



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

LEI FEDERAL Nº 12.816/2013:

O carona no âmbito das Atas de Registro de Preços do FNDE

** Claudine Corrêa Leite Bottesi*

Em oportunidade anterior¹ enderecei severas críticas à sistemática do “carona”, considerando os óbices legais e constitucionais que permeiam a matéria e, bem assim, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo contrária à aplicação do instituto.

Dentre os aspectos desfavoráveis, destaquei a violação ao princípio da legalidade inserto no *caput* do artigo 37² da Constituição Federal, uma vez que o procedimento constava tão somente em decreto regulamentar federal – o Decreto Federal nº 7.892/13³ (Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993).

Todavia, o legislador editou, recentemente, a Lei Federal nº 12.816 de 05 de junho de 2013, regramento que, tratando de diversas questões da área da educação, acabou prevendo a adesão às atas de registro de preços do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE⁴).

Assim, visando dar continuidade aos estudos sobre a questão do “carona”, o presente artigo objetiva não só avaliar as principais características da nova norma, mas, também, compreender o cenário que se inaugura, confrontando-o com o entendimento até então concebido a respeito da matéria.

A novidade, inserta no artigo 6º da mencionada Lei nº 12.816/2013, assim dispõe:

¹ “Recentes alterações no Sistema de Registro de Preços” – Publicado em 09/04/2013 - Fonte: <http://www4.tce.sp.gov.br/questao-carona-e-o-tce-sp>

² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (g.n.)

³ Art. 22 - § 9º É facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a ata de registro de preços da Administração Pública Federal.

⁴ O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) é uma autarquia federal criada pela Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968, e alterada pelo Decreto-Lei nº 872, de 15 de setembro de 1969, responsável pela execução de políticas educacionais do Ministério da Educação (MEC). – Fonte: www.fnde.gov.br/fnde/institucional - Consulta em 22/07/13



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Art. 6º Os registros de preços realizados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação poderão ser utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para aquisição de bens e contratação dos serviços necessários à execução das ações e projetos educacionais, inclusive quando empregados recursos próprios.

Em linhas gerais, a partir da edição da lei, os registros de preços realizados pelo FNDE poderão ser utilizados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para a aquisição de bens e contratação dos serviços necessários à execução das ações e projetos educacionais.

Ressalte-se que, em verdade, no passado já havia sido adotada solução semelhante à examinada por ocasião da Lei Federal nº 10.191/2001⁵. Embora esta norma não seja o escopo deste estudo, verifica-se que contém dispositivo que, analogamente, prevê a figura do “carona”, porém destinado à aquisição de produtos visando a implementação de ações no âmbito do Ministério da Saúde.

Concentrando-se no exame do mencionado artigo 6º da Lei nº Federal 12.816/2013, é possível extrair algumas conclusões preliminares, a seguir expostas, que poderão servir de norte para a sua aplicação no caso concreto, tanto por parte dos Tribunais de Contas quanto para os entes federados que optem por esta forma de contratação.

Se antes um dos maiores entraves à utilização do instituto do “carona” era a ausência de previsão legal, agora, com o advento da lei em comento, a crítica não mais subsiste quando se refira, especificamente, a adesões às atas de registro de preços do FNDE.

Todavia, para que o princípio da legalidade seja plenamente aperfeiçoado, há a necessidade de que o procedimento esteja expressamente previsto na legislação local do Município ou Estado-membro aderente, à luz do que dispõe o § 3º do artigo 15⁶ da Lei nº 8.666/93.

Essa ideia decorre da necessidade de obediência ao princípio da legalidade estrita, que significa que a “Administração nada pode fazer senão o que a lei determina⁷”, capital para a

⁵ Art. 2º O Ministério da Saúde e os respectivos órgãos vinculados poderão utilizar reciprocamente os sistemas de registro de preços para compras de materiais hospitalares, inseticidas, drogas, vacinas, insumos farmacêuticos, medicamentos e outros insumos estratégicos, desde que prevista tal possibilidade no edital de licitação do registro de preços.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como as respectivas autarquias, fundações e demais órgãos vinculados, também poderão utilizar-se dos registros de preços de que trata o caput, desde que expressamente prevista esta possibilidade no edital de licitação (g.n.)

⁶ § 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª Edição. 2009. p 102.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

configuração do regime jurídico-administrativo, e neste caso, viabiliza a aplicação da sistemática no âmbito regional.

Em segundo lugar, há de se destacar que a benesse refere-se tão somente às atas do FNDE, para objetos deveras específicos, quais sejam aquisições de bens e contratações de serviços derivadas de atas daquela autarquia federal.

Conclui-se, portanto, que não cabe para a execução de obras, raciocínio que deriva não somente da leitura do texto legal, mas, também, da sabida incompatibilidade entre a sistemática de registro de preços e a execução de obras de engenharia, uma vez que, consoante o artigo 15, II⁸, da Lei nº 8.666/93, o registro de preços limita-se às compras.

