

SISTEMA DE REGISTROS DE PREÇOS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Aline Paola Correa Braga Camara de Almeida*

Sumário: 1. Nota introdutória; 2. Fundamento legal; 3. O objeto do Sistema de Registro de Preços; 4. A preferência para a utilização do Sistema de Registro de Preços; 5. As vantagens do Sistema de Registro de Preços; 6. A estruturação administrativa para o Sistema de Registro de Preços: atores e principais funções; 6.1 O Órgão Gerenciador; 6.2 O Órgão Participante; 6.3 O Órgão Aderente; 7. A fase interna da licitação para a implantação do Registro de Preços; 7.1 O plano de suprimentos; 7.2 A definição da quantidade estimada; 7.3 A pesquisa de mercado e a fixação de preço máximo de contratação; 7.4 A adoção da adequada modalidade de licitação e o critério de julgamento; 7.5 A elaboração do edital e a aprovação pelo órgão jurídico; 7.6 A complementação da instrução do procedimento; 8. O anexo do edital: a Ata de Registro de Preços; 9. O cadastro de reserva; 10. A contratação decorrente da Ata de Registro de Preços; 11. A alteração da Ata de Registro de Preços; 11.1 Alteração do prazo da Ata de Registro de Preços; 11.2 A vedação da alteração do objeto da Ata de Registro de Preços; 11.3 A alteração do preço do item registrado; 12. Os contratos decorrentes da Ata de Registro de Preços; 13. A controvérsia da adesão da Ata de Registro de Preços pelos órgãos aderentes; 13.1 Atual regime da adesão; 14. A aplicação de penalidade; 15. Breves conclusões.

1. Nota Introdutória

O Sistema de Registro de Preços é um procedimento administrativo que tem por objetivo propiciar maior dinamismo às contratações públicas, na medida em que evita a realização de inúmeras licitações pelos vários órgãos e entidades da Administração Pública que buscam os mesmos produtos e serviços.

Trata-se de um método de racionalização das licitações públicas que se alcança por meio da realização de um conjunto de procedimentos que visa ao registro formal de preços relativos a determinados serviços e bens, por um prazo pré-estabelecido, para que os órgãos e entidades públicas possam, nesse período, viabilizar contratações de acordo com a suas necessidades. Condensa-se o processamento em apenas uma licitação.

O órgão gerenciador – responsável pela licitação – realiza o certame para si e também para outros órgãos e entidades, chamados órgãos participantes, mas a

* Procuradora do Estado do Rio de Janeiro

homologação do procedimento não gera a necessidade da celebração imediata do contrato, como ocorre nos certames comuns.

Em linhas gerais, pelo sistema de registro de preços, após a declaração do vencedor, o órgão gerenciador prepara uma ata com o lançamento do fornecedor, o produto ou serviço e o preço respectivo, e, a partir de então, podem ser celebrados os contratos pelos órgãos participantes durante o prazo de validade da ata. Trata-se, portanto, de um regime de contratação coletiva dos órgãos e entidades de determinado Ente Público.

Exemplo imediato de registro de preços pode ser dado com a aquisição de material de expediente. O órgão gerenciador realiza o certame, por exemplo por intermédio da modalidade pregão, contendo diversos itens (caneta, lápis, régua, extrator de grampos etc.), já informando aos licitantes quem são os órgãos participantes. Após a declaração do vencedor, ficam registrados todos os dados relevantes relativos ao item (fornecedor, especificação do produto, preço, unidades registradas).

Durante o prazo de validade da ata, o órgão participante, que apresentou estimativa de contratação de determinado item, pode realizar a sua “compra parcelada” à medida de sua necessidade, emitindo as notas de empenho de acordo com as requisições ao longo do tempo, em conformidade com o quantitativo que estimou.

Dessa forma, a licitação não se exaure com uma única contratação, e a Administração valer-se-á dos preços registrados tantas vezes quantas o desejar, contanto que as contratações sejam efetivadas de acordo com os limites, prazos e condições estabelecidos no ato convocatório.

2. Fundamento Legal

O Sistema de Registro de Preços foi previsto no art. 15, inciso II, da Lei nº 8.666/93, que o estabeleceu como uma diretriz para as compras¹, contendo uma disciplina que permite compreender os principais elementos deste regime de contratação².

Define-se no referido dispositivo legal que o registro de preços deverá ser precedido de ampla pesquisa de mercado, sendo os seus preços registrados e publicados trimestralmente na imprensa oficial para orientação da Administração.

¹ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

² § 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 deste com o preço vigente no mercado.

Estabelece, também, que deverá ser regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições: seleção feita mediante concorrência; estipulação prévia do sistema de controle e da atualização dos preços registrados; e validade do registro não superior a um ano.

Especifica, ainda, que o sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado e que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade deste com o preço vigente no mercado.

A Lei de Licitações também estipula que “*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*”.

Embora a citada norma não se tenha regulamentado na integralidade a sistemática do registro de preços, fixou importantes premissas que, mais adiante, serão abordadas, outorgando ao Chefe do Poder Executivo de cada ente federativo certa margem de discricionariedade para delimitar os aspectos procedimentais e operacionais do sistema.

Ainda assim, infelizmente, a tendência dos entes da Federação é a mera adaptação do decreto federal, replicando-se critérios que nem sempre são mais adequados a Estados e, principalmente, Municípios menores, o que, em certa medida, esvazia a observância de atendimentos às “*peculiaridades regionais*”.

Na União, atualmente, vigora o Decreto nº 7.892/13, de 23 de janeiro de 2013 (que revogou o Decreto nº 3.931/01), e, no âmbito do estado do Rio de Janeiro, o Decreto nº 44.857/14 (que revogou o Decreto nº 41.135/08), que entrou em vigor no dia 28 de setembro de 2014. O Decreto Estadual encontra-se alinhado ao atual decreto regulamentador do sistema de registro de preços em âmbito federal, que, por sua vez, aprimorou o referido sistema em relação ao anterior.

A norma federal promoveu adequações importantes, solidificando algumas posições já defendidas pela Advocacia Geral da União e outras aplicadas pelo Tribunal de Contas da União. Várias dessas posições estão alinhadas aos precedentes da Procuradoria Geral do Estado, assim como ao Enunciado PGE³ que trata do tema.

³ Enunciado nº 27-PGE: 1. O Sistema de Registro de Preços deve ser utilizado, sempre que possível, na contratação de bens e serviços, quando esta ocorrer com frequência (art. 15, II, da Lei nº 8.666/93) ou nas hipóteses do art. 2º do Decreto Estadual nº 41.135/08, realizando-se prévia pesquisa de mercado para aquilatar se os preços registrados continuam sendo vantajosos (art. 4º, § 4º, inciso II, do Decreto Estadual nº 41.135/08). (Ref. Pareceres 10/99-FAG, 09/10-HBR, 37-11-DBL). 2. O prazo de vigência da ata de registro de preços não poderá ultrapassar um ano, computadas neste as eventuais prorrogações (art. 15, §3º, III, da Lei nº 8.666/93 c/c art. 5º, caput, do Decreto Estadual nº 41.135/08). (ref. Parecer nº 4/11-DBL). 3. O contrato administrativo decorrente de registro de preços deve ser formalizado dentro do prazo de validade da respectiva Ata, sujeitando-se, a partir de então, à disciplina da Lei Federal nº 8.666/93, em especial o art. 57, no que se refere ao prazo de vigência e eventuais prorrogações. (ref. Pareceres nº 09/08-FAG, 020/08-HGA, 04/09-CCM, 028/10-HGA e 031/10-HGA). Publicado: *DO I*, 13 de agosto de 2012 *Pág. 17*.

É possível afirmar, com alguma margem de segurança, que os decretos se estendem para além do que foi estabelecido na lei, que fixou critérios tão ínfimos, que nem sequer podem ser considerados modeladores do sistema.

Mas não há que se falar em ilegalidade do decreto, eis que o conceito da legalidade administrativa, ao contrário de alguns anos atrás, não está mais vinculado à ideia de que o Administrador só pode agir nos termos exatos que a lei autoriza, pelo conceito de "legalidade estrita". O Direito Administrativo moderno autoriza o Administrador a agir a partir da ideia de juridicidade, na qual o gestor deve observância ao Direito e não apenas à lei no sentido formal.

3. O objeto do Sistema de Registro de Preços

A partir do citado inciso II do art. 15 da Lei nº 8.666/93, poderia surgir dúvida em relação ao objeto do registro de preços, eis que a norma faz referência apenas às compras, não explicitando, por exemplo, os serviços. Mas o Decreto Estadual (assim como o federal) faz expressa menção à prestação de serviços logo no art. 2º, inciso I:

Poder-se-ia sustentar a ilegalidade do decreto, por violação ao dispositivo legal acima mencionado, mas o fato é que, de longa data, o Superior Tribunal de Justiça⁴ compreende válida a aplicação do registro de preços aos serviços, sob o fundamento de que “*a econômica lei foi ampliada pelo Decreto 3.931/2001, que nem sequer existia à época da licitação.*” Tal consideração acabou por pacificar o posicionamento da doutrina.

Bem vistas as coisas, a ampliação do objeto alcançando também os serviços não causa nenhum inconveniente para o atendimento do interesse público, o que se alinha ao postulado da juridicidade.

Por outro lado, uma vez silente a norma a respeito das obras, e pelo mesmo argumento acima, não se vislumbra possibilidade de adoção do registro de preços nesta hipótese.

4. A preferência para a utilização do Sistema de Registro de Preços

De todo modo, não é o objeto em si (compras ou serviços) que define a utilização do sistema de registro de preços, mas são as características da contratação que assim determinam e recomendam.

Há casos nos quais a Administração adquire bens em que tal sistema deve ser afastado, ao passo que haverá serviços aos quais, em razão de suas peculiaridades, a adoção desse regime será indicada.

O inciso II do art. 15 da Lei nº 8.666/93 estabeleceu que as “*compras, sempre que possível, deverão ser processadas por meio de sistema de registro de preços*”. A expressão “*sempre que possível*” determina uma ação pelo administrador que só deve ser afastada quando o caso concreto for incompatível com os resultados que se busca obter pela via da contratação.

⁴ Superior Tribunal de Justiça, 2 Turma - RMS 15647/SP – j. 25/03/2003.

A partir da dicção do dispositivo legal, parece que tal é a regra para as compras, de modo que a motivação apresentada para o caso concreto será determinante para afastar o registro de preços e a aquisição pelas licitações comuns.

Afora esse caso, que se refere ao objeto, a lei não estipulou as circunstâncias em que deverá ser dada a preferência para a aplicação do regime, ficando essa matéria a cargo do decreto regulamentador.

Nesse sentido, aliás, o art. 3º do Decreto Estadual estabeleceu hipóteses em que o “*sistema de registro de preços poderá ser adotado*”. Tais casos devem ser entendidos como meramente exemplificativos, o que significa dizer que poderão ocorrer outras situações que não foram expressamente previstas na norma, em que será possível a sua adoção. A justificativa do administrador, diante do caso específico, é que definirá a subsunção ao regime, sendo imprescindível uma motivação que se revele razoável e congruente com o suporte fático apresentado.

A norma pressupõe que o registro de preços deve ser utilizado quando ocorrerem as situações que seguem, mas que não precisam ser manifestadas de forma cumulativa:

- (i) necessidade de contratações frequentes, em razão das características do material ou do serviço: pela utilização do registro de preços, evita-se que, ao final de um procedimento licitatório se tenha que promover os atos internos para a licitação seguinte, dada a necessidade permanente de contratação. Medicamentos, material de expediente e locação de equipamentos são bons exemplos que se enquadram neste caso;
- (ii) compras, com previsão de entregas parceladas: os problemas decorrentes da capacidade de armazenamento de bens e materiais sem risco de seu perecimento são minimizados, diminuindo o tempo da guarda física dos produtos no almoxarifado, o que, conseqüentemente, reduz os riscos relativos a sua gestão. Em última análise, atende-se ao § 7º, inciso III, do art. 15 da Lei nº 8.666/93, que determina a observância das “*condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material*”;
- (iii) contratações de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa: neste caso, a dificuldade diante da contratação de serviços é minimizada pela forma da decomposição do objeto pela remuneração de cada unidade. Por exemplo, o preço da locação de automóvel é fixo, e cada órgão ou entidade poderá contratar as unidades de acordo com as suas necessidades. É verdade que a redação do Decreto Estadual, que se aproximou da norma federal, acabou limitando demasiadamente a hipótese, quando o ideal seria que o Decreto Estadual tivesse indicado serviços dessa natureza apenas de modo exemplificativo.
- (iv) atendimento a mais de um órgão ou entidade ou a programas de governo: essa parece ser uma das principais características do registro de preços, que também é uma de suas grandes vantagens. A licitação pode ser conduzida por um órgão, sejam casos de objetos

comuns a todos os órgãos ou entidades do Ente (compra de material de expediente), sejam desejados pela maioria (locação de equipamentos de informática) ou demandados por poucos (aquisição de medicamentos).

Como costumava explicar MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO aos servidores em sua sala na Procuradoria Geral do Estado, "*o sistema de registro de preços não é um instrumento egoísta, construído apenas para servir ao seu próprio órgão*". E, realmente, é a partir da colaboração de todos os órgãos que o sistema passa a ser exitoso, como são os atos realizados em regime de solidariedade.

- (v) quando não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado, pela natureza do objeto: a precisão do quantitativo deixa de ser um imperativo da contratação pública regida pelo registro de preços. É certo que, se por um lado, essa premissa deve ser utilizada em favor da Administração, por outro, quanto mais o quantitativo registrado se aproximar do efetivamente contratado, mais vantagens econômicas a médio e longo prazo haverá, como mais adiante se demonstrará.

