



O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS DESTINADO AO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Marçal Justen Filho

Doutor em Direito (PUC/SP)

Sócio de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

1. Considerações gerais

O Sistema de Registro de Preços – SRP é uma das soluções mais adequadas e satisfatórias para a atividade contratual da Administração Pública. Durante muito tempo, o TCU manifestou radical oposição à sua adoção. Presentemente, verifica-se orientação oposta, compartilhada por todos os que atuam no setor. Não é casual, portanto, a consagração do instituto como um procedimento auxiliar no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

A figura está disciplinada no art. 32 da Lei nº 12.462 e nos arts. 87 a 108 do Decreto nº 7.581, que regulamentou a lei. Muitas das disposições simplesmente reiteram normas adotadas no âmbito geral das contratações públicas. Assim, os procedimentos para implantação do SRP/RDC, o modo de operação e gestão, as formalidades de controle e as competências entre os diversos órgãos participantes, a multiplicidade de preços e produtos registrados receberam solução similar àquela prevista na disciplina geral. Esses temas foram examinados pelo autor em outro local, ao qual o leitor é remetido (cf. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14. ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 191 e s.). Mas há algumas regras diferenciadas e específicas.

O SRP consiste em um contrato normativo, resultante de um procedimento licitatório específico. Estabelece regras vinculantes para a Administração Pública e um particular relativamente a contratações futuras, em condições predeterminadas. Não é gerada obrigação de contratar, mas o Poder Público está vinculado pelos termos do resultado da licitação. Deve respeitar as condições ali previstas e assume uma pluralidade de obrigações.

As condições das obrigações assumidas pelas partes devem ser formalizadas em um instrumento escrito, que é denominado de “ata de registro de preços”. Trata-se do documento que formaliza o acordo de vontade entre as partes, estabelecendo direitos e obrigações recíprocos e as condições das prestações que serão executadas no futuro.

A “ata de registro de preços” não produz diretamente um contrato de fornecimento ou de serviço. Formaliza um contrato preliminar, que envolve a disciplina de futuras contratações entre as partes.

2. As vantagens do SRP

O SRP apresenta diversas virtudes, propiciando a redução de formalidades e a obtenção de ganhos econômicos para a Administração Pública.

A primeira vantagem consiste na redução do número de licitações a serem realizadas pela Administração. É que uma das características marcantes do SRP é a previsão de que os resultados de uma única licitação poderão ser utilizados para tantas contratações quantas forem necessárias (respeitados os limites previamente determinados no ato convocatório). Como decorrência, a Administração Pública pode promover contratação imediata, fundada na ata de registro de preços, tão logo identificada a existência de uma necessidade administrativa.

Outra vantagem reside nos ganhos econômicos derivados da ampliação da escala de fornecimento. Lembre-se, neste ponto, que o SRP também comporta utilização por outros órgãos administrativos, e não apenas pelo órgão licitante. Tendo em vista que o custo unitário dos produtos varia em função das quantidades fornecidas, o SRP tende a promover a redução dos preços.

Além disso, o SRP oferece uma solução para o atendimento de necessidades variáveis. Em muitos casos, o fornecimento de bens ou serviços envolve quantidades ou períodos de tempo que variam segundo as circunstâncias. A realização de uma licitação específica acarretaria a necessidade de determinação precisa e exata quanto aos quantitativos e ao prazo.

3. As desvantagens do SRP

O SRP apresenta vantagens relevantes. Mas isso não significa a ausência de problemas ou desvantagens.

O primeiro problema se relaciona com a perda da economia de escala, o que pode parecer paradoxal e contraditório com a exposição anterior. Ocorre que os órgãos integrantes do SRP têm a faculdade de realizar contratos. Mais ainda, o ato convocatório deverá estabelecer quantitativos mínimos e máximos por fornecimento.

Ou seja, o SRP permite ganhos de escala porque permite a conjugação de necessidades diversas em uma única licitação. Assim, com o aumento das quantidades, há a redução do preço. No entanto, esse ganho de escala é parcialmente neutralizado porque se permite que os quantitativos totais previstos deixem de ser efetivamente contratados.

