I da CF/88), quanto mais um simples decreto (como um Decreto que criou o Governo do Estado de São Paulo, a figura do “carona” e ainda essa excrescência constitucional que ignora o sistema federativo) pode fazê-lo.

Quanto a questão da constitucionalidade ou não da figura do “carona” é o Decreto nº 3.931(ANO), nesse aspecto, absolutamente

inconstitucional, eis que viola frontalmente o inciso XXI do art. 37 da CF/88.

Com efeito, reza o referido inciso:

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(...).

Verifica-se que o texto constitucional, em outras palavras, diz o seguinte: qualquer obra, serviço, compra e alienação só podem ser **contratados mediante processo de licitação pública**, ressalvados os casos especificados (de dispensa ou de inexigibilidade) na legislação; portanto cada contratação daquelas, em princípio, somente poderá ser efetuada através de processo de licitação levado a efeito pelo órgão/entidade que pretende tais contratações.

E, nesse sentido, esclarece o art. 2º da Lei nº 8.666/1993: “As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratados com terceiros, **serão necessariamente** precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

Ora, se se entende por Administração Pública, segundo o inciso XI do art. 6º, “a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”, é fora de dúvida que cada um desses órgãos e entidades, nos termos do inciso XXI do art. 37 da CF/88, terão que efetivar licitações para as **suas** contratações. Não há lugar para um órgão/entidade se aproveitar de uma licitação efetuada por outro órgão/entidade, mesmo porque o ordenamento jurídico pátrio inadmitte que um órgão ou entidade efetue contratações sem efetuar ou participar de uma licitação, eis que, além de tudo o que já foi aqui dito, o fornecedor estará vendendo o bem requerido pelo órgão ser tem vencido nenhuma licitação, o que, somente poderia ocorrer nos casos de dispensa (art. 24 da Lei nº 8.666/1993) e/ou de inexigibilidade (art. 25 da mesma Lei).

Portanto, a hipótese ventilada se enquadraria perfeitamente nessas disposições, ou seja, nenhum órgão ou entidade pode se valer de licitação efetuada por outro órgão, sem dela ter participado. Mormente em se tratando de compras, que, de acordo com o art. 14 da Lei nº 8.666/1993 é exigido que o órgão interessado **indique os recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.**

Em outros termos, o órgão que vai licitar tem de indicar os recursos orçamentários que lhes tocam e não de outros órgãos; além disso, o

“carona” não pode indicar os recursos seus numa licitação feita por outro órgão porque seria alterar a lei orçamentária por simples ato administrativo. Ademais, como isto não é possível de ocorrer, juridicamente, o “carona” vai indicar recursos orçamentários seus fora da licitação, o que viola o art. 14 mencionado, uma vez que esse artigo, embora não seja expresso, está referido às licitações para compras.

Por todo o exposto, com a devida vênia dos autores que passaram por alto sobre tais questões, entendemos:

- a) que a figura do “carona” não pode existir no ordenamento jurídico pátrio, posto que é ele ilegal e inconstitucional;
- b) o efeito “carona” leva ao cometimento do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993, eis que há aí compras sem licitação (o “carona” não faz licitação e o vendedor ao vender-lhe algo, não venceu nenhuma licitação para poder efetuar-lhe tal venda).