5. As vantagens do Sistema de Registro de Preços

São inúmeras as vantagens deste regime. A mais óbvia, e já mencionada, decorre diretamente da possibilidade de atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo, que consiste na supressão da multiplicidade das licitações.

Evita-se que os vários órgãos ou entidades do mesmo ente (ou até de outros, como no caso do “carona”) tenham que realizar licitações iguais para a contratação do mesmo objeto. Material de expediente (canetas, clips, lápis, resma de papel) é tipo de objeto bastante comum, a justificar que se evite a realização de múltiplas licitações.

Basta que apenas um único órgão da Administração – denominado órgão gerenciador – realize a licitação para a aquisição desses bens, e todos os outros – chamados de órgãos participantes – aproveitam-se do certame e podem adquirir o material de expediente desejado.

Com isso, economiza-se o custo decorrente dos processos licitatórios, como o tempo dos diversos servidores envolvidos com material de expediente por toda a Administração Pública, concentrando todos os esforços necessários à realização da licitação em apenas um órgão. Elimina-se a burocracia para que seja alcançado o mesmo resultado por todos, dando plena eficácia ao princípio da eficiência administrativa.

Outra grande vantagem é a rapidez da contratação. Os órgãos envolvidos não precisam instaurar procedimento licitatório a cada vez que se deparam com a necessidade de um objeto. Os produtos e os serviços já estão previamente licitados, com preços registrados, prontos para serem contratados a partir de cada demanda, conferindo maior agilidade à Administração para o atendimento de suas finalidades.

Como já se expos, a estimativa é suficiente, não sendo imperiosa a definição precisa e absoluta dos quantitativos que serão utilizados futuramente.

Essa premissa vale também para a qualidade: em muitos casos, a especificação técnica do objeto não é um elemento essencial para a aquisição de bens.

Por exemplo, na maioria dos casos, a Administração necessita de impressora para impressão de textos comuns. Ainda assim, o equipamento deve ser de qualidade, com durabilidade, e contar com assistência técnica para manutenção, com cartuchos em linha de produção regular que não sejam dispendiosos, entre outras características. Mas o objetivo, como se disse, é a impressão de textos comuns, de modo que, se um órgão técnico (o PRODERJ, como no caso do Rio de Janeiro) apresentar uma determinada especificação de impressora, será lógico e intuitivo que os demais órgãos adequem as especificações técnicas relativas à qualidade visando ao aproveitamento do registro de preços. Claro que se a especificação do registro de preços atender à necessidade do órgão.

A eliminação dos custos decorrentes da manutenção de estoques e da gestão dos prazos de validade dos produtos é outro benefício direto do sistema de registro de preços. Mantendo o exemplo da aquisição do material de expediente, o órgão que não se utiliza deste regime deve fazer uma estimativa precisa do consumo durante todo o ano; prever a entrega do material em parcelas, quando for possível, ou, o que é pior, receber todo os bens de uma vez, bens estes que deverão ser inventariados na entrada e na saída, em grande quantidade e em curto prazo.

Os bens adquiridos pelo sistema de registro de preços também deverão ser inventariados, mas, como as aquisições são realizadas de acordo com a necessidade, essa função pode ser desempenhada aos poucos, ao longo do ano, distribuindo-os aos vários setores assim que ingressarem formalmente no almoxarifado (não necessariamente fisicamente). Evita-se, assim, que o almoxarifado sirva de depósito para bens estocados em quantidade excessiva para suprir o órgão ao longo do ano; e até mesmo uma eventual perda do material pelo vencimento do seu prazo de validade. Em outras palavras, o recebimento de menores quantidades de acordo com a necessidade induz à boa gestão do almoxarifado.

Outra utilidade do regime ora tratado é a desnecessidade de prévia dotação orçamentária para a participação no registro de preços, sendo esta exigida apenas quando da efetiva contratação.

Mas, dessa facilidade não deve a Administração abusar, de modo a fazer previsões de consumo ou de contratações irrealizáveis apenas pela ausência de compromisso formal de caráter orçamentário-financeiro. A não obrigatoriedade de dotação orçamentária deve valer como justificativa para a falta do prévio planejamento, que, evidentemente, continua a ser fundamental para qualquer contratação, inclusive as que são regidas pelo registro de preços.

Aliás, tal característica torna-se relevante especialmente em momentos de crise financeira, quando o Poder Público deve avaliar cuidadosamente a estimativa das quantidades em função da realidade ou do "realizável"; e não tanto do "desejável" ou do "necessário". A indicação mais aproximada possível da realidade serve de estímulo ao fornecedor para o cumprimento das contratações sem criar

irreais expectativas e, ao mesmo tempo, ao fim da crise, sinaliza para a volta à normalidade.

Em âmbito estadual, o § 2º do art. 10 do Decreto nº 44.857/14 estipula que, nesse caso, "*não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil*", caminhando no mesmo sentido do § 2º do art. 7º do Decreto Federal.

A essa conclusão já havia chegado a Advocacia Geral da União, que, inspirada em decisões do Tribunal de Contas da União, emitiu a Orientação Normativa AGU nº 20⁵, de 01.04.2009.

A regra coaduna-se com a orientação fixada pelo Visto ao Parecer nº 26/11-FAAR, da Procuradoria Geral do Estado, no sentido de que "*a natureza da ata é de um pré-contrato. O seu objetivo é apenas o de registrar os preços. A relação contratual se dá em momento posterior [...]*".

Com efeito, tratando-se de um pré-contrato, não será realizada despesa, de modo que a dotação orçamentária pode ser adiada para o momento que imediatamente antecede à contratação. O entendimento dos órgãos de controle federal⁶ e da doutrina⁷ também caminha nesse sentido.

“Na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato.” (TCU – Acórdão nº 8946/2012 – 2º Câmara)

Para além disso, por intermédio do sistema de registro de preços, a Administração concretiza o princípio da economicidade, acrescido pelo conhecido "*ganho de escala*" com as contratações realizadas, dado o elevado número de itens que se concentram no mesmo certame.

⁵ Na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato.

⁶ “Na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato” (TCU – Acórdão nº 8946/2012 – 2º Câmara); e “[...] salienta que, apesar de o art. 38 da Lei 8.666/93 estabelecer que a licitação deva conter, entre outras condições, a indicação do recurso próprio para a despesa, o art. 15 estabelece que as compras, sempre que possível, deverão ser processadas por meio de registro de preços. Estipula, ainda, que a existência de preços 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. Por fim, justifica que o material licitado pelos Pregões acima citados, na forma de sistema de registro de preços, são essenciais para o funcionamento do hospital e que a providência de licitar, nessa modalidade, para fins de contratações futuras, possibilita um melhor planejamento das aquisições, principalmente, em razão das dificuldades orçamentárias. [...] Em razão de ser um mecanismo de obtenção de preços junto aos fornecedores para um período estabelecido, sem um compromisso efetivo de aquisição, entendemos ser desnecessário, por ocasião do edital, o estabelecimento de dotação orçamentária. Todavia, por ocasião de uma futura contratação, torna-se imprescindível a dotação para custeio da despesa correspondente, na forma do art. 11 do Decreto 3.931/2001. Assim, acolhemos a justificativa” (grifo nosso) (TCU - Acórdão nº 1279/2008 – Plenário).

⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico* – 2ª ed. Fórum, Belo Horizonte, 2007. pp. 97 e 98. Destaca que, na 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, não havendo assim a necessidade de que o órgão tenha prévia dotação orçamentária, ao contrário da licitação convencional, que obrigaria a Administração Pública, em face da expressa disposição legal nesse sentido.

Com isso, o contratante terá maiores possibilidades negociais com os seus fornecedores, considerando a quantidade envolvida. Não há dúvida de que a aquisição espalhada de quinhentas impressoras, realizada por meio de vários pregões eletrônicos de diversos órgãos e entidades, não custa o mesmo do que quinhentas impressoras adquiridas pelos órgãos em vários "lotes", como no registro de preços, a partir de uma única licitação. Isso ocorre porque o custo médio da contratação do serviço ou do produto tende a reduzir à medida que a quantidade contratada é aumentada.

6. A estruturação administrativa para o Sistema de Registro de Preços: atores e principais funções

São três os agentes que participam do sistema de registro de preços: órgão gerenciador, órgãos participantes e órgãos aderentes, na nomenclatura adotada pelo Decreto Estadual, chamados também de órgãos não participantes ou simplesmente "carona".

Para ser exitoso, o registro de preços precisa da colaboração de todos, mas não há dúvida que os maiores encargos ficam por conta do Órgão Gerenciador, responsável pela condução do conjunto de procedimentos do certame e gerenciamento da Ata de Registro de Preços dele decorrente. Os Órgãos Participantes envolvem-se nos atos iniciais do procedimento e integram a Ata de Registro de Preços. Os Órgãos Aderentes, por sua vez, não participam dos procedimentos iniciais da licitação, mas podem aderir à Ata de Registro de Preços de acordo com as condições do edital.

Como o sistema de registro de preços é um regime de colaboração entre os órgãos, a tendência é que determinado órgão seja gerenciador para determinados bens e serviços e participante para outros, de modo que não sobrecarregue nenhum órgão ou entidade em particular.

6.1 O Órgão Gerenciador

O Órgão Gerenciador realiza uma série de atos na fase interna da licitação, visto que, como o próprio nome indica, é quem realiza a gestão da licitação, inclusive a interação com os órgãos participantes, e quem posteriormente irá gerenciar a ata, possibilitando a contratação pelos demais. Ademais, ele exerce a função de controlar e administrar a ata de registro de preços.

Em linhas gerais, na fase interna, cabe ao órgão gerenciador: convidar, pelo Plano de Suprimentos, os órgãos e entidades para participarem do registro de preços; consolidar todas as informações relativas à estimativa individual e total de consumo de cada um destes; adequar os termos de referência ou projetos básicos para padronização e racionalização; promover todos os atos da instrução processual do procedimento licitatório; realizar a necessária pesquisa de mercado e confirmar junto aos órgãos participantes a sua concordância com o objeto a ser licitado, inclusive quanto aos quantitativos e ao projeto básico.

No que concerne à fase externa, cabe-lhe realizar o procedimento licitatório; promover a assinatura da ata e encaminhar aos órgãos participantes; gerenciar a Ata

de Registro de Preços; acompanhar a flutuação dos preços no mercado com vistas à manutenção da vantajosidade da contratação; publicar trimestralmente no D.O. os preços registrados e suas atualizações para fins de orientação dos órgãos e entidades participantes; conduzir eventuais renegociações dos preços registrado e até reunir-se com licitantes, visando a informá-los das peculiaridades do regime.

Em contrapartida, o Órgão Gerenciador não deve ou não precisa executar todas as atribuições sozinho. Como já se disse, o registro de preços deve ser encarado como um ato de colaboração entre órgãos, já que a todos aproveitará, de modo que o Órgão Gerenciador pode solicitar o auxílio de outros para o desempenho de algumas atribuições.

Nesse sentido, poderá requisitar auxílio técnico para promover os atos da instrução processual do procedimento licitatório, como consolidar as informações dos órgãos e entidades; realizar a necessária pesquisa de mercado, que, como sabido, ainda representa uma das etapas mais árduas da fase interna da licitação; realizar o procedimento licitatório, por exemplo, mediante julgamento por pregoeiro do órgão participante e para a assinatura da ata pelos fornecedores, encaminhando-a posteriormente aos órgãos participantes.

Quanto a este último aspecto, cabe apenas uma observação: o encaminhamento físico da ata pode ser substituído pela sua disponibilização em página eletrônica que contenha todos os elementos necessários para as contratações dos órgãos participantes, tais quais o edital e o Termo de Referência, além da ata.

Uma dúvida que paira sobre a Administração Pública dirige-se a qual órgão poderá ser considerado “órgão gerenciador”.

No Estado do Rio de Janeiro, segundo o art. 2º, inciso III, do Decreto nº 44.857/14, o Órgão Gerenciador é o “*órgão ou entidade da administração pública responsável pela gestão do registro de preços para uma determinada família de materiais ou serviços, inclusive pela organização e realização do procedimento licitatório e pelo gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente, de forma a atender as necessidades próprias e dos demais órgãos ou entidades do Estado*”. Esta definição é ratificada pelo art. 4º⁸ da mesma norma.

Nesse sentido, é o art. 1º do Decreto Estadual 40.873/07⁹ que determina ao Conselho Estadual de Tecnologia da Informação – CONSETI, pelo Centro de Tecnologia de Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro - PRODERJ a realização de registro de preços para bens e serviços comuns relativos à Tecnologia de Informação e Comunicação no Governo do Estado do Rio de Janeiro.

Por outro lado, na grande maioria os casos, não há regramento definindo a competência de tal ou qual órgão. A aquisição de produtos alimentícios, por exemplo, pode ter como órgão gerenciador a Secretaria de Estado de Educação ou a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, apenas como exemplo.

⁸ Art. 4º - Respeitadas as competências legais de outros órgãos, caberá ao órgão gerenciador de determinada família de materiais ou serviços a realização dos procedimentos licitatórios para fim de registro de preços para as contratações de serviços e as aquisições de materiais, de forma a atender às necessidades próprias e dos demais órgãos e entidades do Estado.

⁹ Dispõe sobre o sistema de registro de preços na área de tecnologia de informação e comunicação, no Governo do Estado do Rio de Janeiro, e dá outras providências.

