

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO TRIBUNAL DE
CONTAS DA UNIÃO – VALMIR CAMPELO**

DD. Relator do Processo nº. TC-008.840/2007-3

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, sob o CNPJ nº. 00.489.828.0001/55, sediada na Esplanada dos Ministérios, Bloco C, 3º andar, gabinete, CEP 70046-900, Brasília – DF, representado neste ato pelo Secretário Rogério Santana dos Santos, qualificado nos autos, vem, com fulcro no art. 48 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992, e, também, no art. 286, do Regimento Interno dessa E. Corte de Contas, respeitosamente, interpor o presente

PEDIDO DE REEXAME

face ao v. Acórdão nº. 1487/2007-Plenário, exarado no bojo do Processo em epígrafe, cujo teor determina ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que:

9.2.2. adote providências 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.

DOS FATOS

I – dos fundamentos do Acórdão nº. 1487/2007-Plenário/TCU

De forma bastante objetiva, explicita-se a seguir os pontos fundamentais erigidos pelos órgãos partícipes do processo decisório dessa Corte – Secretaria de Controle Externo, Ministério Público e Plenário, este representado pelo Ministro Relator – para posterior enfrentamento pontual.

Desde os primórdios desígnios de concepção da presente peça processual, tem-se consciência de que V. Exa. é quem possui o mais profundo conhecimento do conteúdo do r. Acórdão protestado. Para melhor entender o enfrentamento que se propõe a esse *decisum*, no entanto, é necessário resgatar, de seu inteiro teor, os fundamentos erigidos pela Secretaria de Controle Externo – SECEX-4, atuando, então, na qualidade de representante, bem como pelo Ministério Público junto ao TCU e do próprio voto relator.

Isso porque, como se demonstrará, ambos trouxeram à baila fundamentos distintos de argumentação, mas em sentido convergente ao consubstanciado no Acórdão.

I.i – dos fundamentos da 4ª Secretaria de Controle Externo

A 4ª Secretaria de Controle Externo, ao propor a necessidade de reformulação da regulamentação do Sistema de Registro de Preços, pelo Decreto nº. 3.931, de 19 de setembro de 2001¹, fundamenta sua representação asseverando objetivamente que:

25. Contudo, na minha opinião, com o advento do registro de preço e da possibilidade de adesão sem limites à respectiva ata, pela estreita via do decreto regulamentar, criaram-se as condições para que o vencedor de uma única licitação celebre múltiplos contratos com órgãos da administração. Tal faculdade, se exercida, viola diretamente, na prática, os citados princípios constitucionais e legais, além de propiciar infringência aos da eficiência, impessoalidade e moralidade.

[...]

E conclui que:

36. Finalmente, entendemos que a atual regulamentação do Sistema de Registro de Preços, por meio do Decreto n.º 3.931/01, ao permitir a adesão ilimitada de órgãos e entidades às atas de registro de preços, **afronta o princípio da competição**, uma vez que a partir de uma única licitação múltiplos contratos são celebrados, estendendo-se a cada participante o limite de 100% do quantitativo inicialmente registrado.

¹ Publicado no Diário Oficial da União, dia 20 de setembro de 2001.

Destarte, em resumida síntese dos argumentos apresentados, verifica-se que a r. 4ª SECEX entende que a possibilidade de adesão às atas de registro de preços constitui afronta ao princípio da competição, **porquanto permite que múltiplos contratos sejam celebrados a partir de um único certame.**

I.ii – dos fundamentos do Ministério Público junto ao TCU

Em síntese, o representante do *parquet* alinha-se ao entendimento da 4ª Secex, acima aludido, de que a permissão ilimitada de adesões às atas de registro de preços afronta os princípios da competição e da igualdade. Acrescenta, porém, em seus fundamentos, que:

Ademais, utilizando-se como exemplo o caso em questão, não parece razoável considerar que uma licitante que apresentou proposta de R\$ 32 milhões possa celebrar contratos com a Administração Pública que totalizem quase R\$ 2 bilhões. **De fato, caso todas as possíveis contratações ocorressem tendo como objeto as quantidades máximas registradas na ata, também restaria claro a afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade.**

Nesse sentido, parece claro que o Ministério Público junto à essa E. Corte acrescentou o fato de que a possibilidade de as contratações decorrentes de adesão às atas de registro de preços alcançarem montante consideravelmente superior ao da contratação originária constitui afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

I.iii – dos fundamentos do voto do Ministro Relator

Por fim, o voto relator, de lavra de V. Exa., acrescenta que:

Para além da temática principiológica que, por si só já reclamaria a adoção de providências corretivas, também não pode deixar de ser considerada que, num cenário desses, a Administração perde na economia de escala, na medida em que, se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas.

Para chegar a tal conclusão fundamentou-se tal discernimento na doutrina do brilhante advogado Marçal Justen Filho, que, na oportunidade de sua obra, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, teceu breves críticas ao próprio Sistema de Registro de Preços e a ausência de definição de quantitativos mínimos.

Alega-se, assim, que a insegurança passada ao particular, com a indefinição do quantitativo que Administração de fato adquirirá ao longo da vigência da ata, torna-o compelido a não alocar em sua proposta todo o

desconto que seria possível pela economia de venda em larga escala – o que traz ao certame uma “concorrência” de preços médios.