Em outras palavras, o SRP acarreta inevitavelmente a prática de um preço médio. Mais precisamente, o preço total obtido seria inferior ao obtido num SRP se a Administração se valesse de uma licitação única, fixando os quantitativos exatos que pretende adquirir.

Outro risco é a obsolescência dos dados constantes do SRP. Como existe uma única licitação, cujos resultados serão utilizados para uma pluralidade de contratações futuras, há o risco de variação dos preços de mercado e da qualidade dos produtos.

4. O RDC e a consagração legislativa do “carona”

A adesão superveniente de outros órgãos administrativos a um SRP tornou-se conhecida como “carona”. Essa solução não estava prevista na Lei 8.666 e foi introduzida por meio da regulamentação federal.

A Lei nº 12.462 expressamente aprovou a solução do “carona”, superando uma das críticas mais severas à disciplina do tema no âmbito da Lei nº 8.666.

4.1. A participação no SRP

No âmbito do RDC, um órgão assumirá a função de organizar e promover a licitação (“órgão gerenciador”). Para tanto, o art. 92 do Regulamento do RDC determina que lhe incumbirá divulgar a intenção de promover o registro de preços, visando a permitir a participação de outros órgãos e entidades públicas. A disciplina do Regulamento pressupõe, como é evidente, que a convocação seja acompanhada da descrição precisa e exata do objeto do registro de preços.

Os órgãos interessados deverão comunicar o seu interesse e indicar os quantitativos e a periodicidade das contratações estimadas. Esses órgãos serão os participantes do SRP. Já o órgão gerenciador será responsável por promover a licitação, cumprindo todas as exigências tanto da fase interna quanto da externa. Na sequência, o órgão gerenciador será encarregado de administrar o registro de preços.

“Carona” será o órgão não participante originalmente do SRP, mas que opta por promover contratação invocando o SRP. A Lei nº 12.462 utilizou a expressão “adesão ao SRP” para indicar essa hipótese.

4.2. A previsão legislativa do “carona”

Este autor sempre manifestou a sua radical discordância com a solução do “carona”. Uma das questões era a ausência de autorização legislativa na Lei nº 8.666 para a referida prática, o que se traduziria numa espécie de dispensa de licitação não prevista em lei. Esse defeito não ocorreu no âmbito do RDC. Mas é evidente que a adesão somente pode ter em vista contratações relacionadas com o sistema do RDC.

4.3. A disciplina do “carona” no Regulamento

O Regulamento tratou do assunto com minúcia razoável, reiterando algumas regras já praticadas e agregando outras.

4.3.1. A ausência de obrigatoriedade de fornecimento

Reiterou-se a determinação, lógica e inafastável, de que o titular do preço registrado não é obrigado a aceitar a requisição de contratação apresentada pelo “carona”. Afinal, a proposta apresentada pelo particular se limitava aos quantitativos e às condições previstas no ato convocatório. A contratação com um órgão aderente não se encontra nos limites da obrigação assumida pelo sujeito ao formular a sua proposta. Assim está previsto no art. 102, § 4º, do Regulamento.

4.3.2. A fixação de limites totais globais e individuais

O Regulamento apresentou uma solução para uma das maiores distorções experimentadas na prática do “carona”. Trata-se da questão de limite máximo de quantitativos passíveis de contratação com base no registro de preços.

Segundo a disciplina do regime geral de contratações, o limite seria individual por órgão aderente e corresponderia a 100% do quantitativo registrado. Mas poderia haver tantas contratações quantos fossem os órgãos aderentes. O Regulamento do RDC estabeleceu que os quantitativos totais contratados por órgãos aderentes não poderá ser superior a cinco vezes (seis, em verdade, contando os órgãos participantes) a quantidade prevista para cada item (art. 102, § 3º). A fixação desse limite representa uma evolução em face da situação anterior, ainda que não afaste as críticas (que serão abaixo sumariamente expostas).

É evidente, ademais, que o limite de cinco vezes não é individual por órgão aderente. Assim se passa porque o art. 102, § 3º, alude a “*quantidade global... que poderão ser contratados pelos órgãos aderentes...*”.