O ideal seria que o Estado avançasse com os estudos técnicos para a definição dos órgãos gerenciadores, ao menos para os bens e serviços mais demandados, como medicamentos e alimentos, não só para promover a boa gestão, mas principalmente em favor ao ganho de escala.

Os produtos e serviços que são, em linhas gerais, utilizados por todos e que servem de instrumento para a manutenção ordinária dos órgãos e entidades, como contratação de agência de viagem, material de escritório, lâmpadas e reatores, serviços de courier (motoboys) e locação de veículos, são usualmente processados pela Secretaria de Fazenda e Planejamento, mas não é a Pasta a responsável por todos os registros de preços no âmbito estadual.

Uma questão que se coloca é a inércia do "*responsável pela gestão do registro de preços para uma determinada família de materiais ou serviços*", na exata dicção do decreto. Em outras palavras, se o órgão gerenciador nato não realiza o registro de preços, pode outro órgão ou entidade promovê-lo, na qualidade de órgão gerenciador?

O Decreto Estadual soluciona o problema quando autoriza que outros órgãos realizem o referido registro de preços, desde que (i) se trate de materiais ou serviços de utilização frequente; (ii) que detenha conhecimento técnico específico para a referida contratação e que seja antecedido de (iii) autorização da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG.

O objetivo da norma é não permitir a perda do ganho de escala causada pela inércia do órgão legitimado, incentivando-o a exercer as suas atribuições.

6.2 O Órgão Participante

O órgão participante não recebeu atribuições que não tenham que ser exercidas apenas em seu proveito. As exceções decorrem da solicitação de auxílio técnico pelo órgão gerenciador para promover determinados atos.

Cabe ao órgão participante, em relação ao registro de preços promovido pelo órgão gerenciador: manifestar seu interesse em participar do registro de preços, pelo Plano de Suprimentos; encaminhar ao órgão gerenciador sua estimativa de consumo, cronograma de contratação e local de entrega (já que o valor do frete é um custo que deve ser incluído na proposta) e manifestar, junto ao órgão gerenciador, sua concordância com o objeto a ser licitado.

Por outro lado, deve executar todos os atos inerentes à instrução do processo para as futuras contratações decorrentes do registro de preços; e, mesmo que o decreto assim não especifique, deve autuar o processo administrativo; promover a justificativa da contratação; e demonstrar a compatibilidade dos bens/serviços apresentados pelo Plano de Suprimentos com as suas necessidades ou possibilidades. Todos esses atos devem compor o processo administrativo bem antes da efetiva contratação, logo após o "convite" pelo Plano de Suprimentos, que é realizado pelo órgão gerenciador, com vistas ao bom planejamento das contratações.

Além disso, o órgão participante deve garantir que todos os atos inerentes ao procedimento para sua inclusão no registro de preços a ser realizado estejam devidamente formalizados.

Uma atribuição relevante é a verificação da participação no registro de preços pela autoridade competente. A participação da autoridade no processo não pode ficar limitada ao momento da contratação, quando o órgão já terá manifestado a vontade futura de contratação. Não é porque não há, nesta fase, a autorização para a realização da despesa pelo ordenador, na forma do art. 38 da lei de licitações, que a contratação futura não lhe deve ser, nesse momento, submetida.

A premissa acima pode ser facilmente confirmada pelo seguinte exemplo. Imagine-se determinado órgão no qual a sua área técnica manifeste a intenção de participar do registro de preços, estimando uma determinada quantidade de aquisição para o exercício. Ocorre que a autoridade competente tem firme convicção que determinado produto não deve ser adquirido no período estimado e deixa de autorizar qualquer contratação. É certo que esse sistema não exige a efetiva contratação, mas, como adiante se demonstrará, essa é uma prática que deve ser evitada.

Cabe também ao órgão participante a realização de todas as ações necessárias para a efetivação das suas contratações, inclusive para a eficaz execução do contrato, decorrendo-lhe daí as atribuições provenientes da gestão e da fiscalização da contratação.

Deve, ainda, o órgão participante acompanhar a ata de registro de preços, especialmente no momento da contratação, de modo a verificar se houve alguma alteração, como no preço, por exemplo.

6.3 O Órgão Aderente

O órgão aderente, na nomenclatura adotada pelo Decreto Estadual, como já se mencionou (comumente denominado de “carona”), ao contrário do órgão participante, não foi convidado a fazer parte do Plano de Suprimentos ou declinou o convite, não tendo as suas estimativas de contratação consideradas para o registro de preços.

Por outro lado, o Decreto Estadual, na esteira da norma federal, autorizou que um órgão ou entidade possa contratar com base no registro de preços elaborado por outro órgão, desde que observadas certas condições que serão mais adiante explicadas.

Também pode ser órgão aderente um Município ou outro Estado da federação, assim como suas respectivas entidades.

7. A fase interna da licitação para a implantação do Registro de Preços

Deve-se partir da premissa de que o sistema de registro de preços determina um conjunto integrado de agentes, ações e rotinas, que implica uma perspectiva de ação coordenada. Para tanto, exige-se constante troca de informações entre os agentes envolvidos para aprimoramento das contratações que serão realizadas. Insiste-se na tese de que esse regime representa um ato de colaboração e, como tal, exige a participação de todos.

O sistema de registro de preços desenvolve-se em três fases: a primeira é a fase interna da licitação, promovida tanto pelo órgão gerenciador quanto pelos órgãos participantes; a segunda é fase externa da licitação, promovida pelo órgão gerenciador; e a terceira, a etapa na qual são formalizadas as respectivas contratações.

A fase interna da licitação deve ser avaliada sob o ponto de vista do órgão gerenciador e dos órgãos participantes.

O órgão gerenciador deve realizar dois distintos atos: (i) aquele relativo ao registro de preços propriamente dito e, conseqüentemente, ao papel de órgão gestor da licitação, representando a vontade de todos os órgãos participantes; (ii) aquele inerente às suas próprias contratações.

Os órgãos participantes, por seu turno, devem promover os atos que, habitualmente, antecedem às licitações, como a justificativa da contratação, a especificação do objeto e o quantitativo correspondente.

O primeiro passo para qualquer licitação – e, no registro de preços, não pode ser diferente – é a apresentação da sua justificativa. Neste caso, o órgão gerenciador deve demonstrar, com a sua expertise decorrente da atribuição de “*gestão do registro de preços para uma determinada família de materiais ou serviços*”, as razões que justificam a contratação do bem ou serviço para a Administração Estadual.

7.1 O Plano de Suprimentos

O Decreto Estadual estabeleceu um procedimento para oficializar o planejamento das contratações e para a manifestação da intenção de participar do Registro de Preços, que é o Plano de Suprimentos, mencionado no art. 5º.

Os objetivos imediatos do Plano de Suprimentos são os seguintes:

- (i) formalizar o procedimento para o registro de preços: embora existam atos materiais anteriores ao Plano de Suprimentos (conscientização do papel do órgão gerenciador; levantamento dos dados do registro de preços anterior; análise preliminar do mercado; verificação de registro de preços de objetos similares em outros entes da federação; constatação da estrutura administrativa suficiente para a gestão da ata, entre outros), é esse o ato que inicia formalmente o registro de preços;
- (ii) servir de instrumento para o planejamento: induz o planejamento, tanto pelo órgão gerenciador, que é o responsável pela gestão do registro de preços para uma determinada família de materiais ou serviços e que, portanto, detém a expertise técnica e pode determinar a necessidade de contratação pela Administração Pública, quanto pelo órgão participante, que deve avaliar a necessidade da contratação e o respectivo quantitativo estimado;
- (iii) tornar público o registro de preços: imediatamente após sua divulgação pelo sistema informatizado, todos os órgãos e entidades, indubitavelmente, passam a ter acesso à informação sobre a futura

licitação, e ficam formalmente “convidados” a participar do registro de preços, evitando-se o antigo hábito de encaminhar ofícios de papal entre os órgãos para dar ciência da realização do registro de preços, que nem sempre chegavam ao seu destinatário;

- (iv) divulgar os bens ou serviços a serem licitados: nesta fase, os bens ou serviços a serem licitados, embora ainda não precisem ser detalhadamente especificados, já são apresentados com um arcabouço mínimo de especificação, de modo a despertar a atenção dos órgãos e entidades para a futura contratação mediante os padrões estabelecidos, que ainda poderão ainda ser adaptados;
- (v) registrar a manifestação da vontade dos órgãos participantes: é pelo Plano de Suprimentos que os órgãos e entidades declaram seu interesse em participar do registro de preços, podendo, inclusive, apresentar sugestões acerca da especificação dos bens ou serviços que são objeto da licitação.

Cabe aqui uma crítica, no que se refere ao curtíssimo prazo mínimo previsto pelo Decreto, de apenas 2 (dois) dias úteis, para a manifestação de vontade de participação pelos órgãos participantes. Embora o prazo estipulado seja mínimo, a sua adoção como regra pode colocar em risco o sucesso do registro de preços, uma vez que o órgão participante deve realizar uma série de atos antes de manifestar a sua intenção, inclusive pela apresentação de sugestões para a formatação do objeto, o que se pode alongar para além de dois dias úteis.

Neste ponto, o órgão gerenciador deve ter a necessária cautela para não se deixar influenciar pelo prazo previsto no Decreto e pelas rotineiras urgências das contratações públicas que impõem ritmo desassociado da eficiência administrativa.

- (vi) apresentar-se como ferramenta para a consolidação das informações relativas à estimativa individual e total de todos os participantes: esses dados revelam-se fundamentais para o sucesso do registro de preços, pois é a partir deles que o fornecedor terá condições de avaliar a possibilidade de participar da licitação, além de servir de instrumento de planejamento para os órgãos participantes;
- (vii) permitir a constatação da necessidade de adequação dos termos de referência ou projeto básico: em decorrência das sugestões de adequação das especificações técnicas do objeto apresentadas pelos órgãos participantes, o órgão gerenciador deverá verificar se o termo de referência/projeto básico poderá ser mantido de acordo com a concepção original do objeto ou se precisará ser modificado para o atendimento aos órgãos e entidades.

Essa é uma função relevantíssima do Plano de Suprimentos, pois permite que o órgão gerenciador avalie as condições de padronização do objeto, como forma e método de racionalização das contratações. Mas vale observar que nem sempre a unanimidade com relação à formatação do objeto será possível, devendo, em tese,

prevalecer a modelagem prevista pelo órgão gerenciador – não sem antes ponderar as sugestões apresentadas – já que este detém a expertise técnica da execução do objeto.

- (viii) determinar a confirmação da concordância com o objeto, quantitativo e o projeto básico/termo de referência: a partir da avaliação da necessidade de adequação, permite que o órgão gerenciador confirme as características e quantitativos do objeto que farão parte do registro de preços;
- (ix) possibilitar a manifestação formal quanto à concordância com o objeto a ser licitado antes da instauração do certame, pelo órgão participante, não deixando qualquer margem de dúvida acerca da genuína intenção de realizar futuras contratações.

Constata-se que o Plano de Suprimentos é um relevante instrumento para o registro e a divulgação dos itens a serem licitados pelo órgão gerenciador, em prol da eficiência administrativa, que busca o melhor resultado da Administração; e não simplesmente a mera execução da atividade.

Permite-se, assim, a efetiva participação dos órgãos e entidades estaduais nas contratações públicas coletivas, inclusive no que se refere à modelagem final do objeto a ser adquirido por todos.

7.2 A definição da quantidade estimada

Uma vez definida pelo Plano de Suprimentos a formatação do objeto, com a aprovação do termo de referência ou projeto básico pela autoridade competente do órgão gerenciador, e confirmados os órgãos participantes, a indicação da quantidade estimada passa a ser um aspecto relevante nos registros de preços e deve ser aferida a partir do levantamento e consolidação dos dados disponibilizados pela Administração.

Como dito, uma das vantagens do registro de preços é a não determinação de quantitativo preciso de futura contratação ao longo da validade da ata. Isso significa que a Administração pode apenas estimar unidades de aquisição de produto ou execução de serviço que, ao final, podem não ser efetivamente contratadas. E nesse passo caminha o decreto ao especificar que o edital deve indicar a “*estimativa de quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes*” e a “*estimativa de quantidades a serem adquiridas por órgãos não participantes*”, quando permitida a adesão.

Mas até que ponto a Administração Pública detém a liberdade de não estimar quantitativo próximo da realidade? E quais são as questões que estão diretamente vinculadas à prática de se estimar contratação ao final não executada?

Suponha-se que, em determinado exercício, um registro de preços contemple a aquisição de 2.000 (dois mil) automóveis. O fornecedor ofertou um preço interessante para a Administração, imaginando vender quantitativo próximo ao quantitativo estimado, inclusive tendo negociado o preço e as condições com os seus fornecedores. Mas, ao final do período de vigência da ata, a Administração só

adquiriu 300 veículos. O que a Administração sinaliza para os licitantes do próximo registro de preços?

Fora os motivos decorrentes de grave crise financeira imprevisível, provavelmente, a Administração não efetuou o devido planejamento das suas contratações, estimando quantitativo “desejável” mas não “realizável”. A partir daí, é possível que o mercado estime, nas próximas licitações de registro de preço, valor que não contemple a aquisição de quantitativo próximo ao estimado.

Em contrapartida, se a compra for efetivada de acordo com os quantitativos aproximados do planejado, a tendência do mercado é reconhecer maior confiança e segurança em relação ao Poder Público e cotar preços mais competitivos na licitação, aumentando a vantagem do ganho de escala obtido com a adoção desse regime.

Portanto, a racionalidade que deve prevalecer é aquela na qual a Administração ofereça reais incentivos ao mercado para otimizar as suas contratações.