DO MÉRITO

Como se pode verificar, os fundamentos principais utilizados como embasamento da r. decisão recorrida se sintetizam em:

a) permitir-se ilimitadas adesões às atas de registro de preços, o que afrontaria os princípios da competição e da igualdade de condições entre os competidores;

b) não ser razoável, por exemplo, que um licitante que apresenta proposta de R\$ 32.000.000,00 (trinta e dois milhões de reais), para um processo licitatório, possa chegar a celebrar diversos contratos que totalizem R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais); e

c) a Administração perde em economia de escala: a questão de o Sistema de Registro de Preço não limitar aquisição de quantitativos mínimos concorre para que o particular não faça sua proposta considerando o menor valor, e sim um valor médio. A Administração paga por um valor maior do que se realizasse uma licitação com grande e certo quantitativo, onde o particular poderia formular seu preço sobre o verdadeiro lucro obtido com economia de escala.

Nesse sentido, a r. decisão recorrida é bem fundamentada e merece louvor, por delinear-se, em todo seu conteúdo, sobre a persecução do interesse público, principalmente, pela economicidade para a Administração.

De outro modo, porém, entende-se necessário que se oportunize o confronto às concepções de discernimento exaradas, tendo em vista que, embora constituídas por arrebatador sentimento de justiça, podem estar erigidas sob alicerces que não os mais seguros para a Administração, o que, em largo âmbito de aplicação, poderá ensejar sérios prejuízos.

Nesse sentido, na presente peça recursal, primeiramente se propõe a análise dos fundamentos basilares do Sistema de Registro de Preços e suas vantagens. Posteriormente, entende-se necessário abordar a figura das adesões às atas de registro de preços por órgãos não participantes – caronas, para que o contraditório aqui exercido tenha uma concepção ampla de toda a sistemática envolvida nas contratações por Sistema de Registro de Preços, bem como da vantajosa possibilidade de adesões às atas.

Por fim, já de posse de todo o acervo necessário para o mais salutar contraditório, levando em conta a grande relevância do tema em debate para toda a esfera administrativa federal, propõe-se o confronto material dos fundamentos que erigem a r. decisão recorrida com outros, buscando amparo em pesquisas de rotinas administrativas.

I. – do Sistema de Registro de Preços – noções gerais

O Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação 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.

Em objetiva síntese, trata-se de um procedimento especial, porque efetiva todas as garantias de uma licitação, mas não obriga a Administração a adquirir o produto ou serviço. Embora o licitante esteja vinculado ao preço que ofertou em sua proposta, a Administração não é obrigada a adquirir o seu produto.

Nada obstante a aparência de ser esta mais uma situação de privilégio para a Administração face ao particular, o legislador não tratou a situação com arbitrariedade, mas, sobretudo, por meio da flexibilização de algumas garantias e deveres inerentes ao processo.

No dizer do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “há no conjunto uma reciprocidade de obrigações que tanto flexibiliza o negócio, como lhe dá eficácia. Essa engenhosa harmonia cria um eficiente sistema de equilíbrio”².

A exemplo:

- a Administração não está obrigada a comprar;
- o licitante tem o dever de garantir o preço, salvo supervenientes e comprovadas alterações dos custos dos insumos;
- a Administração não pode comprar de outro licitante que não seja aquele que ofereceu a melhor proposta;
- o licitante tem a possibilidade de exonerar-se do compromisso assumido na ocorrência de caso fortuito ou força maior³.

Nesse contexto, o Sistema de Registro de Preços é *sui generis* procedimento da licitação, porque a Administração está vinculada, em

² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Sistema de Registro de Preços e Pregão. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 34.

³ Na forma preconizada no §2º, art. 13, do Decreto nº. 3.931/2001.

termos, à proposta do licitante vencedor, na exata medida em que juridicamente o licitante também se vincula. De um lado, a Administração tem a garantia de que não está obrigada a comprar; de outro, o licitante admite a certeza de que o compromisso assumido não é eterno.

O Sistema de Registro de Preço poderá ser realizado pela modalidade pregão ou concorrência, o que, de igual modo, lhe garantirá as características de:

- **máxima competitividade**, porquanto o procedimento não é restrito a convidados ou cadastrados;

- máxima publicidade, sendo veiculado ato convocatório na imprensa oficial. A propósito, o Decreto nº. 5450, de 31 de maio de 2005, que regulamenta o pregão eletrônico, estatui que independentemente do valor licitado deve ser dada a máxima publicidade quando for destinado ao registro de preços, conforme art. 17, § 6º.

Sem dúvida, também, o Sistema de Registro de Preço garante a eficiência e isonomia, porque numa licitação, por exemplo, que tenha por objeto a aquisição de centenas de itens de material de expediente, para atender às necessidades da Administração durante um exercício, pequenos proprietários poderão cotar os produtos de suas especialidades, iniciando, assim, a atividade de negociar com a Administração.

Destarte, é um procedimento amplamente isonômico, porque **amplia a competitividade**, parcelando o objeto e, por conseqüência, otimizando a possibilidade de obtenção de proposta mais vantajosa.

I.i – das vantagens do Sistema de Registro de Preços

As vantagens do Sistema de Registro de Preço são amplamente comprovadas na Administração Pública, de modo prático, por seus usuários diretos e mais corriqueiros, os servidores públicos. São todas, portanto, efetivas e práticas vantagens.

Para ainda melhor instrução deste recurso, adotar-se-á como modelo de paradigma duas licitações relevantes – a utilizada por essa E. Corte como fundamento da decisão sob exame, Pregão nº. 16/2005; e o Pregão nº. 124/05, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – referente à aquisição de microcomputadores⁴.