O limite individual para o órgão aderente está previsto no art. 102, § 2º, e consiste no quantitativo obtido pelo somatório das estimativas dos órgãos gerenciador e participantes.

4.3.3. A consulta ao órgão gerenciador

O órgão aderente deverá promover consulta ao órgão gerenciador, a quem cabe manter o controle de quantitativos que podem ser contratados com base na ata de registro de preços (Decreto 7.581, art. 95, incs. VI e VII). O órgão aderente está obrigado a respeitar as informações prestadas pelo órgão gerenciador (Decreto 7.581, art. 103, §§ 2º e 3º).

4.3.4. O prazo para efetivação da contratação

Uma vez recebidas as informações, o órgão aderente deverá formalizar a contratação em até trinta dias. Mas deverá respeitar-se o prazo de validade da ata. Portanto, o prazo efetivo poderá ser menor (Decreto 7.581, art. 103, § 4º).

4.4. A manutenção a crítica

Todos os argumentos favoráveis à adoção do “carona” não sensibilizam o autor destes comentários, que reputa que tais argumentos são improcedentes ou insuscetíveis de superar os malefícios do sistema.

O mais difundido argumento em favor do “carona” é a simplificação da atividade administrativa, de modo a eliminar os entraves inerentes a licitações. Esse argumento é incompatível com a regra constitucional que determina a obrigatoriedade da licitação prévia às contratações administrativas. Ou seja, o argumento prova demais. Acolhê-lo conduz ao reconhecimento do descabimento da licitação. A licitação é uma formalidade burocrática, que representa entraves à autonomia administrativa. Mas é uma formalidade burocrática essencial à preservação dos valores fundamentais à Nação

brasileira.

Em segundo lugar, o “carona” importa a transferência de benefícios não para os órgãos aderentes, mas para o titular do preço registrado. O sujeito realiza uma proposta, cujo preço é balizado pelos quantitativos previstos no ato convocatório. O fornecimento de quantitativos adicionais desnatura a formação de custos do particular. A empresa fornecerá um quantitativo superior por preço calculado em vista de quantidades inferiores. Por isso, reputa-se que os princípios da moralidade e da economicidade da atividade administrativa impõem ao órgão aderente exigir que o titular do preço registrado promova abatimento do preço praticado em vista da quantidade excedente comercializada. Se é admissível promover a contratação aderente ao SRP/RDC, isso não afasta o dever de poupar os cofres públicos de ganhos que não tinham sido assegurados originalmente ao particular. O dimensionamento dos ganhos adicionais, obviamente, é outro problema.

Mas o maior problema vislumbrado é a adoção de solução propícia a gerar práticas eticamente reprováveis. O agente público dispõe de competência discricionária para escolher entre promover a licitação e aderir a um registro de preços já existente. Essa decisão pode ser afetada pela obtenção de vantagens indevidas. Isso é bastante para desaconselhar a prática e para configurar a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

5. Algumas inovações do RDC

Em face do SRP do regime geral de licitações, existem alguns tópicos que importam inovações merecendo referência.

5.1. O modo de disputa

A licitação para o SRP/RDC poderá fazer-se por qualquer dos modos de disputa previstos no RDC, inclusive com a sua combinação. O critério de julgamento poderá ser o menor preço ou o maior desconto. Assim está previsto no art. 90, I e II, do Regulamento.

5.2. A questão da previsão orçamentária

O art. 91 do Regulamento determina que a indicação da dotação orçamentária apenas será necessária para a formalização do contrato ou do instrumento equivalente. Essa regra deve ser interpretada em termos, para evitar despropósitos. A desnecessidade de indicação da rubrica orçamentária para a realização da licitação não significa a possibilidade de participação sem qualquer perspectiva de futura contratação.