Neste escopo, não seria demais se o edital indicasse, ao lado do quantitativo total estimado, um número exato daquilo que realmente será adquirido. Nesse caso, o edital poderia estipular que dos 2 mil automóveis – para manter o exemplo – ao menos 1.8 mil serão realmente adquiridos. Tal é a previsão da quantidade mínima a ser contratada¹⁰.

Essa manifestação demonstra que houve o efetivo planejamento da compra pública e confere legítima segurança ao mercado, que, por outro lado, tenderá a oferecer melhores preços, em atendimento ao princípio da economicidade.

Mas, conforme se adiantou, não é obrigatório que a Administração indique quantitativo mínimo a ser adquirido, cabendo, por outro lado, aproximar a sua estimativa da realidade, evitando avaliações apenas “desejáveis”.

7.3 A pesquisa de mercado e a fixação de preço máximo de contratação

Assim que as quantidades previstas forem definidas, o órgão gerenciador deverá promover a “*ampla pesquisa de mercado*”, que deverá preceder a licitação para o registro de preços. A expressão grifada decorre da Lei nº 8.666/93, mas foi reproduzida pelo Decreto Estadual.

A pesquisa de mercado tem várias funções. A mais óbvia é indicar o valor estimado da contratação, mas também é importante para a realização da reserva orçamentária – que, como visto, no caso de registro de preços, não precisa ocorrer na fase interna da licitação –, o que promove o devido planejamento; e, quando for o caso, indicar a modalidade de licitação, caso não se trate de bens ou serviços comuns.

Por isso, ainda que não seja obrigatória a reserva orçamentária, devem os órgãos participantes destacar (ainda que não formalmente) o valor a ser despendido com as futuras contratações a partir do valor estimado, sendo seu dever “*promover as ações necessárias para as suas próprias contratações*”, na forma do Decreto Estadual.

¹⁰ Esta previsão foi incluída na atual minuta-padrão de registro de preços.

Além disso, serve a pesquisa de preços como um balizador para a eventual desclassificação da proposta de preços, nos casos de se verificar a inexecuibilidade do preço diante de preço tão diminuto, incapaz de cobrir os custos da contratação, ou de preço excessivo, que pode configurar superfaturamento.

Quem lida com as contratações públicas está ciente de que um dos maiores desafios das licitações é a realização da adequada e “*ampla pesquisa de mercado*”. Apesar dos evidentes esforços dos servidores públicos, o mercado não tem natural interesse em divulgar seus preços estimados antes da apresentação da sua proposta final, o que dificulta o sucesso dessa importante etapa.

Na tentativa de auxiliar a obtenção do valor estimativo das contratações, foi editado o Decreto nº 44.499/13¹¹, autorizando que fosse utilizado o preço de referência gerado pelo Sistema Integrado de Gestão de Aquisições (SIGA), para fins de instrução processual nas requisições e processos de compras dos órgãos e entidades do Estado¹².

O preço de referência, segundo o próprio Decreto, é um “*valor síntese*”, que representa o conjunto de preços praticados pelos diversos órgãos e entidades do Estado, ao longo do tempo, que são armazenados no SIGA.

Além do preço de referência, ainda são disponibilizados o valor mínimo de compra e o valor médio de compra, relativos a determinado item de material pesquisado.

Certamente, não basta a singela reprodução do preço de referência, e, nesse sentido, a referida norma acatou-se em alertar sobre os diversos fatores que podem influenciar o valor final do item. Dentre outros, são assinalados os seguintes: o quantitativo total do item a ser adquirido, que no registro de preços é fator essencial, já que, naturalmente, lida com enorme volume de contratação; a localização geográfica da unidade de compra, que incide sobre o preço do frete; a influência da sazonalidade no preço do item de material a ser adquirido e, por fim, as condições comerciais praticadas, de modo que a simples alteração do prazo de entrega ou de seu local, ou ainda, a forma de pagamento podem acarretar mudanças significativas no preço final dos itens adquiridos.

¹¹ Dispõe sobre a utilização do preço de referência disponibilizado pelo Sistema Integrado de Gestão de Aquisições – SIGA nas compras públicas

¹² No âmbito federal, é utilizado o SISPP para indicar os preços praticados nos processos de contratações governamentais, discriminados por unidades de medida de padrão legal e marcas, com vistas a subsidiar o gestor público em estimativas de valores de contratações futuras. Os preços praticados nos processos de contratações governamentais devem ser incluídos no documento Consulta de Preços Praticados, que, por sua vez, são disponibilizados no COMPRASNET, podendo ser utilizados, a critério dos gestores públicos, como parâmetros de valores estimados para a realização de licitações. Recentemente, foi editada a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 5/2014, dispendo sobre o procedimento para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, à qual estão subordinados todos os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (SISG). Segundo a norma, a referida pesquisa poderá ser realizada por quatro modalidades: (i) pelo ComprasNet; (ii) por pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; (iii) pela comparação com contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços e (iv) mediante pesquisa com os fornecedores.

Quando se refere às aquisições, a aplicação da norma reforça a regra disposta no inciso V do art. 15 da Lei nº 8.666/93, determinado que, sempre que possível, estas devem “*balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública*”

Uma vez realizada a pesquisa de mercado ou utilizados os valores de referência registrados no SIGA, deve a Administração, com base nesses critérios, estabelecer a fixação do preço máximo admitido na licitação.

Embora seja um instrumento de grande valia, não se tem notícia de que o “*banco de preços*” esteja sendo disponibilizado por meio de consulta pelos órgãos e entidades estaduais.

Independentemente da utilização desse parâmetro para indicar o preço, uma dúvida que surge é a divulgação obrigatória, no edital de registro de preços, dos preços máximos que a Administração pretende contratar.

A incerteza surgiu em face do já revogado Decreto Federal nº 3.931/2001, que disciplinava, no inciso III do art. 9º, que o edital deveria contemplar “*o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar, por contratação, consideradas as regiões e as estimativas de quantidades a serem adquiridas*”.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto Estadual - contemporâneo à norma acima citada,- já alertava que o edital deveria fixar “*o preço unitário máximo que a Administração se dispõe a pagar, por contratação, consideradas as regiões e as estimativas de quantidades a serem adquiridas, quando a licitação for na modalidade de concorrência*” e fazia a seguinte ressalva logo em seguida: “*Quando a modalidade de licitação for o pregão, presencial ou eletrônico, é facultativo constar no edital o preço unitário máximo.*”

A posição fixada no âmbito do Poder Executivo Estadual sempre foi o de observar a atração da regra da modalidade. Ao passo que nas modalidades comuns, da Lei nº 8.666/93, a fixação do valor máximo admitido decorre do art. 40, inciso X, da mesma lei, no pregão, o preço máximo deve ser calculado, mas não precisa ser divulgado pela Administração no edital antes da realização da licitação.

Cabe lembrar que as planilhas estimativas de preço devem instruir os autos de qualquer procedimento licitatório, mas no, pregão, a sua exposição pelo edital não é obrigatória. O objetivo, como sabido, é a não indução do preço pelo mercado, de modo que seja alcançada a verdadeira competitividade.

O Decreto Estadual em vigor chega a mencionar a expressão “*valor inferior ao máximo admitido*”, no § 2º do art. 14, quando trata do registro de preços de outros fornecedores – o que mais adiante será apresentado. De todo modo, já representa um referencial de que tal valor deve constar da instrução do processo.

Assim, a juízo discricionário do administrador, que deve avaliar caso a caso, ainda que se trate de pregão, o preço máximo pode ser determinado pelo edital (embora tal prática não seja obrigatória), e deve ser avaliado caso a caso, com a devida justificativa¹³.

¹³ No mesmo sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, apresentada pelo Informativo de licitações e contratos n 51– Acórdão 392/2011 – Plenário: “Enunciado: Pregão para registro de preços: 3 - No caso do pregão, a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa. Texto: Na mesma representação pela qual o Tribunal tomou conhecimento de potenciais irregularidades no Pregão nº 208/2010, realizado pelo Ministério da Saúde

O Decreto Estadual em vigor não apresenta este alerta, mas a regra deve prevalecer; a norma federal deixou de reproduzir o dispositivo presente no decreto anterior.

7.4 A adoção da adequada modalidade de licitação e o critério de julgamento

A Lei nº 8.666/93, no § 3º do Art. 15, determinou que a seleção para o registro de preços fosse precedida de concorrência, ao passo que o art. 10 do Decreto Estadual também autorizou a adoção da modalidade pregão.

Não se cogita de qualquer ilegalidade, eis que a Lei Federal nº 10.520/02¹⁴, da mesma estatura da norma antes mencionada, estabeleceu que os bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado, devem ser licitados pela modalidade pregão.

Desse modo, a concorrência deve ser utilizada desde que se trate de bens e serviços não comuns.

- MS, analisou-se, como possível irregularidade, a não divulgação dos valores de referência, tidos, na espécie, como preços máximos a serem praticados, que teria resultado em prejuízo para a elaboração da proposta por parte das empresas licitantes. Em seus argumentos, o MS defendeu tratar-se de estratégia, a fundamentar a negociação a ser travada entre pregoeiro e as licitantes. Nesse quadro, levantou precedente no qual o TCU entendeu ser facultativa a divulgação dos valores de referência. Para o órgão, "a revelação do preço máximo faz com que as propostas das licitantes orbitem em torno daquele valor, o que poderia frustrar a obtenção das melhores condições de contratação". Já para a unidade técnica, existiriam, no TCU, duas correntes acerca da necessidade da divulgação de orçamento/preço máximo em edital. Pela primeira, "no caso específico dos pregões, [...] o orçamento estimado em planilhas e os preços máximos devem necessariamente fazer parte do Termo de Referência, na fase preparatória do certame, e a sua divulgação é decisão discricionária do órgão organizador". Para a outra corrente, que "abarca as situações que não sejam de pregões, tem-se farta jurisprudência no sentido de que o disposto do art. 40, inc. X, da Lei 8.666 obriga, e não faculta, a divulgação do orçamento estimado em planilhas e de preços máximos no instrumento convocatório". Assim, para a unidade técnica, à exceção do pregão, a jurisprudência do TCU, apoiada pela doutrina, majoritariamente considera "a divulgação do 'orçamento ou preço máximo no instrumento convocatório' como elemento imperativo, e não meramente opcional". Contudo, ainda de acordo com a unidade instrutiva, o acórdão nº 3.028/2010, da 2ª Câmara, teria aberto precedente, no sentido de se interpretar "a divulgação dos preços máximos, prevista no art. 40, X, da Lei 8.666/93, como facultativa, e não obrigatória, sem ressalvas com relação à modalidade da licitação". Em razão da aparente divergência jurisprudencial, a unidade técnica sugeriu que a questão fosse apreciada em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, com o que discordou o relator. Para ele, "o art. 40, X, da Lei nº 8.666/93 não discorre sobre a 'divulgação' do preço máximo, mas sim sobre a sua 'fixação', o que é bem diferente". A fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, seria obrigatória, no entender do relator, no caso de obras e serviços de engenharia, nos termos da Súmula TCU nº 259/2010, donde se concluiria que, para outros objetos, não relacionados a obras e serviços de engenharia, essa fixação é meramente facultativa. Fez ressalva, todavia, ao caso do pregão, para o qual, "a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa".

¹⁴ Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

Quanto ao tipo de licitação, cuidando-se de pregão, o único critério de julgamento possível é o menor preço. Por “*menor preço*”, pode ser adotado qualquer critério que o possa expressar, como o maior desconto sobre tabela de preços praticados no mercado ou sobre taxas de administração, o que não denota qualquer inovação.

Sendo adotada a concorrência, além do menor preço, poderá ser estabelecido, excepcionalmente, o tipo de técnica e o preço, segundo o § 3º do art. 10 do Decreto. Nesse caso, além da justificativa apresentada pelo órgão gerenciador, a autoridade máxima do órgão ou entidade deverá motivar a referida decisão, segundo o decreto, “*mediante despacho fundamentado*”.

7.5 A elaboração do edital e a aprovação pelo órgão jurídico

O edital de registro de preços apresenta algumas peculiaridades em relação a um instrumento convocatório de uma licitação comum. Somente o rol de todos os órgãos participantes e indicação de quantitativos estimados e não determinados já é suficiente para comprovar esta assertiva.

O art. 11 do Decreto contempla o conteúdo mínimo dos elementos que devem estar contidos no edital de licitação para registro de preços: a especificação ou descrição do objeto conforme contido no Catálogo de Itens de Materiais e Serviços do Estado mantido pela SEPLAG (atual Secretaria de Fazenda e Planejamento); estimativa de quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes; estimativa de quantidades a serem adquiridas por órgãos não participantes, observado o disposto no § 4º do art. 26, no caso de o órgão gerenciador admitir adesões; quantidade mínima de unidades a ser cotada por item, no caso de bens e materiais; condições quanto ao local, prazo de entrega, forma de pagamento e, nos casos de serviços, quando cabível, frequência, periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem utilizados, procedimentos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados; prazo de validade do registro de preços; órgãos e entidades participantes do registro de preços; modelos de planilhas de custo e minutas de contratos, quando cabível; penalidades por descumprimento das condições e a minuta da ata de registro de preços como anexo.

Além desse roteiro básico, podem ser previstas no edital outras normas e condições definidas nas Leis nº 8.666/93 e 10.520/02, quando aplicáveis, como o critério de reajuste de preços, quando se tratar de contratação de serviços contínuos.