Pela objetividade processual, contudo, cita-se somente as vantagens de maior representatividade econômica para a Administração:

a) da desnecessidade de dotação orçamentária

⁴ Anexo 1 - Registro de adesões – Pregão nº. 124/05 – do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Com a adoção do Sistema de Registro de Preços, a Administração deixa a proposta mais vantajosa previamente selecionada, ficando no aguardo da aprovação dos recursos orçamentários e financeiros, tão-somente, para o momento da aquisição, que se faz de forma quase que imediata e eficiente. Não há desperdício de recursos imprescindíveis à Administração – o administrador público pode realizar aquisições de materiais e serviços até o último dia do exercício orçamentário.

A revista Negócios Públicos, ao tratar de Governança corporativa, coloca o Sistema de Registro de Preços como segundo elemento de eficácia, só perdendo para o pregão.

b) da redução de volume de estoques

Excetuando-se os produtos perecíveis, que podem ser fornecidos até no mesmo dia, a regra nos Sistema de Registro de Preços implantados, conforme estudo realizado, reduziu, em média, numa só instituição, 70% dos estoques, com nível de satisfação entre bom e ótimo das unidades requerentes.

Após sua implantação, escassearam as notícias de perdas de medicamentos e alimentos na imprensa oficiosa.

c) da eliminação dos fracionamentos de despesa

Com o Sistema de Registro de Preços, o problema do fracionamento da despesa deixa de existir, porque se faz uma ampla concorrência ou pregão de tudo o que se quer comprar no exercício e o que faltar poderá ser então enquadrado na modalidade pertinente de licitação ou contratação direta.

O carona tem ainda outra vantagem, porque pode a cada período aderir atas distintas.

d) dos tempos recordes de aquisição

Com preços registrados a autoridade requisita a compra do bem e é atendida com um prazo de até uma semana. Isso reduz o encargo administrativo das entidades e órgãos, que tem de realizar inúmeras licitações por ano para aquisições e contratações pequenas de materiais de consumo periódico e contínuo, ou serviços. **Para o carona, o processo é ainda mais célere.**

e) da redução do número de licitações

Com a possibilidade de aquisições parceladas, conciliada a um bom planejamento, sem dúvida, reduziu-se muito o número de licitações realizadas.

Da mesma forma, ao reduzir o número de licitações, reduz-se o número de recursos administrativos – materiais e humanos -, barateando o custo da licitação.

Quando admitida a carona, esses benefícios adquirem feições exponenciais. Usando a mesma licitação citada de exemplo na decisão dessa E. Corte, verifica-se que a Administração Pública ganhou com a redução de 60 processos licitatórios. No caso do Pregão nº. 124/2005-TJMG, foram economizados 120 processos licitatórios.

f) da atualidade dos preços da aquisição

No Sistema de Registro de Preço deve ser previsto o modo de atualização dos preços de forma periódica, garantindo o aproveitamento da sazonalidade dos preços, as ofertas etc.

Para cada carona é condição à adesão comprovar-se a vantagem para a Administração. Portanto, se um Sistema de Registro de Preço tem muitos e sucessivos caronas, o gerenciador tem certeza que o preço continua sendo vantajoso. Do mesmo modo, cada carona está ratificando a vantajosidade anterior.

Na licitação do Ministério da Saúde, fundamento da decisão, não ocorreu qualquer sobrepreço ou superfaturamento. Nem mesmo representação por parte de particulares interessados.

g) da participação de pequenas e médias empresas

A participação de pequenas e médias empresas é significativamente prestigiada com o Sistema de Registro de Preços, porque os itens passam a ser autônomos e com lotes de aquisições de dimensões diferentes. Com isso ganha, também, a Administração, com a ampliação da **competitividade**.

Destarte, incontestável que o Sistema de Registro de Preço traz representativa economia para administração, tanto pelo aspecto de sua competitividade – de ampla publicidade, a nível nacional, com a qualidade de parcelamento e divisão em lotes –, que proporciona economia direta para a administração, no preço da aquisição, como pelo seu aspecto processual *sui generis*, que proporciona economia indireta para administração, na redução de custos administrativos.

O carona, de modo inverso ao que se afirma, é totalmente contrário ao cartel, pois permite que uma empresa pequena “fure” o conluio e venda mais barato para toda a Administração Pública.

De fato, no cartel os empresários loteiam os órgãos públicos; no SRP-carona, basta que um empresário, em qualquer parte do país, não compactue com o cartel e venda mais barato, para que toda a

Administração possa se beneficiar da proposta não “cartelizada”. Pois o cartel significa a dominação de mercado por um determinado grupo de grandes empresas, que agem em conluio para dominar o mercado.

Seria mais razoável, destarte, invocar que o carona gera monopólio, mas, o que também não seria verdade, pois o monopólio configura-se em um único fornecedor, e que este é quem determina o preço, não ocorrendo este fato no SRP, pois a ata foi procedida de uma licitação pública, da qual houve oportunidade de participação de qualquer interessado em ofertar preços.

Complementramente, cabe esclarecer que **as atas têm prazo de validade legalmente estabelecido e há a possibilidade de representação por qualquer interessado, desde que a adesão não se mostre vantajosa, conforme o art. 113, § 1º, da Lei nº. 8.666/1993**, bem como não tem a Administração obrigação de adquirir exclusivamente daquela empresa registrada na ata se no mercado houver possibilidade de aquisição mais vantajosa.

I.iii – do art. 8º, do Decreto nº. 3.931/2001 – possibilidade de aderir às Atas de Registro de Preços

Acertadamente, o Decreto nº. 3.931/2001 estendeu a possibilidade de utilização da Ata de Registro de Preços àqueles órgãos e entidades da Administração pública que não tenham participado do Sistema de Registro de Preços.