5.3. A redução de preços posterior ao encerramento da fase competitiva

O art. 97 do Regulamento faculta que, encerrada a fase competitiva, haja redução de preços dos licitantes a valor igual ao da melhor proposta. Isso poderá alterar a ordem de classificação, mas não relativamente ao primeiro classificado. O vencedor da licitação continuará como tal. Logo, os efeitos dessa redução de preços envolvem apenas a classificação a partir da segunda melhor proposta (inclusive). Essa interpretação fica evidente pela disciplina do

art. 98.

5.4. O prazo de validade da ata

O art. 99, parágrafo único, do Regulamento previu que o ato convocatório deverá fixar o prazo de validade da ata de registro de preços, limitado ao mínimo de três meses e ao máximo de doze meses. Proíbe-se, desse modo, a solução injustificável prevista no regime comum, consistente em facultar a prorrogação do prazo de validade de atas de registro de preço por até doze meses.

5.5. O prazo de vigência dos contratos derivados

Lembre-se que “*prazo de validade*” não se confunde com “*duração de contrato*”. O prazo de vigência do contrato decorrente do SRP/RDC será disciplinado pelo ato convocatório, observando-se, no que couber, as regras da Lei nº 8.666 (Regulamento, art. 100). Isso significa que é perfeitamente possível estabelecer um contrato de prestação de serviços subordinado ao regime do art. 57, II, da Lei nº 8.666, ainda que tomando por base uma ata de registro de preços com prazo de validade de doze meses. Essa possibilidade já existia no sistema comum e continua a ser admitida na sistemática do RDC.

5.6. A vedação a acréscimos de quantitativos

O art. 100, § 1º, do Regulamento superou uma controvérsia ao determinar que os contratos oriundos de ata de registro de preços não comportam acréscimos quantitativos. Portanto, não se aplica o previsto no art. 65, I, “*b*”, da Lei nº 8.666.

5.7. A questão das esferas federativas

O art. 106 do Regulamento consagrou uma regra específica para a questão dos registros de preços interfederativos. Estabeleceu que os órgãos federais estão proibidos de participar ou de aderir a registros de preços cujo órgão gerenciador integre outra esfera federativa. Mas se admite que as entidades integrantes de outras esferas federativas participem ou manifestem adesão em registros de preço geridos em âmbito da União, tal como consta do parágrafo único do artigo referido.

5.8. A confusão terminológica

É inevitável assinalar uma lamentável confusão terminológica contemplada no art. 107 do Regulamento. Ali estão previstas hipóteses de extinção anormal do registro de preços, todas englobadas na expressão “*revogação*”. Ora, o instituto da revogação é largamente conhecido no âmbito do Direito Administrativo e consiste na extinção de um ato administrativo por razão de conveniência e oportunidade. Em termos técnico-jurídicos, é um equívoco afirmar que o descumprimento por um sujeito das suas obrigações acarretará a “*revogação*” do vínculo contratual existente. O dispositivo incorreu nesses defeitos. A ata de registro de preços será revogada no caso de inconveniência, que se configura propriamente apenas no caso do inc. III do art. 107. No caso de descumprimento pelo fornecedor das condições, da

ausência de retirada da nota de empenho ou instrumento equivalente ou da imposição de sanção impeditiva de contratação configura-se situação jurídica de rescisão do registro de preços.

5.9. A questão da suspensão do direito de licitar e de inidoneidade

O Regulamento adotou uma regra que pode gerar controvérsias. Ao prever os casos de “*revogação*” do registro de preços, aludiu à imposição ao particular das sanções dos incs. III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666 (suspensão do direito de licitar e de contratar e declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública).

Existe uma disputa sobre a extensão de ambas as sanções (cf. *Comentários ...*, cit., p. 893 e ss.) O Regulamento previu que a imposição de suspensão do direito de licitar afetaria todos os registros de preços de que o sancionado participasse. Essa regra deverá ser interpretada não literalmente, mas nos termos da solução adotada relativamente ao instituto previsto no art. 87, III, da Lei nº 8.666. Ou seja, o Regulamento não pode ampliar a eficácia normativa da regra punitiva contemplada em Lei.

Informação bibliográfica do texto:

JUSTEN FILHO, Marçal. O Sistema de Registro de Preços destinado ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 61, março de 2012, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].