A regra do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93, no que se refere ao exame e à aprovação da minuta de edital, prevalece igualmente quando se tratar de registro de preços. Nesse caso, deve ser proferido parecer jurídico ou visado pelo Assessor-Chefe da assessoria jurídica ou órgão equivalente da entidade promotora da licitação, referente às minutas do edital, do contrato e dos respectivos anexos, quando houver matéria de conteúdo jurídico.

Uma dúvida recorrente é se a assessoria jurídica do órgão participante precisaria aprovar novamente a minuta de contrato no momento da efetiva contratação, uma vez que esta já fora aprovada juntamente com as minutas de edital pela Assessoria Jurídica promotora da licitação; no caso, o órgão gerenciador.

Não se constata qualquer necessidade de aprovação formal da minuta, mas é praxe que esta seja reexaminada a pedido do ordenador de despesas. Ademais, os processos de contratação decorrentes de registro de preços acabam por passar pelo órgão jurídico, sendo natural que se examine a referida minuta, nem que seja para registrar que já fora aprovada anteriormente. Nesse caso, necessária será a instrução do processo administrativo do órgão participante com o parecer da assessoria jurídica do órgão gerenciador.

Uma vez aprovada a minuta, o edital deverá ser assinado pela autoridade competente, sendo inadequado ser firmado pelo pregoeiro ou pelo presidente da comissão de licitação, já que deve convocar o mercado para participar das licitações aquele que tem competência para a assinatura do contrato.

7.6 A complementação da instrução do procedimento

O processo administrativo próprio instaurado para a licitação visando ao registro de preços deverá conter, no que couber e sem prejuízo de outras informações pertinentes, os comprovantes da publicação do aviso do edital, do resultado da licitação e dos demais atos relativos à publicidade do certame; recibos de entrega do edital aos licitantes, quando for o caso (o que dificilmente ocorre em razão da sua publicação eletrônica); ata da sessão de julgamento, com o registro de todos os licitantes participantes, das propostas apresentadas, na ordem de classificação, da análise da documentação exigida para habilitação e dos recursos interpostos, além do cadastro de reserva, se for o caso e a cópia da publicação do ato de designação do órgão julgador, substitutos e equipe de apoio.

Após a homologação do procedimento pela autoridade competente do órgão gerenciador, a ata de registro de preços é assinada, sendo o seu teor divulgado aos órgãos participantes.

8. O anexo do edital: a ata de registro de preços

Finalizada a licitação, deverá ser lavrada a ata de registro de preços, documento essencial ao sistema de registro de preços.

A Lei nº 8.666/93 indicou que o produto da licitação para este regime seria o “*quadro geral de preços*”, tendo a este se referido nos §§ 5º e 6º¹⁵ do art. 15. Mas não foi essa a nomenclatura que prevaleceu nos atos regulamentadores, tendo sido adotada a expressão “*ata de registro de preços*”.

A Ata de Registro de Preços é documento vinculativo, de caráter obrigacional, com efeito de compromisso de prestação de serviços ou de fornecimento de bens, conforme o caso, para futura contratação, nos termos e nas condições definidos no edital e propostas apresentadas.

Sua natureza não é contratual, posto que possui efeito de compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, formalizando, assim, a realização da futura contratação.

¹⁵ § 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.

Uma outra característica deste regime é que a lavratura da ata de registro de preços não impede a administração de realizar nova licitação; ou seja, a Administração não está obrigada a contratar com aquele que teve seu preço registrado, sendo, portanto, facultativo o uso do registro de preços. Essa regra advém do § 4º do art. 14 da Lei nº 8.666/93 e do art. 20 do Decreto Estadual¹⁶.

Determina-se, ainda, que os preços registrados deverão ser devidamente mencionados na ata de julgamento da licitação ou na instrução processual de eventual contratação direta, a ser ratificada pela autoridade máxima do órgão ou entidade do Estado.

Em outras palavras, quando a Administração firma um registro de preços deve zelar para a segurança jurídica do que foi firmado, ainda que não exista, de sua parte, um compromisso formal de futura contratação (o que só vale para o fornecedor). Além disso, a transparência de seus atos também deve ser contemplada neste caso, evitando atitudes que maculem a confiança legítima depositada pelos fornecedores.

De qualquer modo, a dúvida que sempre surge é o motivo da necessidade de realização de licitação quando há ata de registro de preços vigente. Se o preço não estiver de acordo com o mercado, a saída mais adequada parece ser a negociação do preço junto ao fornecedor, para adequação ao mercado, ou o cancelamento do registro, com a apresentação da devida motivação e instauração de procedimento prévio para plena ciência do fornecedor. Se o preço inadequado for verificado pelo órgão participante, é seu dever alertar ao órgão gerenciador.

A realização de outra licitação neste caso, parece ser medida atípica e que contraria um dos objetivos do registro de preços, que é, exatamente, a desnecessidade contínua de instauração de procedimentos licitatórios por todos os órgãos e entidades da Administração.

Em todo caso, a lavratura da ata de registro de preços não obriga a contratação dos bens e serviços registrados pela Administração Pública, sendo facultada a realização de licitação específica para o objeto da contratação. Nesse caso, no entanto, é assegurada a preferência ao fornecedor registrado em igualdade de condições. Essa regra advém do § 4º do art. 15 da Lei de Licitações.

A ata de registro de preços deve indicar os elementos essenciais para garantir as futuras contratações, não bastando o registro simples de um quadro com os nomes

¹⁶ 5. Sob esse ângulo, destaque-se, no sentido do parecer do Ministério Público Federal, que: "Com efeito, não errou o acórdão ao dizer que a revogação da licitação fora legal. Realmente, houve estrita observância do art. 49 da Lei nº 8.666/934, pois o ato é discricionário, foi devidamente fundamentado e precedido de parecer da procuradoria estatal, que ordenou a realização de ampla pesquisa e consulta (fls. 212-215, 216-232, 233, 235-242), constatando a Administração que o preço oferecido pela EMBRATEL não correspondia ao preço de mercado, fato de que somente teve conhecimento posteriormente, apesar da pesquisa realizada durante a análise das propostas. Ademais, ainda que tivesse firmado o termo de registro de preços com a EMBRATEL naquele momento, não seria o ente público obrigado a contratá-la, eis que "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" (art. 15 § 4º da Lei nº 8.666/93)." (STJ - MC 11055/RS - 1 Turma - j. 16/05/2006)

dos fornecedores e preços dos respectivos itens licitados, isso porque as contratações podem ser realizadas sem a formalização por instrumento contratual.

De acordo com o art. 62 da Lei nº 8.666/93, o instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. Aplica-se o mesmo parâmetro às contratações realizadas por pregão.

Conforme o disposto no § 4º do citado art. 62, é ainda dispensável o "*termo de contrato*" e facultada a sua substituição por carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

Assim, podendo ser emitida uma nota de empenho, por exemplo, em substituição ao instrumento contratual, é melhor que as atas definam direitos e deveres de modo mais detalhado.

Por esse motivo, várias são as condições e preceitos que podem ser previstas na ata de registro de preços, além da óbvia indicação do órgão gerenciador, como:

- a designação dos órgãos participantes;
- a possibilidade ou não de adesão pelos órgãos não participantes (aderentes) e as condições para tanto;
- as quantidades estimadas para a contratação, tanto pelo órgão gerenciador e pelos órgãos participantes quanto pelos órgãos aderentes. Tendo sido indicado no edital o quantitativo mínimo a ser contratado, deverá ser incluída tal previsão;
- os locais de prestação dos serviços ou entrega dos materiais;
- o prazo de validade da ata de registro de preços e a possibilidade de prorrogação, na forma do decreto;
- o prazo de vigência de cada contrato decorrente da Ata de Registro de Preços e a possibilidade de sua prorrogação, desde que atendidas as condições do art. 57 da Lei nº 8.666/93;
- o preço unitário de cada item registrado, conforme constou da proposta vencedora da licitação;
- a indicação dos custos envolvidos no preço unitário de cada item;
- a possibilidade de revisão dos preços registrados em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou que eleve de fato o custo dos serviços ou materiais registrados;
- o modo pelo qual a contratação será formalizada, se por intermédio de instrumento contratual, emissão de nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outro instrumento similar, quando cabível;
- a forma do recebimento do objeto e da fiscalização do contrato;
- as condições de pagamento;

- as obrigações do órgão gerenciador, órgãos participantes e órgãos aderentes na qualidade de contratantes;
- as obrigações do fornecedor;
- a previsão do cadastro de reserva, se for o caso, e como será realizada a sua convocação dos fornecedores nesta condição;
- os motivos e procedimento para o cancelamento do registro de preços;
- as penalidades que podem ser impostas ao fornecedor e o procedimento para a sua aplicação;
- se haverá exigência de garantia contratual; entre outros.

Nesse sentido, a minuta-padrão de ata de registro de preços da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro contemplou todos esses elementos e alguns outros para a sua plena utilização. Optou-se por elaborar modelo de ata de registro mais extenso, que se aproximasse mais das minutas-padrão de contratos, de modo que os referidos modelos não contemplem somente os elementos indispensáveis para a contratação pelo sistema de registro de preços.

Como o referido regime autoriza que as contratações sejam realizadas sem a formalização por instrumento contratual, podendo ser emitida uma nota de empenho, por exemplo, em substituição aquele, é melhor que as atas definam direitos e deveres de modo mais detalhado.

O regime estadual também contemplou anexo da ata que consolida todas as informações mais relevantes para a realização das contratações. Nesse documento, em forma de tabela, estão previstos de modo objetivo: o objeto do registro de preços, por item; o nome do fornecedor; a especificação do objeto; a quantidade total registrada; a quantidade mínima por fornecimento; a quantidade mínima a ser adquirida (quando for o caso); a unidade de fornecimento e o preço unitário. Em outro anexo, são incluídos os dados do cadastro de reserva.

A ata de registro de preços e seus anexos deverão ser divulgados no Portal de Compras do Estado, ficando disponibilizados durante a sua vigência.

9. O Cadastro de Reserva

O Decreto Estadual permite a formação de um cadastro de reserva que nada mais é do que o registro formal dos licitantes que aceitaram cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame.

Seu objetivo é oportunizar a permanência das contratações durante o período de validade da ata, caso o fornecedor registrado não esteja hábil a cumpri-la. Com esse cadastro, ganha-se tempo e evita-se a realização de outra licitação para o registro de preços, na medida em que as propostas dos licitantes que participaram do certame podem ser aproveitadas.

Após o encerramento da etapa competitiva, os licitantes poderão reduzir seus preços ao valor da proposta do licitante mais bem classificado, para a formação do Cadastro de Reserva, sendo incluído na respectiva ata o registro dos que aceitarem cotar o objeto com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame.

Ao preço do primeiro colocado, poderão ser registrados tantos fornecedores quantos necessários para que, em função das propostas apresentadas, seja atingida a quantidade total estimada para o item ou lote. A apresentação destas novas propostas não pode prejudicar o resultado do certame em relação ao licitante mais bem classificado.

Deste modo, ficam registrados na ata de registro de preços tanto os preços e quantitativos do licitante mais bem classificado durante a etapa competitiva quanto os preços e quantitativos dos licitantes que tiverem aceitado cotar o objeto em valor igual ao do licitante mais bem classificado.

A ordem de classificação dos registrados na ata deverá ser respeitada para as contratações, cabendo ao órgão gerenciador realizar os devidos registros na Ata de Registro de Preços para a sua atualização.

Uma vez homologado o resultado da licitação, os fornecedores classificados também serão convocados para assinar a Ata de Registro de Preços, mas antes deverão apresentar os documentos de habilitação e declaração de que não foram aplicadas penalidades de suspensão temporária da participação em licitação e impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar por qualquer Ente ou Entidade da Administração Federal, Estadual, Distrital e Municipal cujos efeitos ainda vigorem, para posterior consulta pelo Pregoeiro nos cadastros de penalidades, assim como a proposta de preços relativa ao valor arrematado, inclusive, se for o caso, detalhando a planilha de custos.

Uma vez recebida a referida declaração, o pregoeiro consultará o Cadastro de Fornecedores do Estado, por meio do SIGA e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, do Portal Transparência da Controladoria Geral da União, para ratificar tal condição. Este último cadastro pode ser acessado por qualquer usuário na página do portal de transparência.

Qual seria o momento da apresentação dos documentos de habilitação pelos fornecedores do cadastro de reserva? No momento da lavratura da ata de registro de preços ou, posteriormente, quando fossem convocados?

Não seria recomendável que os fornecedores lavrassem a ata de registro de preços – mesmo que esta não ostente natureza contratual – sem que a Administração tivesse verificado seus documentos com antecedência, o que poderia colocar em risco a lisura administrativa. Por isso, o momento de apresentação dos documentos desses fornecedores é o mesmo do fornecedor que tem seus preços registrados.

Se, por um lado, não há limitação quanto ao número de fornecedores, a restrição ocorre em relação ao preço registrado, uma vez que este deve ser igual ao oferecido pelo licitante vencedor.

A norma estadual prevê uma única exceção, na qual o preço registrado no cadastro de reserva pode ser maior do que o oferecido pelo primeiro colocado da ata, descrita no § 2º do art. 14.

A ressalva prevista permite o registro de outros preços, desde que presentes as seguintes condições: (i) a critério do órgão gerenciador, o que pressupõe a apresentação de justificativa para tanto; (ii) quando a quantidade do primeiro colocado não for suficiente para as demandas estimadas; (iii) os objetos se revelarem com qualidade ou desempenho superior; (iv) houver justificativa para a

comprovação da vantagem e (v) as ofertas forem inferiores ao valor ao máximo admitido.