Em relação à possibilidade de contratação de serviços através do sistema de registro de preços, antes o permissivo decorria de uma interpretação extensiva do artigo 15 da Lei de Licitações, que cuida das compras, e que, posteriormente, acabou reconhecido pelo artigo 11 da Lei nº 10.520/02, ao admitir o pregão para as contratações de “serviços comuns”. No caso em exame, tal permissivo consta expressamente no texto legal.

Entretanto, importa lembrar que, especificamente em relação aos serviços de engenharia, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo⁹ vem se consolidando no sentido de admiti-los tão somente nas hipóteses em que se pretenda a contratação de serviços de “pequena monta”, singelos, rotineiros, que objetivem “pequenos reparos” e sem complexidade, entendimento que poderá ser, eventualmente, estendido para as contratações lastreadas no novel regramento.

Outro aspecto que merece ser avaliado diz respeito aos limites do exercício da competência das Cortes de Contas estaduais em relação ao julgamento das contratações de entes federados sob sua jurisdição, quando decorram de adesões às atas do FNDE.

Para o desenvolvimento da questão é imprescindível identificar a existência de três fases distintas que culminam na contratação: primeiro a etapa interna, onde o órgão ou entidade analisam administrativamente a vantagem e a economicidade de se aderir à ata, depois a etapa do procedimento licitatório, onde se formaliza a ata de registro de preços com as condições do licitante vencedor e, por fim, a etapa da contratação, quando há efetivamente o ato de despesa por parte do aderente.

⁸ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
II - ser processadas através de sistema de registro de preços; (g.n.)

⁹ A exemplo dos seguintes processos:

- TC 179.989.13-2 – Tribunal Pleno – Sessão de 03/04/13 – Relator: Dimas Eduardo Ramalho
- TC 168.989.12-7 – Tribunal Pleno – Sessão de 29/02/12 - Relator: Robson Marinho
- TC 209.989.12-8 – Tribunal Pleno – Sessão de 21/03/12 - Relator: Claudio Ferraz de Alvarenga



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Partindo-se dessa premissa, embora não caiba a um Tribunal de Contas estadual avaliar os moldes em que se deu o procedimento licitatório originário do FNDE, porquanto se trata de autarquia federal sob tutela do Tribunal de Contas da União, compete-lhe julgar, em sentido amplo, as *despesas* decorrentes da adesão às atas, o que se consubstancia na análise do *contrato* e sua *execução*.

Isto porque é nesta ocasião em que serão realizados os dispêndios com recursos oriundos dos cofres dos entes sob jurisdição das Cortes de Contas estaduais, momento em que caberá o exercício de suas competências; no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, são aquelas arroladas nos incisos XII, XIII, XIV do artigo 2º¹⁰ da Lei Complementar Estadual nº 709/93.

Frise-se, ainda, que embora os Tribunais de Contas estaduais não possam adentrar no exame da conveniência do administrador, deverão examinar as justificativas que embasaram a decisão administrativa, especialmente no tocante à demonstração da vantajosidade¹¹ e economicidade¹² da opção pela aderência à ata do FNDE, voltando-se, portanto, quanto a estes aspectos, para a etapa interna e anterior ao próprio procedimento licitatório.

Traçadas estas considerações sobre a novidade normativa, cabe avaliar qual o seu impacto no tratamento até então concebido a respeito da matéria.

É certo que a questão da adesão às atas de registro de preços – procedimento denominado “carona” - inflama discussões de toda ordem. De um lado pesam positivamente a

¹⁰ Artigo 2º - Ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei, compete:

(...)

XII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei;

XIII - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade;

XIV - sustar, se não atendido nos termos do inciso anterior, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal competente;

¹¹ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, **a seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.(g.n.)

¹² Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, **economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.(g.n.)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

possibilidade de uma maior economia de escala, a celeridade e menor onerosidade, garantindo, dessa forma, maior agilidade à Administração Pública, especialmente àqueles pequenos Municípios que, a cada aquisição, por vezes diminutas, se veem obrigados a movimentar toda a máquina administrativa para realizar o certame licitatório.

Não obstante, é imperioso reconhecer que, de outro lado, existem obstáculos jurídicos contrários à sua aplicação, dentre os quais a violação aos princípios da isonomia, da publicidade, da licitação obrigatória, da vinculação ao edital, a maior abertura ao conluio e à fraude, além dos entraves no exercício da fiscalização dos Tribunais de Contas em relação aos procedimentos licitatórios realizados por outras esferas de governo.

E, embora se possa desenvolver um longo estudo quanto aos inúmeros óbices constitucionais e legais contrários à sua aplicação, atendo-me, nesta oportunidade, a uma breve análise a respeito do princípio da legalidade.

Com exceção da mencionada lei na área da saúde – Lei nº 10.191/2001 – a adoção do procedimento denominado “carona” não se lastreava em lei, motivo pelo qual o seu emprego implicava em violação ao princípio da legalidade inserto no *caput* do artigo 37¹³ da Constituição Federal; a sistemática constava, tão somente, em decreto regulamentar federal – o Decreto Federal nº 7.892/13¹⁴.

É sabido que o regulamento não pode inovar a ordem jurídica. Ao contrário, somente viabiliza a fiel execução da lei, de modo que a sua validade depende dela, conforme a inteligência do artigo 84, IV¹⁵, da Constituição Federal.