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:

- interesse do carona em usar a Ata de Registro de Preços;
- avaliação em processo próprio interno do carona, de que os preços e condições do Sistema de Registro de Preço são vantajosos;
- prévia consulta e anuência do órgão gerenciador;
- indicação, pelo órgão gerenciador, da contratação, com observância da ordem de classificação;
- aceitação pelo fornecedor da contratação pretendida, condicionada esta à ausência de prejuízos aos compromissos assumidos na Ata de Registro de Preços;

- deverão ser mantidas as mesmas condições do registro;
- limitação da quantidade a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata;

De fato, o que amplia a competitividade do Sistema de Registro de Preço ainda mais é a possibilidade de adesão às atas. É notório que um dos objetivos principais do particular interessado em um certame de registro de preços é a possibilidade de vender para outros órgãos da Administração, sem burocracia e com celeridade.

Assim, certamente a possibilidade de adesão diminui o valor das contratações, pois é certo que os concorrentes se esmerarão ao máximo para vencer a concorrência. **O ganho da economia da escala já é oferecido pelo licitante, fato que põe por terra o argumento contrário adotado como fundamento de decidir.**

II – da contraposição aos fundamentos do Acórdão

Como aludido, considerações fundamentais expostas, procedese, pontualmente, ao enfrentamento dos fundamentos exarados no v.Acórdão recorrido:

II.i – da ofensa à isonomia

“...a permissão ilimitada de adesões às atas de registro de preços afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os competidores...”

A idéia de que a ausência de limite para adesão às atas afronta os princípios da competição e da igualdade, *permissa venia*, é fruto de uma incompreensão sistêmica e mais ampla do instituto do Sistema de Registro de Preço e do “carona”.

A uma, porque a própria ata de registros é fruto de um certame altamente competitivo. O Sistema de Registro de Preços, como demonstrado, tem publicidade e amplitude nacional, determina o parcelamento do objeto em lotes, quando possível, e, na maioria das vezes, é realizado por meio de pregão, o que, com a possibilidade de lances, incontestavelmente é a modalidade mais competitiva de licitação.

A duas, porque a adesão não é livre como se pretendeu demonstrar. Conforme o art. 8º, do Decreto nº. 3.931/2001, a Lei expressamente impõe requisitos à adesão de não participantes (carona), dentre os quais constam os de que: **os preços e condições do Sistema de Registro de Preço sejam os mais vantajosos e a limitação da quantidade a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata.**

Não se pode olvidar, também, o preceito normativo de que a vigência da ata é de um ano, o que enfraquece a tese de que um licitante poderá se perenizar como contratante da Administração⁵.

A três, não tem procedência, ainda, o presente fundamento, porquanto existe a possibilidade de que um particular interessado impugne qualquer adesão a uma ata registrada, caso tenha condições de oferecer um preço melhor, ou represente ao Tribunal de Contas⁶.

Por outro lado, deve-se registrar quanto à vantagem que a possibilidade de adesão traz para a competitividade no Sistema de Registro de Preços. Isso porque um dos grandes objetivos do licitante em Sistema de Registro de Preços - se não for o maior! – é a possibilidade de vender para outros órgãos da Administração, com celeridade e sem precisar enfrentar outra “odisséia” para demonstrar que seu preço é o melhor.

Destarte, ante a essa possibilidade instigante para o particular, todos ficam incentivados a esmerar-se ao máximo para vencer o certame. De outro modo, limitar a adesão, sim, é que pode acabar por reduzir a competitividade dos certames em Sistema de Registro de Preços, diminuindo o interesse do particular em participar mais vigorosamente.

A possibilidade de adesão só afrontaria os princípios da isonomia e da competitividade se fosse inserida depois da licitação; mas, ao contrário, todos sabem, desde o início do certame, que a proposta é válida e extensível a todos, enquanto for vantajosa.

II.ii – da irrazoabilidade da indefinição da demanda

“...não é razoável que um licitante que apresenta proposta de R\$ 32.000.000,00 (trinta e dois milhões de reais), para um processo licitatório, possa chegar a celebrar diversos contratos que totalizem R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais)...”

Pede-se vênias por discordar, também, quanto a esse argumento externado pelo Ministério Público. Vendo de outro modo, a situação acima descrita parece ser favorável tanto para a Administração como para o particular.

Ora, se a Administração estabelece um certame licitatório em que o particular, vencendo, poderá chegar a multiplicar várias vezes sua venda, isso, de fato, assegurará que o certame será altamente competitivo e econômico para a mesma.

⁵ Decreto nº. 3.931/2001, art. 4º, *caput*.

⁶ Art. 41, §1º; e art. 113, §1º, da Lei nº. 8.666/1993

Chega-se a essa conclusão pelo silogismo lógico de que quanto mais competitiva a licitação, mais barato é o preço final – principalmente em se tratando da modalidade pregão!

Ademais, por todas as facilidades e economias que a adesão às atas traz para a Administração – economia com recursos humanos, redução do número de licitações, aquisições quase que imediatas, garantia de menor preço, possibilidade de trabalhar com estoque mínimo, entre outros já citados – esse procedimento vai ao pleno encontro dos princípios da economicidade e da eficiência administrativa, enraizados no art. 37 da Carta Magna Federal.

Com efeito, a possibilidade de que o particular multiplique o valor de suas contratações incentiva o crescimento da economia, o surgimento e sobrevivência de pequenas empresas, bem como a redução das desigualdades sociais – todos princípios fundamentais da atividade econômica, consagrados no Título VII, Capítulo I, da Constituição Federal vigente.