O Decreto Federal não admite o registro de outro preço – nem em caráter excepcional – que não seja igual ao do licitante vencedor. A regra em vigor no âmbito estadual reconhece o valor individual de cada proposta, além de observar a vinculação do instrumento convocatório – já que não será registrado nenhum bem ou serviço cujo preço esteja acima do que foi indicado pelo edital –, pelo que, sob o ponto de vista jurídico, a exceção prevista não aparenta contradição ao sistema licitatório.

O cadastro de reserva poderá ser empregado no caso de exclusão do fornecedor na ata de registro de preços, seja pelo cancelamento do seu registro, seja pelo cancelamento do próprio registro de preços, segundo prescrevem os arts. 24 e 25 do Decreto Estadual.

O cancelamento do registro do fornecedor pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

- quando este descumprir as condições da ata de registro de preços;
- não retirar a nota de empenho ou instrumento equivalente no prazo estabelecido pela administração, sem justificativa aceitável;
- não aceitar reduzir o seu preço registrado, na hipótese de este se tornar superior àqueles praticados no mercado; ou
- sofrer sanção prevista nos incisos III ou IV do caput do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993, ou no art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002;

De outro lado, o cancelamento do registro de preços tem por causa um fato superveniente, decorrente de caso fortuito ou força maior que impeça o cumprimento da ata, sendo a justificativa atinente à razão de interesse público ou a pedido do fornecedor.

O cancelamento do registro será sempre formalizado por despacho do órgão gerenciador, assegurado o contraditório e a ampla e prévia defesa pelo fornecedor registrado, exceto quando este mesmo solicitar o cancelamento do seu registro.

10. A contratação decorrente da Ata de Registro de Preços

Uma vez lavrada a Ata de Registro de Preços, o órgão gerenciador, os órgãos participantes e os órgãos aderentes (desde que atendidas as condições que lhes são próprias) estarão aptos a realizar os procedimentos para as respectivas contratações.

O procedimento é muito simples, mas exige análise de questões pontuais:

O primeiro requisito é verificar se a ata de registro de preços está em vigor, eis que não é possível contratar por registro de preços quando esta já perdeu a sua validade. A partir do momento que a ata não mais está em vigor, o compromisso do fornecedor já se exauriu, assim como a Administração perde o fundamento de validade para a contratação.

O segundo é realizar a pesquisa de mercado para aquilatar se os preços registrados estão de acordo com o mercado. A coleta de preços pode ser dispensada quando manifesta a atualidade dos preços da ata, o que se vislumbra quando os

extratos da ata tiverem sido publicados há menos de três meses ou se o órgão gerenciador houver promovido a atualização trimestral dos preços. Mas, caso a pesquisa não seja atual, é indispensável ir ao mercado para verificar a vantajosidade da contratação a partir dos preços registrados.

Deve ser constatada, ainda, a disponibilidade de crédito orçamentário para fazer face às despesas no exercício, para que sua reserva seja autorizada pela autoridade competente.

11. A alteração da Ata de Registro de Preços

Uma vez lavrada a ata de registro de preços, poderia haver alteração das condições que foram pactuadas?

Por exemplo, o prazo de vigência pode ser estendido? O objeto pode ser modificado para pequenas adaptações? E as quantidades registradas, poderiam ser acrescidas aplicando-se as limitações legais de 25% e 50%, previstas no art. 65 da Lei nº 8.666? Quanto ao preço, cabe reajuste dos valores registrados?

Essas questões são recorrentes para quem lida com as contratações derivadas do registro de preços. Há uma tendência à aplicação do mesmo raciocínio de alteração dos contratos às atas de registro de preços, mas, como já se adiantou, diante da natureza jurídica distinta desses dois instrumentos, nem sempre o fundamento para as modificações pretendidas é o mesmo e, por isso, deve ser avaliado de acordo com o seu objetivo.

11.1 Alteração do Prazo da Ata de Registro de Preços

Segundo o art. 15, § 3º, inciso III, da Lei nº 8.666/93, o prazo de validade do registro não poderá ser superior a um ano.

É a partir desta regra que derivam todas as prováveis análises da possibilidade de alteração do prazo da ata; e não do art. 57 da Lei nº 8.666/93, que cuida da duração dos prazos dos contratos administrativos de acordo com a sua natureza.

Por outro lado, o art. 16¹⁷ do Decreto Estadual, que, segundo a lei de licitações, deve regulamentar o sistema de registro de preços, alinhado à diretriz acima mencionada, repetiu a impossibilidade de o prazo da ata ultrapassar doze meses¹⁸, embora tenha autorizado a sua prorrogação.

Desse modo, se o prazo de validade da ata for menor do que os 12 (doze) meses, tendo sido fixado, por exemplo, em 6 (seis) meses, a sua prorrogação pelo mesmo período será válida, visto que não ultrapassa o tempo máximo de vigência previsto na lei de licitações.

O dimensionamento do tempo de duração da ata de registro de preços não é uma questão jurídica. Os órgãos técnicos devem avaliar, diante do objeto a ser

¹⁷ Art. 16 - O prazo de validade da ata de registro de preços não será superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações, conforme o inciso III do § 3º do art. 15 da Lei nº 8.666, de 1993.

¹⁸ No mesmo sentido é o item 2 do Enunciado Nº 27 – PGE: 2. O prazo de vigência da ata de registro de preços não poderá ultrapassar um ano, computadas neste as eventuais prorrogações (art. 15, §3º, III, da Lei nº 8.666/93 c/c art. 5º, *caput*, do Decreto Estadual nº 41.135/08). (ref. Parecer nº 4/11-DBL).

contratado, do funcionamento do respectivo mercado, da experiência com os registros de preço realizados anteriormente e pela análise do registro de preços de outros entes se melhor seria estabelecer o prazo de 12 meses ou um prazo inferior, possibilitando a sua prorrogação posterior, com vistas a alcançar melhores preços.

Para que o prazo da ata seja prorrogado, necessária previsão expressa na ata de registro de preços ou no instrumento convocatório da licitação, evitando-se qualquer alteração das regras internas que conduzem o sistema e a fim de que as expectativas dos futuros licitantes não sejam frustradas pelo aumento do prazo que não havia sido inicialmente previsto, protegendo o valor da concorrência.

Outra condição para a prorrogação do prazo da ata é a justificativa da vantajosidade do preço¹⁹.

Não é a lei, nem o Decreto Estadual, que conclui ser este um dos requisitos para a sua prorrogação; trata-se de uma noção intuitiva. Ora, se o prazo da ata findou-se e o preço não é mais vantajoso, qual é o motivo para se prorrogar o tempo da ata de registro de preços? Em tese, o procedimento mais adequado é o retorno ao mercado, pela via da licitação, a fim de obter melhores preços.

Caso acolhida pela autoridade competente a motivação para a prorrogação do prazo, esta poderá ser formalizada por um termo de aditamento à ata, para sua divulgação perante os órgãos participantes e o mercado.

Vale o último alerta no que se refere a esta questão. A prorrogação do prazo não autoriza que o quantitativo dos itens seja remanejado para o período da prorrogação. O que se autoriza é, tão somente, a prorrogação do prazo; e não a alteração quantitativa do objeto.

Assim, por exemplo, se forem registrados mil itens pelo período de 6 meses e, passado este tempo, perceber-se que apenas foram adquiridos 450 itens, o prazo da ata pode ser prorrogado, por até 6 meses, a fim de totalizar 12, propiciando que os mil itens possam ser, ao final, contratados.

Se os mil itens forem consumidos integralmente no prazo de 6 meses, não há por que proceder à prorrogação do prazo da ata, uma vez que o quantitativo registrado não poderá sofrer adequação, conforme será demonstrado no item abaixo.

11.2 A vedação da alteração do objeto da Ata de Registro de Preços

O objeto registrado não poderá sofrer qualquer alteração qualitativa ou quantitativa. Uma vez registrado o item e a sua quantidade, fica firmado o compromisso do fornecedor em disponibilizar os bens e/ou serviços previamente estabelecidos naquelas condições, não podendo advir daí quaisquer adequações.

As alterações quantitativas e qualitativas do objeto são espécie de cláusulas exorbitantes da Administração Pública, que expressam prerrogativa especial em

¹⁹ No mesmo sentido é a ORIENTAÇÃO NORMATIVA/AGU Nº 19, DE 01.04.2009: “O prazo de validade da Ata de Registro de Preços é de no máximo um ano, nos termos do art. 15, § 3º, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993, razão por que eventual prorrogação da sua vigência, com fundamento no § 2º do art. 4º do Decreto nº 3.931, de 2001, somente será admitida até o referido limite, e desde que devidamente justificada, mediante autorização da autoridade superior, e que a proposta continue se mostrando mais vantajosa.” (REF: art. 15, § 3º, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993; art. 4º, caput, § 2º, do Dec nº 3.931, de 2001)

relação aos contratos, permitindo a sua alteração unilateral. O objetivo é permitir que a Administração Pública (e os interesses que representa) não padeça diante da descontinuidade de um serviço público, de modo que a lei autorize pequenas alterações no contrato, visando à adequação ao interesse público, que se alterou. Neste caso, o contratado é obrigado a cumprir o desejo da Administração e a proceder à modificação do objeto.

Como a ata de registro de preços nem sequer possui natureza contratual, fica a Administração Pública impossibilitada de exercer tal prerrogativa, ainda que exista efetiva necessidade de adequação imediata do objeto para atendimento ao interesse público²⁰.

Como já se mencionou, pela lavratura da ata, o fornecedor obriga-se a prover as demandas futuras da Administração de acordo com as condições que foram pactuadas anteriormente. Não há contrato firmado; apenas um compromisso para ulterior cumprimento.

Atento a essa problemática, o Decreto Estadual vedou expressamente, no § 1º do art. 16, que se efetuem “*acréscimos nos quantitativos fixados pela ata de registro de preços, inclusive o acréscimo de que trata o § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993*”.

Voltando à questão suscitada no item anterior, caso autorizado o restabelecimento dos quantitativos registrados, permitir-se-ia alteração correspondente a 100% do objeto registrado, o que não é autorizado nem mesmo no regime contratual.

11.3 A alteração do preço do item registrado

Questão tortuosa refere-se à alteração do preço do item. Pode causar estranheza tal possibilidade. Haveria, para o fornecedor ou para a Administração Pública, a garantia da estabilidade do preço registrado?

Ora, se a ata de registro de preços é o instrumento que permite que a Administração tenha a sua disposição itens com valores pré-determinados, durante o prazo de validade fixado pelo ato convocatório e se a grande vantagem deste regime é a desnecessidade de realização constante de licitação, no qual o objetivo primordial é alcançar o melhor preço, seria possível a alteração do preço?

De pronto, pode-se concluir que não só é possível, mas é também o que a Lei nº 8.666 determina em seu art. 15, § 2º c/c inciso III, do § 3º ao estabelecer que “*os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial*”, sendo observada a condição de “*estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados*”.

²⁰ Sobre o tema, cabe mencionar trecho do Visto ao Parecer nº 26/2011 – FAAR. Explica-se: a natureza da ata é de um pré-contrato. O seu objetivo é apenas o de registrar os preços. A relação contratual se dá em momento posterior, quando, então, seria plenamente aplicável às normas do art. 65 relativas às alterações quantitativa e qualitativa. Ademais, não se poderia descartar uma situação concreta na qual a ata fosse alterada unilateralmente para acréscimo de 25% e, posteriormente, o contrato também fosse alterado em mais 25%, totalizando aumento na ordem de 50%, o que estaria em desacordo com o disposto no art. 65, § 1º, da Lei n.º 8.666/93.

Pouco tempo atrás, essa disposição pareceria incompatível com o momento de estabilidade econômica que livrava os preços – inclusive o do mercado público – do impacto da inflação e de outros fatores osciladores de custos dos itens registrados.

A ideia que surgia era que a Lei de Licitações fora editada em tempos de inflação galopante, em 1993, antes do advento do Plano Real, e que, portanto, toda a sua estrutura e diretrizes eram também “inflacionárias”. Sua meta era propiciar ao fornecedor o “equilíbrio econômico-financeiro” das relações comerciais pactuadas com o Poder Público, além de garantir a manutenção das condições efetivas da proposta, tal como o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal determina.

Assim, a expressão “atualização dos preços registrados”, do inciso III do § 3º, imprimia o sentido de que os preços dos itens registrados jamais estariam defasados, sendo reajustados periodicamente em razão da inflação.

Com a solidez da moeda, a expressão pode passar a ter outro sentido. Não necessariamente de adequação do preço registrado ao mercado, em razão do impacto da inflação, como pareceria a lógica daquele momento.

Como as normas jurídicas devem ser interpretadas de acordo com o tempo da sua aplicação, o seu objetivo, nesta oportunidade, passa a ser de adequação ao mercado, de modo que a Administração Pública não pague preço desajustado (ou a maior) ao praticado quando da contratação.

Se nas licitações comuns, logo após a aferição do preço, pela concorrência das propostas é firmado o contrato, no sistema de registro de preços, este até poderá ser firmado quase 12 meses após a licitação, o que não assegura à Administração ou ao fornecedor a justa correspondência ao preço de mercado, ou seja, a “*atualidade do preço*”.

O problema é que a “*atualização dos preços registrados*”, que, em princípio, deverá ser efetuada trimestralmente, pode evidenciar preços mais elevados, fazendo surgir dúvida principiológica quanto à vantagem do registro de preços.

De todo modo, na pior das hipóteses, é melhor realizar apenas o procedimento da adequação do preço do que outra licitação inteira.