Neste sentido discorre o voto exarado nos autos TC 608/007/09¹⁶:

Esse procedimento denominado pela doutrina de “carona”, embora analisado caso a caso, quando amparado em Decreto Municipal, nos termos em que foi efetuado na presente situação (Decreto Municipal nº 9545/06), vem sendo rejeitado por esta Corte, sob o fundamento de que somente à lei cabe dispor sobre esta forma de contratação, ou seja, o

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (g.n.)

¹⁴ Idem 2

¹⁵ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**; (g.n.)

¹⁶ Primeira Câmara - Sessão de 31.01.12 - Substituto de Conselheiro Dr. Alexandre Manir Figueiredo Sarquis



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

ato administrativo de competência do Chefe do Executivo – Decreto está, nesta circunstância, dando uma extensão ilegítima à lei de regência¹⁷ quanto ao sistema de registro de preços.

A jurisprudência dominante deste Tribunal¹⁸ entende que a figura do “carona”, instituída por meio de Decreto, contraria o preceito constitucional inserto no inciso XXI, do artigo 37, o qual dispõe que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados, mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes...”.

Acrescente-se que uma lei que porventura dê origem ao instituto, deve ser editada pela União, a quem compete privativamente legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, conforme a determinação do inciso XXVII do artigo 22¹⁹ da Constituição Federal; cabe, tão somente, às outras esferas da federação, editar normas suplementares, consoante o disposto no artigo 24, §2º²⁰ e artigo 30, II²¹, da Constituição Federal.

¹⁷ Art.15 – As compras, sempre que possível, deverão:

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

.....
III- validade do registro não superior a um ano.

¹⁸ Processo TC – 038240/026/08 (Exame Prévio de Edital – Representante: GRANSERV Serviços Administrativos Ltda – Representada : Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza – CEETEPS - Sessão do E.Plenário de 3/12/08 – Relator Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga).

Processo TC – 002638/003/07 (Contrato celebrado entre a Prefeitura Municipal de Hortolândia e a empresa Delta Construções S/A – julgado irregular pela C.Primeira Câmara, em sessão de 14 de março de 2009 – Relator Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho – mantida em grau de recurso pelo E.Tribunal Pleno, em sessão de 7/12/11 – Relator Edgard Camargo Rodrigues).

Processo TC – 023456/026/08 (Contrato celebrado entre a Secretaria da Segurança Pública – Departamento Estadual de Trânsito – Detran e a empresa Positivo Informática S/A – julgado irregular pela C.Primeira Câmara, em sessão de 3 de março de 2009 – Relator Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho.)

¹⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

²⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

²¹ Art. 30. Compete aos Municípios:

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3215



ARTIGO

Dessa forma, embora o Decreto Federal nº 7.892/13 já facultasse aos Estados e Municípios a adoção desta sistemática de contratação, o procedimento carecia de amparo legal, motivo pelo qual, dentre outras razões, não era acolhido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a exemplo de diversos julgados²².

A despeito disso, não se pode olvidar que é admissível a aplicação da denominada “adesão prévia”, quando os órgãos e entidades da mesma esfera de governo participam desde os procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços, o que equivale, em verdade, à participação no próprio procedimento licitatório, instituto que não se confunde com o “carona”.

Entretanto, com o advento da Lei nº 12.816/2013, o panorama anteriormente delineado a respeito da matéria sofreu pontual modificação, qual seja a permissão a adesões às atas de registro de preços do FNDE, o que se assemelha à previsão contida na Lei nº 10.191/2001 para a aquisição de produtos no âmbito do Ministério da Saúde.

Todavia, nas outras circunstâncias não amparadas por referidas normas legais, o principal vício que contamina as contratações derivadas do “carona” remanesce: a desobediência ao princípio da legalidade, de magnitude constitucional.

*** Claudine Corrêa Leite Bottesi é Assessora Técnico-Procuradora do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP)**

Lembro, ainda, que inexistente lei complementar da União autorizando os Estados a legislar sobre questões específicas em matéria de licitações, conforme o previsto no parágrafo único do artigo 22 da Constituição Federal.

²² Decisões neste sentido:

- TC 1564/003/11 - 1ª Câmara - Sessão de 14/05/13 – Relator: Dimas Eduardo Ramalho
- TC 34291/026/09 - 2ª Câmara - Sessão de 16/04/13 – Relator: Sidney Estanislau Beraldo
- TC-2877/026/10 - 1ª Câmara – Sessão de 19/06/2012 - Relator: Subst. Cons. Josué Romero
- TC 668/989/12 – Tribunal Pleno - Sessão de 25/07/12 – Relator: Edgard Camargo Rodrigues
- TC-2701/026/09 - 1ª Câmara – Sessão de 06/11/2012 - Relator: Dimas Eduardo Ramalho
- TC-19585/026/11 – Tribunal Pleno - Sessão de 06/07/2011 - Relator: Robson Marinho
- TC-15244/026/08 - 2ª Câmara – Sessão de 29/06/2010 – Relator: Subst. Cons. Olavo Silva Junior