Considerando esses fatores, elevando, pois, o verdadeiro e autêntico interesse público, o Sistema de Registro de Preços é mais uma extraordinária ferramenta de gestão. Veja-se o depoimento espontâneo de alguns servidores públicos que lidam diretamente com o Sistema⁷, sobre carona:

Sr.^a. Mairma Alves de Farias, Coordenadora de compras do Departamento de Administração de Materiais e Serviços, da Embrapa:

O advento do sistema de registro de preços foi um benefício sem tamanho para a administração pública em geral, considerando a racionalização de trabalho, a economicidade, a agilidade, dentre outros. A interpretação de enriquecimento do fornecedor, na minha visão, não procede, visto que a regra é previamente conhecida e a administração tem em sua frente um produto devidamente licitado, que, em decorrência da quantidade estimada licitada, tem preços infinitamente melhores que os licitados, pela mesma administração pública, em quantidades bem menores.

Sr.^a. Denise Hollanda C. Lima, do Controle Interno - TRT-1^a

Região:

O procedimento questionado trouxe para a Administração Pública agilidade nunca antes conseguida, acabando, inclusive, com as ilegalidades de fim de ano em face da liberação de última hora de recursos, tão comum especialmente no âmbito da União. É, sem dúvida, um

⁷ Todos os depoimentos foram colhidos de pesquisa elaborada pelo portal www.jacoby.pro.br.

importante instrumento para o alcance da tão sonhada eficiência na gestão pública. Esperamos que seja encontrada uma solução adequada pelo Ministério do Planejamento.

Sr^a. Fátima Conceição de Araújo Alves Ferreira, do Banco do Estado do Pará:

Entendo ser absolutamente consonante com o princípio da eficiência a adesão, pelos diversos órgãos da Administração Pública nas distintas esferas, às atas de registro de preços regularmente constituídas pelas entidades licitantes. O risco de perenização de fornecedores não se apresenta verdadeiro em razão das atas possuírem prazo de vigência e, ao se obter uma condição mais vantajosa à Administração, nada mais propício do que disseminar esta vantagem aos demais entes da Administração Pública. Todos somos sabedores que o rito de uma licitação demanda tempo e custo para sua conclusão, e, ao aderir à ata de registro de preços, os esforços da Administração poderão ser despendidos para outras atividades com o fito de melhor atingimento do interesse público. Como sugestão às entidades que aderem à atas, deve constar do processo que a condição de adesão se apresenta mais vantajosa mediante comparação a uma possível realização do certame licitatório.

Ciente das divergências jurisprudenciais e doutrinárias, espero que não seja obstada a utilização deste grande benefício às contratações pelos entes da Administração Pública.

Nesse sentido, não há qualquer óbice de ordem legal ou moral a que o particular venda para diversos órgãos da Administração e obtenha lucro com isso, se estiver garantindo, por outro lado, o menor preço. Essa situação, para os dois lados, significa interesse público.

II.iii – da economia de escala

“... não pode deixar de ser considerado que, num cenário desses, a Administração perde na economia de escala, na medida em que, se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas.”

Nada obstante considerar que essa é uma das críticas mais substanciais do r. Acórdão vergastado, razoável em exame perfunctório, é inegável que perde substância face aos fatos e acontecimentos decorrentes da disseminação do Sistema de Registro de Preços na Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

Tal crítica, defendida por doutrinadores da maior credibilidade, e agora sob amparo da maior e mais preparada instância administrativa da federação, o Tribunal de Contas da União, de fato, merece ser recebida sob dois aspectos: 1- é uma crítica contra o próprio Sistema de Registro de Preço, e não ao “carona”; e 2- é uma suposição sem maior consistência, diante de todas as prerrogativas do Sistema de Registro de Preços, suas vantagens e realizações na Administração, desde sua aplicação em maiores amplitudes.

Quanto ao primeiro aspecto, não se pode negar que a ausência de quantitativos mínimos é uma crítica ao Sistema de Registro de Preços, enquanto procedimento especial de licitação. Isso porque a questão dos quantitativos mínimos pertence à fase da disputa, propriamente dita, e não à adesão das atas⁸.

Registre-se, contudo, que não é um impedimento legal a fixação dos quantitativos mínimos de aquisição em um edital de SRP, tão-somente, não se aconselha, tendo em vista que essa é uma das características mais relevantes do sistema⁹.

A uma, porque é justamente a não fixação de quantitativos mínimos que permite a licitação sem previsão orçamentária. A duas, porque é certo que os licitantes também têm prerrogativas correspondentes à ausência de tais obrigações da Administração.

Ademais, o próprio doutrinador Marçal Justen Filho, reconhece a fragilidade do argumento quando trata da aplicação do SRP, principalmente, para a contratação de serviços. *In verbis*:

Mas há situações diversas, em que a dimensão dos serviços é impossível de ser determinada de antemão e a aplicação do art. 57, II, não é suficiente para assegurar ao Estado o desempenho satisfatório de suas funções. Assim, por exemplo, suponham-se, por exemplo, os serviços de manutenção de ruas ou limpeza de galerias de tais serviços. **Se a Administração realizar licitação com indicação precisa a propósito do objeto, acabará deixando de atender necessidades relevantes para o interesse estatal. (Destacado).**

Essa própria Corte de Contas, para a realização de compras, tem entendido também pela vantagem do SRP, conforme se pode observar pelo Acórdão nº 3.580/2007-TCU-1ª Câmara, *verbis*:

1.3. determinar ao Serviço Social do Comércio - Administração Regional em Roraima que:

⁸ Nunca é demais consignar que toda atitude inovadora é digna de críticas, até mesmo pelas dificuldades de implantação e busca por resultados, altamente contributivas ao aperfeiçoamento do ser humano.