O Decreto Estadual caminha no mesmo passo da Lei de Licitações e atribui a função de controlador do preço registrado ao órgão gerenciador; inclusive, incumbindo-lhe de “*publicar trimestralmente no Diário Oficial do Estado os preços registrados e suas atualizações, para fins de orientação dos órgãos da Administração Pública Estadual.*”

Assim, uma vez realizada a “*ampla pesquisa de mercado*” pela Administração Pública – mediante os mesmos instrumentos disponíveis para se auferir o preço estimado da licitação, na fase interna – e verificado que o preço registrado se tornou superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, o órgão gerenciador deverá convocar os fornecedores cadastrados para negociarem a redução dos preços. Os novos valores serão registrados em ata mediante termo aditivo.

Se o fornecedor não puder cumprir o compromisso, mediante a apresentação de justificativa, poderá ser liberado do encargo, caso essa comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento. Neste caso, também não haverá aplicação de penalidade.

Serão, em seguida, convocados os fornecedores do cadastro de reserva, de acordo com a ordem de classificação, para reduzirem seus preços aos valores de mercado.

Não havendo êxito nas negociações, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação, parcial ou integral, da ata de registro de preços, repetindo o procedimento licitatório para a obtenção da contratação mais vantajosa.

Contudo, a alteração dos preços também pode ser provocada pelo fornecedor, no caso de *“sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”*.

São as hipóteses que ensejam a aplicação da teoria da imprevisão, que prescreve a revisão dos preços. Neste caso, não basta a confirmação de *“novos preços”* no mercado. O fornecedor deve comprovar o fato imprevisto e o impacto econômico causado no preço registrado, o que, salvo nas hipóteses decorrentes do fato do príncipe (como aumento de alíquota de tributo ou sua criação), é muito difícil.

Outro fator de modificação do preço é o reajuste. Nas compras, não há, em regra, que se mencionar a possibilidade de reajuste dos preços, visto que a contagem inicial para sua incidência ocorre a partir da data da apresentação da proposta, sendo, portanto, inaplicável ao registro de preços, cuja ata tem prazo máximo de validade de 12 meses. Por outro lado, os contratos de compras decorrentes das atas – caso adequado ao caso concreto – não poderiam mesmo ultrapassar o prazo do exercício financeiro, conforme a regra do caput do art. 57 da Lei nº 8.666/93.

No caso dos serviços, a previsão de reajuste faz todo o sentido e deve ser incluída no edital, especialmente em se tratando de serviços contínuos contando com mão de obra residente. Neste caso, é recomendável que o reajuste seja contado a partir e aplicado de acordo com o índice que foi determinado por acordo, dissídio ou convenção coletiva de trabalho no salário dos empregados da contratada, ficando o preço dos demais insumos (excluídos todos os relativos a mão de obra), como materiais, equipamentos, ferramentas, uniformes etc. reajustados de acordo com um índice inflacionário prefixado pelo edital e pelo contrato.

Além do critério do cálculo do reajuste (índice predeterminado ou aplicação do índice que foi determinado por acordo, dissídio ou convenção coletiva), a distinção entre uma fórmula e outra é sua data-base, ou seja, o marco inicial para a contagem do reajuste contratual, sendo certo que este ocorra após 12 (doze) meses.

A Lei nº 8.666/93, pelo art. 40, inciso XI²¹, admite que seja fixado um de dois critérios, no mesmo sentido, aliás, da Lei nº 10.192/01, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, pelo § 1º do art. 3º²². Assim, o regime estadual em vigor estabelece como data-base:

²¹ XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

²² Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei

- para a mão de obra: data do acordo, dissídio ou convenção coletiva. “*Data do orçamento a que a proposta se referir*” é a data do próprio acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho da categoria profissional envolvida na contratação, vigente quando da apresentação da proposta de licitação²³;
- para os demais insumos: data da apresentação da proposta.

De mais a mais, é sabido que a ausência de aplicação de reajustamento do contrato de acordo com os instrumentos coletivos de trabalho acima mencionados resulta, na maior parte das vezes, em aumento de despesa pública a médio e longo prazo, na medida em que, em geral, a Justiça do Trabalho responsabiliza subsidiariamente o Poder Público contratante pelo pagamento das verbas trabalhistas, não obstante o que estipula o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93.

Assim, a previsão de reajuste nos contratos de prestação de serviços contínuos com mão de obra residente é uma medida importante e que deve ser ponderada pelo órgão gerenciador no momento da elaboração do edital.

De todo modo, a alteração dos preços deve ser um foco de atenção especial, eis que o controle dos preços registrados é previsto expressamente pela Lei nº 8.666, no art. 15, § 3º, inciso III, que determina “*estipulação prévia do sistema de controle (...) dos preços registrados*”.

O Decreto previu a atuação de dois atores para o exercício desta função: o cidadão e o órgão gerenciador.

Assim, o art. 30 estabelece a possibilidade de qualquer cidadão impugnar o preço registrado em razão de incompatibilidade deste com o preço vigente no mercado, mediante petição, que deverá conter informações circunstanciadas sobre o fato e ser protocolada junto ao órgão gerenciador.

Quanto ao órgão gerenciador, é-lhe atribuída “*a prática de todos os atos de controle e administração do Sistema de Registro de Preços*” e, ainda, a publicação trimestral no Diário Oficial do Estado os preços registrados e suas atualizações, para fins de orientação dos órgãos participantes.

Ainda que o órgão participante não tenha sido mencionado expressamente como ator do controle, cabe-lhe também, essencialmente, controlar os preços registrados, na medida em que deve realizar prévia pesquisa de mercado para a contratação caso o órgão gerenciador não tenha divulgado os preços no trimestre. E,

nº 8.666, de 21 de junho de 1993. § 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta **ou** do orçamento a que essa se referir.

²³ Esta fórmula é a única adotada, em âmbito federal, consoante a recomendação da Advocacia Geral da União, pela Orientação Normativa nº 25, com a redação alterada pela Portaria AGU nº 572, de 13.12.11: ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 25 (*) "NO CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, O INTERREGNO DE UM ANO PARA QUE SE AUTORIZA A REPACTUAÇÃO DEVERÁ SER CONTADO DA DATA DO ORÇAMENTO A QUE A PROPOSTA SE REFERIR, ASSIM ENTENDIDO O ACORDO, CONVENÇÃO OU DISSÍDIO COLETIVO DE TRABALHO, PARA OS CUSTOS DECORRENTES DE MÃO DE OBRA, E DA DATA LIMITE PARA A APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS INSUMOS."

caso constate qualquer divergência entre os preços oferecidos no mercado e os registrados, deve comunicar imediatamente o fato ao órgão gerenciador, colaborando, assim, para a sustentabilidade do sistema.

12. Os contratos decorrentes da Ata de Registro de Preços

E os contratos firmados a partir das atas de registro de preços? Devem obedecer ao regime do decreto regulamentador? Como podem ser fixados os seus prazos? Devem limitar-se a 12 (doze) meses também, ou podem ser prorrogados? Podem ser alterados?

Partindo novamente da premissa da distinção da natureza jurídica entre ata de registro de preços e contratos, devem lhes ser aplicadas as respectivas regras que os norteiam.

Assim, todas as alterações permitidas pela Lei nº 8.666/93, sejam relativas ao objeto – sejam quantitativas ou qualitativas – ou ao prazo, podem ser realizadas, eis que se submetem ao regime próprio²⁴.

Aplicam-se, portanto, as regras de alteração do objeto, autorizadas pelo art. 65 da Lei nº 8.666/93, assim como as relativas aos prazos, inclusive as suas prorrogações, nos limites fixados pelo art. 57 da mesma lei²⁵.

O Decreto Estadual deixou clara tal possibilidade nos §§ 2º e 3º²⁶ do art. 16.

No que se refere ao contrato, a referida norma também estabeleceu prazo para a sua celebração, no § 4º²⁷ do art. 16, que, por óbvio, deverá ser assinado no prazo de validade da ata de registro de preços.

²⁴ Este já era o entendimento da PGE aplicado ao decreto revogado: “É preciso fixar, de início, que o prazo da ata não se confunde com o prazo do contrato administrativo. São coisas distintas. A Ata configura um ato preliminar que pode ou não resultar em uma posterior contratação administrativa. (...) Em outras palavras, significa dizer que, se a PGE aderir à ata de registro de preços, não estará vinculada a celebrar contrato por apenas 5 (cinco) meses, mas deverá observar as regras que incidem sobre o contrato (...)” (Parecer nº 09/08 – FAG). “Merece ser ressaltado que o prazo do contrato poderá ultrapassar o prazo da Ata de Registro de Preços, em perfeita consonância com o disposto no § 1º do art. 4º do Decreto federal nº 3931, de 19.09.2001, que regulamentou o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666/93, reproduzido no parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 41.135. Como por mim manifestado no Parecer nº 20/HGA/PG-15/2009, “a Ata é um documento que retrata um compromisso do vencedor do certame de RP em firmar contratos futuros com a Administração Pública. É uma promessa de contratação. Já os contratos administrativos dele decorrentes seguem a disciplina jurídica da Lei nº 8.666/93, com todos os aspectos inerentes à execução dos contratos administrativos em geral. Vale dizer: dentro do prazo de validade da Ata de RP poderá ser firmado o contrato decorrente do RP, contrato este que estará subordinado ao regime comum da Lei nº 8.666/93, podendo o prazo de execução contratual exceder aquele da Ata. (...)” (Parecer nº 14/HGA/PG-15/2009.)

²⁵ No mesmo sentido do item 3 do Enunciado Nº 27 – PGE: 3. O contrato administrativo decorrente de registro de preços deve ser formalizado dentro do prazo de validade da respectiva Ata, sujeitando-se, a partir de então, à disciplina da Lei Federal nº 8.666/93, em especial o art. 57, no que se refere ao prazo de vigência e eventuais prorrogações. (ref. Pareceres nº 09/08-FAG, 020/08-HGA, 04/09-CCM, 028/10-HGA e 031/10-HGA)

²⁶ § 2º - A vigência dos contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços será definida nos instrumentos convocatórios, observado o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993, inclusive no que tange a eventuais prorrogações. § 3º - Os contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços poderão ser alterados, observado o disposto no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

²⁷ § 4º - O contrato decorrente do Sistema de Registro de Preços deverá ser assinado no prazo de validade da ata de registro de preços.

13. A controvérsia da Adesão da Ata de Registro de Preços pelos Órgãos Aderentes

O “carona” ou a possibilidade de celebrar contratos a partir da realização de procedimento licitatório conduzido por outro ente, conhecida com adesão à ata de registro de preços, tem sido matéria controvertida no âmbito das contratações públicas, em decorrência de nefastos efeitos financeiros que podem destas advir.

O caso considerado mais emblemático foi aquele relatado no Acórdão nº 1.487/07-Plenário do Tribunal de Contas da União-TCU, no qual houve a adesão por parte de 62 órgãos, tendo a contratação passado do valor inicial, estimado em 32 milhões de reais, para 2 bilhões de reais.

A doutrina administrativista sempre apresentou posicionamentos controvertidos acerca da utilização do carona, ora a favor²⁸, ora contra²⁹ o instituto.

A busca de redução do tempo e dos custos despendidos no processo, licitatório tem um enorme peso no legítimo propósito de incrementar a eficiência da Administração Pública e o *carona* no Sistema de Registro de Preços apresenta-se como uma relevante ferramenta nesse sentido, consistindo na desnecessidade de repetição de um processo oneroso, lento e desgastante quando já alcançada a proposta mais vantajosa³⁰. De outro lado, se compreende que o ganho de escala é neutralizado a partir da adesão pelo carona, além de se sustentar a violação de princípios constitucionais, dentre os quais o da legalidade, economicidade, isonomia e moralidade.

Do mesmo modo, o entendimento do Tribunal de Contas da União não é pacífico. Constata-se que, num primeiro momento, a Corte de Contas abolia a ideia do carona e orientava os gestores a não ingressarem na licitação na qualidade de órgão não participante (ou, na nomenclatura própria do decreto estadual, órgão aderente). Contudo, mais recentemente, têm sido exaradas decisões compreendendo que, caso o órgão/entidade tenha interesse em aderir à ata gerida por outro órgão/entidade – carona – deve fazê-lo desde que observados os pressupostos da justificativa e do planejamento da contratação, bem como dos limites dos quantitativos.

Ou seja, de início, o Tribunal de Contas da União compreendia que a adesão ao registro de preços violava preceitos constitucionais para, mais recentemente,

²⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Fórum: Belo Horizonte, 2015. p. 345; TORRES, Rony Charles Lopes. *Leis de licitações públicas comentadas*. 6ª. ed. rev., ampl. e atual. JusPodivm: Salvador, 2014. pp. 165, 166, 170 e 171 e BITTENCOURT, Sidney. *Licitação de registro de preços. Comentários ao decreto nº 3.931 de 19 de setembro de 2001*. 2ª ed. rev. e ampl. Fórum: Belo Horizonte, 2008. p. 96.

²⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3ª. ed. rev. e ampl. Fórum: Belo Horizonte, 2013. pp. 622 e 623 e JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16ª ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. p. 258.

³⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para a redução de custos e controle” In Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte ano 6, n. 70, out. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=47853>>. Acesso em 30 mar. 2017.

concluir que o carona é uma medida excepcional, mas que pode ser adotada uma vez preenchidas as condições dispostas pelo decreto federal³¹.

Constata-se que não é dado à Administração Pública não reconhecer esta forma de contratar, uma vez que existe, de fato, uma redução significativa dos custos referentes ao próprio procedimento licitatório.