⁹ O Conselho da Justiça Federal, por exemplo, garante em seus Registros de Preços a qualidade mínima de aquisição.

[...]

1.4. recomendar ao Serviço Social do Comércio - Administração Regional em Roraima que avalie a oportunidade e a conveniência de se adotar o Sistema de Registro de Preços (SRP), **principalmente para as compras realizadas com frequência e para aquelas de difícil definição prévias de quantitativos.** (destacado)¹⁰

Quanto ao segundo aspecto, não é esta a melhor correspondência com a realidade dos fatos. Pesquisas indicam que a implantação do Sistema de Registro de Preços trouxe enorme economia para a Administração e vem sendo cada vez mais disseminado na esfera das contratações públicas.

Um dos fatores que mais contribuem para isso, inclusive, é a possibilidade de adesão às atas registradas, que indiscutivelmente aumenta o interesse de particulares em participar do certame, diminui os preços registrados, e reduz o número de licitações como encargo da Administração.

Tenham-se os seguintes exemplos, colhidos ao correr da pena:

O Estado do Piauí noticiou que em 2004 implantou o sistema. Em três anos foram economizados mais de R\$ 65 milhões. Só no primeiro ano a economia foi de R\$ 16 milhões e, em 2005, de R\$ 27.189.118,55 milhões.¹¹

Graças ao instituto do carona, a Polícia Federal adquiriu no SRP do Piauí coletes de proteção para os Jogos Pan-americanos/2007, a preços muito menores do que os praticados, em tempo recorde e viabilizando a segurança.

Isso, considerando a economia gerada sobre os preços registrados, bem como com a redução de despesas administrativas com manutenção e conservação de grandes estoques e redução do número de licitações.

Da mesma forma, divulgou o Governo do Estado de Sergipe, que obteve uma economia de exatos R\$ 1.101.194 na aquisição de material de informática. Divulga a Secretaria de Administração do Governo Estadual que somente em “fevereiro deste ano foi feita a primeira revisão nos preços e o Estado conseguiu uma economia de aproximadamente R\$ 165 mil”¹².

¹⁰ TCU. Processo nº. TC-013.379/2006-3, Acórdão nº. 3.590/2007- TCU-1ª Câmara. Sessão de D.O.U de 22.11.2007, p. 130.

¹¹ Fonte: www.sead.pi.gov.br – 03.08.2006

¹² Fonte: www.sead.se.gov.br – 07.05.2007

Entre os equipamentos que obtiveram a redução estão os pontos de acesso de rede, impressoras a laser, computadores, que tiveram um desconto de R\$ 1.600 para R\$ 1.398, e servidores de departamento, que caíram de R\$ 6.999 para R\$ 5.998.

E mais vultosos são os números de Pernambuco. Em 21 de setembro deste ano, o Governo do Estado, por meio da Secretaria de Administração, concluiu o Registro de Preços para a compra de softwares. O processo garante a possibilidade de aquisição de 7.334 licenças de 36 tipos de programas diferentes da **Microsoft por preço inferior ao praticado no mercado**. Assim, o Estado poderá pagar R\$ 2,3 milhões a menos que o valor do mercado, o que representará uma economia média de 35,82% aos cofres públicos¹³.

De modo inverso, porém, como pretende o r. Acórdão vergastado, é bastante razoável que a limitação do número de adesões reduza a competitividade do certame. Isso porque diminuirá a possibilidade de o particular ganhar com a economia de escala obtida pela adesão de outros entes da Administração.

É fato que um dos principais objetivos de um participante de certame de SRP é vender para outros órgãos, de maneira célere, econômica e eficaz. Com a limitação pretendida, perde o particular e perde a Administração, que não mais terá a seu dispor todas as vantagens do SRP.

Em terceiro lugar, não é razoável o entendimento de que a Administração correrá o risco de pagar um preço alto, devido à insegurança do particular quanto aos quantitativos mínimos de aquisição.

Há impedimento legal a que a Administração contrate com preços acima do mercado e do registro de preços, conforme dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei nº. 8.666/1993. **Um certame licitatório em que as licitantes apresentem preços superiores aos de mercado ou aos preços registrados deverá ser considerado frustrado.**

Ademais, a economia de escala em favor da Administração pode ser vista sob o enfoque inverso do invocado pela r. decisão. Para melhor ilustrar, novamente, serve-se de exemplo prático:

Imagine que uma ata de preços que registre o valor de 5.000 (cinco mil) computadores, pode gerar uma economia substancial, em escala, para o carona que tiver a intenção inicial de adquirir apenas 1.000 (um mil).

Ora, mesmo que este último realizasse um certame dos mais competitivos concebíveis, para adquirir 1.000 computadores, certamente

¹³ Fonte: www.licitacao.uol.com.br – 21.09.2007

não alcançaria um desconto semelhante ao que naturalmente consegue um certame para adquirir 5.000. É o que se pode denominar de verdadeira economia de escala.

Assim, verifica-se que a economia de escala é auto-compensativa.

Há ainda outros inequívocos argumentos: nunca se exigiu licitações por órgão ou entidade; nem sempre a compra em larga amplitude gera economia de escala, o Decreto nº. 3.931/2001 apenas sistematizou a regra de dispensa, já autorizada pelo art. 24, VII.

Dessa forma, deveras provado que esse último fundamento do r. Acórdão recorrido também não merece prosperar. Face às demonstrações fáticas obtidas por meio de pesquisa na Administração, bem como pela desconstrução lógico-argumentativa acima exposta, verifica-se que além de ser uma crítica ao Sistema de Registro de Preços diretamente, e não à possibilidade de adesão às suas atas, tal fundamento não é adequado à verdadeira situação da Administração Pública.

III – dos outros argumentos não considerados

III.i – da economicidade e transparência do certame

É certo que o SRP garante a economicidade para a Administração Pública. Sua ampla competitividade, transparência e divulgação permite a realização de uma das maiores disputas, em se tratando de processo licitatório.

Com o instituto do carona, isso ganha proporções ainda maiores. Cada adesão, que deve ter sua vantajosidade comprovada por pesquisa de mercado, renova a garantia de que o menor preço é o que se está contratando.

Não é razoável imaginar que, pela possibilidade de adesão, a Administração deixe de fazer ampla pesquisa de preços. Pelo contrário, na medida em que várias parcelas da Administração aderem às atas, torna-se comprovado que a vantagem dos preços registrados é inquestionável, em várias regiões do país – imagine, por exemplo, a possibilidade de adesão por entes federais, que abrangem todas as regiões do país.

A pesquisa de mercado se torna ilimitada e ampla, quando vários órgãos, de variadas regiões do país, comprovam por meio de suas pesquisas de preços internas, que o preço registrado e aderido é o mais vantajoso.

Com efeito, caso uma entidade de outra região realize procedimento de registro de preços mais vantajoso, todas as demais regiões poderão verificar essa nova condição de vantagem, renovando a ampla

pesquisa a cada carona admitida. Por outro lado, caso seja demonstrada a desvantagem do certame registrado face ao de outra localidade, nenhuma adesão mais será permitida.

No caso do Pregão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por exemplo, houve adesão por parte de órgãos e entidades dos estados do Espírito Santo, Distrito Federal, Minas Gerais, Pará, Santa Catarina, Paraíba, Sergipe, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Piauí e Bahia – **todos comprovando a vantajosidade dos preços aderidos em 12 estados da federação**, possibilitando ampla margem de pesquisa territorial. Maior transparência e pesquisa de mercado não se pode alcançar, do que com a regular possibilidade do carona!

Ressalte-se, por fim, que não se tem conhecimento de qualquer representação ou impugnação contra a ata da licitação do Ministério da Saúde, utilizada como fundamento do acórdão recorrido.

III.ii – da qualidade do fornecedor

Esse mesmo procedimento de transparência garante, também, a qualidade do fornecedor contratado pela Administração Pública, tendo em vista que, uma vez cancelada uma Ata por descumprimento de cláusulas contratuais, principalmente no que se refere à prestação dos serviços, ninguém mais contratará com aquele particular inadimplente.

De modo inverso, permanecendo as contratações de maneira eficaz, o carona terá a maior garantia quanto à qualidade do fornecedor ou prestador de serviços.

III.iii– do controle e da impugnação

Sob o enfoque do controle é necessário destacar que o carona também está protegido. Não é correto o entendimento de que as adesões às atas de SRP estão afastadas da apreciação dos órgãos de controle e fiscalização, tanto em momento *a priori* como *a posteriori*.

O primeiro instrumento de controle, bastante eficaz, é a instauração de um procedimento interno no órgão interessado em ser carona, com a finalidade de comprovar que aquela adesão é mais vantajosa para a Administração, notadamente, no que se refere ao valor da contratação.

Caso não se demonstre essa vantajosidade, inviabilizada estará a adesão e, se levada à cabo, poderá ser anulada por autoridade competente ou pelo próprio Tribunal de Contas, em vias de denúncia ou representação¹⁴.

¹⁴ Art. 234 c/c art. 237, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

Inclusive, o segundo instrumento eficaz de controle é o que prevê a Lei de Licitações, por exemplo, em seu art. 113, §1º, de que qualquer cidadão represente ao Tribunal de Contas da União ou aos órgãos do sistema de controle interno, quando houver qualquer afronta aos seus dispositivos e princípios.

Outro instrumento de controle, ainda, consiste no poder de impugnação conferido a qualquer cidadão ou interessado, este, também estabelecido na Lei nº. 8.666/1993, art. 41. § 1º.

Desse modo, observa-se que os procedimentos de controle estão amplamente garantidos quanto ao instituto do carona, ao passo que o primeiro e terceiro exemplos de instrumentos eficazes de controle possibilitam um exame *a priori* da contratação, enquanto que o segundo permite uma verificação, também, *a posteriori*.

Ao ensejo, reitera-se que, quanto ao Pregão do Ministério da Saúde, não houve qualquer impugnação ou representação pelos demais concorrentes.

III.iv – da licitação como atividade-meio

A licitação é o meio idôneo de a Administração selecionar a proposta mais vantajosa, de forma isonômica. Destarte, não é o processo licitatório a finalidade da Administração, quando pretende adquirir um objeto ou contratar um serviço, mas sim o meio para que se realize tal contratação, de forma vantajosa.

De nada adianta realizar-se um processo licitatório amplamente isonômico e competitivo, se nele não estiver presente a figura da maior vantagem para a Administração. Se assim não fosse, não determinariam os próprios órgãos de controle que se siga os preços referenciais do SICRO e SINAPI para obras e serviços de engenharia, ou que os preços das propostas devem ser balizados pelos preços de referência da Administração.