Ainda, corroborando o que aqui se afirma, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, ao analisar a legalidade e demais aspectos jurídicos do carona em aulas ministradas nesta Procuradoria Geral do Estado, respondeu a todos os argumentos contrários da adesão do carona pelo TCU e doutrina, no que pela atualidade da discussão merece ser reproduzido:

Quanto à alegação de configuração do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 – (i) carona não é dispensa de licitação. Ao revés, é contratação em função de uma licitação, no modelo “registro de preços”; (ii) a opção pelo SRP é preferencial, por força de lei; (iii) a Constituição e a lei exigem prévia licitação, mas não estabelecem que o procedimento deve ser instaurado apenas pelo contratante; (iv) não há crime, especialmente se considerada a lógica de legalidade pela juridicidade.

Quanto à violação ao princípio da legalidade – não se adota mais a ideia de legalidade estrita, mas sim a de juridicidade (atuação buscando resultado conforme o Direito). Aqui, busca-se uma contratação mais ágil, racional, sem custos de uma licitação, mas de um fornecedor selecionado em licitação. A lei já fixou a preferência pelo SRP, sem identificar a vinculação à entidade que o promove. Não há, portanto, declaração de inconstitucionalidade.

Quanto à violação ao princípio da isonomia: a possibilidade de adesão é prevista em decreto, público, e, portanto, numa licitação de registro de preços; o licitante deve vislumbrar tal possibilidade. A decisão de participar ou não de uma licitação decorre do princípio da livre iniciativa e da liberdade de concorrência. O licitante não está obrigado a fornecer ao carona.

Quanto à violação à vinculação ao edital: a adesão é prevista em decreto, público, e, portanto, numa licitação de registro de preços; o licitante deve vislumbrar tal possibilidade. As normas de ordem pública, especialmente sobre licitações, incorporam-se ao edital, sem necessidade de reprodução literal.

Quanto à violação ao princípio da moralidade administrativa: em princípio, tanto o “lobby” quanto a figura do “vendedor de Ata” decorrem dos princípios da liberdade de expressão e de iniciativa. A imoralidade não se presume e deve ser provada.

Quanto à violação ao princípio da economicidade: a não adesão implica contratação numa escala individual do órgão contratante, o que pode ocasionar resultados mais elevados para o carona.

³¹ Conforme se pode verificar, exemplificativamente dos seguintes julgados: Acórdão nº 6.511/2009 - 1ª Câmara; Acórdão nº 3.625/2011 – 2ª Câmara; Voto do Acórdão nº 1.212/2013 – Plenário; Acórdão nº 721/2016 - Plenário; Acórdão nº 1000/2014 – Plenário; Acórdão nº 1000/2014 – Plenário; Boletim de Jurisprudência 37/2014 – Acórdão 1202/2014 – Plenário; Acórdão nº 1295/2015 - Plenário; Acórdão nº 721/2016 – Plenário; Acórdão nº 998/2016 - Plenário e Acórdão 248/2017 – Plenário.

Assim, se, por um lado, não se pode desconsiderar a polêmica envolvida nessa forma de contratação, por outro lado, deve-se notar que as normas que cuidam do registro de preços têm reconhecido a figura do carona ante as vantagens agregadas.

13.1 Atual Regime da adesão

No mesmo passo da norma federal, o Decreto Estadual autorizou a realização de contratação com os fornecedores registrados pelos órgãos que não participaram do certame. No entanto, estabeleceu várias condições para que a contratação pudesse ser levada a efeito.

A primeira delas é a demonstração da vantagem. Esse requisito deve ser observado pelo órgão participante, pressupondo-se que haja uma pesquisa de mercado para avaliar se, no caso concreto, não seria mais adequada a realização de uma licitação ou a simples adesão.

A segunda é dirigida ao órgão gerenciador, que pode anuir ou não à adesão solicitada. Aliás, a anuência é fundamental também para o início da contagem do prazo da contratação, que é de noventa dias. O objetivo da norma é evitar que o carona “*faça uma reserva*” para a contratação futura que nunca será realizada, impedindo que outro órgão possa aderir à ata, em razão da limitação do quantitativo, conforme explicado abaixo.

Uma vez autorizada a contratação, o órgão não participante deve observar também o prazo de validade da ata, sendo vedada qualquer adesão após o seu encerramento, ainda que o órgão gerenciador tenha manifestado anteriormente a sua concordância dentro do prazo de validade.

O preenchimento da terceira condição cabe ao fornecedor registrado, que deve avaliar se seria possível contratar com órgãos que não participaram da ata, sem qualquer prejuízo para os órgãos participantes. O sistema avançou na medida em que expressamente fixou o que já era intuitivo: neste exame de avaliação, deve o fornecedor verificar se as obrigações futuras que foram assumidas também não correm nenhum risco de inadimplemento em relação aos órgãos participantes e ao órgão gerenciador.

Mas o fornecedor também tem a chance de avaliar o que MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO denominava, em suas aulas, “risco-cliente”. Se o órgão da Administração não tem boa fama no ramo das contratações, pelos contumazes atrasos, pode o fornecedor declinar o pedido do órgão aderente.

A alteração que mais impactou as contratações do órgão não participante do registro de preços foi a previsão de limites, embora não se tenha observado o entendimento do Tribunal de Contas da União³². Esses limites referem-se ao quantitativo registrado na ata e ao quantitativo limite para cada órgão não participante.

³² É de se conferir, por todos, o item 9.3.2.1.5 do Acórdão 1233/2012, do Plenário do Tribunal de Contas da União: “9.3.2.1.5. em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/1993, art. 3º, caput), devem gerenciar a ata de forma que a soma dos quantitativos contratados em todos os contratos derivados da ata não supere o quantitativo máximo previsto no edital.”

Cada órgão participante poderá contratar no limite máximo de “*cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes*”. Sendo assim, suponha-se que o quantitativo total do item registrado, contemplando o órgão gerenciador e todos os órgãos participantes, seja 500. Este é o quantitativo total que um órgão não participante poderá adquirir no máximo: 500 unidades.

A outra limitação deve ser administrada pelo órgão gerenciador. Cabe-lhe prever, no instrumento convocatório, que “*o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem*”.

Se, por um lado, cada órgão participante pode aderir com, no máximo, cem por cento dos quantitativos registrados, por outro, o órgão gerenciador deve preservar o limite do dobro do quantitativo registrado. Pelo exemplo anterior, o órgão gerenciador deve cuidar para que não sejam realizadas contratações pelos órgãos não participantes que ultrapassem mil unidades (500 x 2) do item registrado.

Os órgãos não participantes devem observar que as condições dispostas no edital e na ata de registro de preços devem ser mantidas, de modo a não desnaturar o objeto da contratação. Se não houver previsão de contrato, por exemplo, pode-se celebrar o instrumento, mas com cuidado para não serem incluídas disposições e/ou obrigações que não foram previstas pela ata; por exemplo, o reajuste ou a possibilidade de prorrogação do prazo contratual.

A inovação de condições não previstas no certame para o registro de preços viola a competitividade e a vinculação ao instrumento convocatório.

A quarta e última condição é aplicável apenas quando a adesão for realizada por órgão municipal, distrital, de outros estados ou federal. Neste caso, esta poderá ser autorizada desde que transcorrido metade do prazo de vigência da Ata de Registro de Preços e realizada a primeira contratação por órgão participante. A intenção do decreto é dar oportunidade para que os órgãos aderentes da Administração Pública estadual tenham prioridade ao sistema. Por fim, o aderente deve atender a todas as condições do decreto quanto à adesão.

A União Federal proibiu a adesão às atas de registro de preços realizadas pelos Estados, Municípios ou Distrito Federal, mas autorizou que estes entes e suas entidades aderissem às atas realizadas no seu âmbito.

Já o Estado do Rio de Janeiro e suas entidades podem aderir às atas de registro de preços de outro ente público, mas devem comunicar previamente à Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão e ao órgão gerenciador da respectiva família de materiais ou serviços. Com efeito, esses órgãos devem ter ciência expressa da pretensão dos futuros aderentes, até em razão da necessidade de dar-lhes ciência da necessidade de promoverem o registro de preços em âmbito estadual.

14. A aplicação de Penalidade

Uma grande contribuição do decreto federal replicada da norma estadual foi a pacificação da definição da competência para a aplicação de penalidade, eis que

havia discussão se esta atribuição recairia sobre o órgão gerenciador do registro de preços ou sobre o órgão participante³³.

Foi previsto que as penalidades tanto podem ser aplicadas pelo órgão gerenciador do registro de preços quanto pelo órgão participante, assim como também pelo órgão aderente, cabendo a avaliação do momento e da natureza da conduta para a indicação do agente competente. Dessa forma, as infrações praticadas no momento da licitação ou as relativas ao gerenciamento do registro de preços (descumprimento da ata) ficam a cargo do órgão gerenciador, ao passo que aos órgãos participante e não participante cabe a verificação das condutas praticas no âmbito contratual.

À medida que as contratações são realizadas, há o reconhecimento de que cabe ao contratante realizar a fiscalização para o cumprimento das obrigações pactuadas – na ata ou no contrato – e, como decorrência, este pode aplicar penalidades aos fornecedores em razão do inadimplemento constatado.

Há precedente da Procuradoria Geral do Estado³⁴ ainda na vigência do decreto revogado, tendo sido destacado que “*a competência que o Órgão Gerenciador possui de aplicar as sanções é a exercida na qualidade de ‘gestor da ata de registro de preços’ e não na função de ‘gestor do contrato’, a quem cabe a aplicação das penalidades quando o objeto não tiver sido executado com a adequação devida*”. Com base nesse fundamento concluiu-se que o órgão não participante poderia aplicar sanção administrativa.

Em qualquer caso, para a aplicação da penalidade, é necessário garantir previamente a ampla defesa e o contraditório ao infrator, e, uma vez reconhecida a infração, a respectiva sanção deverá ser registrada no Sistema Integrado de Gestão de Aquisição – SIGA.

³³ JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES³³ (ob. cit., p. 345) atribui esta competência ao Órgão gerenciador: “É dever do órgão gerenciador promover as renegociações de preços, na forma do art. 12 desse Decreto e aplicar as penalidades. O contato entre os órgãos participantes e os fornecedores limita-se à entrega do produto ou prestação do serviço e o pagamento. A indicação, o preço, a renegociação e a aplicação das penalidades ficam adstritas ao órgão gerenciador. Contudo, admite-se sempre a negociação direta, visando reduzir preços já registrados, feita pelo órgão participante. Não há irregularidades nessas tratativas”. Já SIDNEY BITTENCOURT (*Licitação de registro de preços: comentários ao decreto nº 3.931 de 19 de setembro de 2001*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 69 - 70) defende a tese de que cabe ao Órgão Contratante, e não ao órgão gerenciador, a aplicação de penalidades: “No que se refere aos contratos administrativos, o regramento quanto às penalizações está delineado nos art. 86, 87 e 88 da Lei 8.666/93, sendo certo que, em se tratando de contratos (ou documentos que o substituam), o aplicador das sanções é o órgão contratante, ou seja, na seara do SRP, normalmente o Órgão Participante (ou mesmo o órgão ‘carona’) e, eventualmente, o próprio Órgão Gerenciador, nas hipóteses dos contratos por ele celebrados. Todavia, no que tange ao desatendimento dos compromissos assumidos em contrato advindo de SRP, preconiza o § 4º do art. 3º do Decreto 3.931/01 a interveniência do Órgão Gerenciador, como gestor, porquanto, por uma questão de lógica, este deverá ser devidamente informado de modo que possa adotar as providências necessárias em relação aos reflexos dessa sanção na Ata de Registro de Preços. Já no âmbito exclusivo do SRP, o regramento quanto às apenações está delineado no §2º do art. 3º do Decreto nº 3.931/01, por intermédio do qual está incumbido o órgão Gerenciador da aplicação de penalidades por descumprimento do pactuado na Ata de Registro de Preços”

³⁴ Parecer nº 16/2012-APCBCA

15. Breves conclusões

Dois são os grandes males das contratações públicas brasileiras: a ineficiência e a corrupção. O sistema de registro de preços é um importantíssimo mecanismo promovedor de economicidade e racionalidade nas aquisições públicas, sendo instrumento concretizador da eficiência e, via de consequência, moralizador.

Felizmente, a sua utilização tem sido cada vez mais frequente no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, mas não há dúvidas de que existe enorme espaço para incrementar a sua utilização em vários setores da Administração Pública Estadual.

Em tempos de grave crise econômica, não podem os gestores desprezarem a economia que contratações efetivadas pelo sistema de registro de preços podem produzir.

Sob o ângulo estritamente jurídico, já existe suporte normativo no âmbito do Estado do Rio de Janeiro consolidado que permite a disseminação do registro de preços com relativa tranquilidade. As principais polêmicas e dúvidas jurídicas já foram dissipadas, como se pretendeu demonstrar ao longo deste estudo.

Mas esse é um tema essencialmente multidisciplinar. O êxito de registros de preços bem delineados depende, fundamentalmente, de uma eficiente organização da máquina administrativa, que seja dotada de expertise e de servidores treinados e capacitados para lidar com licitações que assumem maior complexidade, eis que podem reunir inúmeros e distintos itens e fornecedores.

Realizar registros de preços, como ocorre em qualquer setor da Administração Pública, pressupõe um adequado e prévio planejamento e a visão de que se trata de tema prioritário no mundo das contratações públicas.

Muito se fala de modernização e reforma das estruturas e formas de gestão pública, o que, sem dúvida, é imperioso para que se alcance uma efetiva Administração Pública de resultados.

No caso do registro de preços, contudo, se trata de sistema testado e altamente exitoso. Basta colocar em prática e torná-lo, insista-se, uma prioridade absoluta no campo das contratações públicas estaduais.