Vantagem, nesse sentido, conforme bem descreve o ilustre Marçal Justen Filho, é a contratação da forma menos onerosa para a Administração, garantindo-se, contudo, a qualidade do objeto contratado:

A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. **A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.** (Destacado)

Data maxima venia aos que entendem de modo contrário, é incontestável que as críticas produzidas face ao SRP e o instituto do carona configuram um demasiado apego aos ortodoxos processos licitatórios, em prejuízo, muitas vezes, da própria economicidade para a Administração.

Os argumentos erigidos substanciam-se na alegação de que a Constituição “manda” licitar, ou de que é afronta ao princípio da razoabilidade permitir um número ilimitado de caronas. Tais afirmações, contudo, parecem abandonar o fundamento primordial da licitação, que é a contratação mais vantajosa, garantindo de forma isonômica o menor valor para a Administração – tanto no que se refere aos encargos administrativos com a realização de todo o procedimento, bem como com o valor da contratação.

Incontroverso, como se demonstrou anteriormente, que o carona está contratando objeto previamente licitado e deve precaver-se que o menor preço é o que se está aderindo, além de reduzir para quase zero os custos administrativos da contratação. Isso sem desprezar que o procedimento do carona é precedido de processo licitatório amplamente divulgado e competitivo por concorrência ou pregão – SRP.

Desta feita, interessa para atender à Constituição Federal que sejam garantidos os princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da moralidade e da eficiência, o que está amplamente consagrado quando das adesões às atas de registro de preços.

A realização de inúmeros processos licitatórios é, muitas vezes, mais onerosa para a Administração e não garante a vantagem ofertada em uma contratação por Registro de Preços – o que afronta os princípios da economicidade, da eficiência e da razoabilidade.

Desse modo, a Administração não pode ser impelida a repetir processos licitatórios quando já existe proposta mais vantajosa disponível.

III.v – do sistema IRP – Intenção de Registro de Preços

A título de informação, tendo consciência da relevância que tem essa E. Corte de Contas da União e suas decisões, principalmente no que concerne à otimização da atividade da Administração Pública, adianta-se, ainda, o novo sistema que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão tem como prospecto para os futuros processos licitatórios de SRP.

Sabedor da dificuldade em proceder com uma licitação de SRP que englobe, como participantes, diversos órgãos e entidades da Administração Pública, o que aumentaria a perspectiva de quantitativos mínimos a serem adquiridos e aumentaria ainda mais a possibilidade de obter-se economia de escala, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – STI, vem desenvolvendo um sistema informatizado,

denominado de IRP – Intenção de Registro de Preços – justamente com essa intenção.

O IRP é um novo sistema informatizado, criado para aperfeiçoar o Sistema de Registro de Preços, que permitirá, por meio de um fórum virtual, a ampla divulgação do interesse de um órgão em realizar o registro de preços e materiais, possibilitando a participação de outros órgãos ou entidades interessados, ainda durante a realização do certame.

Assim, os órgãos ou entidades que tiverem interesse nos itens que estiverem divulgados no sistema como “intenção de licitar”, poderão agregar-se ao certame, encaminhando ao órgão gerenciador o seu interesse em participar e identificando a sua efetiva necessidade: estimativa de consumo, locais de entrega (municípios) e respectivas especificações ou projeto básico, nos termos da Lei nº. 8.666/1993, adequado ao Registro de Preços do qual pretende participar.

Atualmente, esse novo sistema está em fase de implementação, com a realização de um primeiro piloto do IRP, tendo como participante o Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação – FNDE, e participante o Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA e deverá entrar em plena aplicação já no próximo exercício.

Acredita-se, desse modo, que a progressiva aplicação do IRP pela Administração Pública resultará, também, em uma gradativa substituição do número de caronas por participantes dos SRP's a serem realizados – o que proporcionará uma vantagem ainda maior.

CONCLUSÃO

Desta feita, de posse da concepção de que a ata de registro de preços advém de uma licitação altamente competitiva, além de que o instituto do carona deve atender a determinados pressupostos legais, dentre os quais consta o da vantajosidade para a Administração, imperioso reconhecer que a fundamentação balizadora da r. decisão merece ser revista, para se situar como mais benéfica para a Administração.

Por meio dos argumentos apresentados, verifica-se que os fundamentos do r. Acórdão vergastado partem de premissas não adequadas à realidade da Administração Pública, que, pelo contrário do que fora alegado, tem obtido inúmeras vantagens em economia, eficiência e segurança para os procedimentos de aquisição de produtos e serviços.

Ademais, a limitação das adesões às atas de registro de preços afronta os princípios da economicidade, da eficiência e da competitividade, visto que influenciam diretamente na formação do procedimento de Registro de Preços, reduzindo o interesse dos particulares, aumentando o

número de licitações a serem realizadas e, por conseguinte, aumentando o valor e custo das contratações.

IV – dos Pedidos

Ante o exposto, mostra-se legítimo, à vista das deduções preliminares e de mérito apresentadas, que o recorrente, por Justiça, requeira:

- o conhecimento do presente instrumento recursal, vez que preenchidos todos os pressupostos legais;

- no mérito, seja dada total procedência a este, determinando **a retirada do subitem 9.2.2, proferido no r. Acórdão recorrido**, que determina ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que “adote providências 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”;

- em acréscimo, com fundamento no art. 24, inciso VII, da Lei nº. 8.666/1993 ordene este Tribunal a seus agentes e órgãos controlados que dispensem a licitação e adiram as atas de registro de preços, sempre que o preço ofertado em licitação seja superior ao registrado.

Termos em que,
Pede e espera deferimento.

Brasília, 20 de dezembro de 2007.