

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Shirley Sanchez Tomé

**A configuração jurídica do registro de preços: parâmetros para uma nova conformação
legislativa**

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

**SÃO PAULO
2010**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Shirley Sanchez Tomé

**A configuração jurídica do registro de preços: parâmetros para uma nova conformação
legislativa**

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, área de concentração em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof^a Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti.

**SÃO PAULO
2010**

TOMÉ, Shirley Sanchez. **A configuração jurídica do registro de preços**: parâmetros para uma nova conformação legislativa. 2010. 141 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

ERRATA

Folha	Linha	Onde se lê	Leia-se
16	21	Decreto-Lei nº 2.300/ 2006	Decreto-Lei nº 2.300/ 86
37	5	“Quanto à classificação do vínculo (...) a um contrato normativo.”	Esse parágrafo não é uma transcrição: trata-se de texto da autora da dissertação.
42	2	Não se confunda o SRP com os registrados cadastrais.	Não se confunda o SRP com os registros cadastrais.
71	14	também se deve oferecer a atribuição de registrar todo suporte necessário	também se deve oferecer todo suporte necessário
75	9	Esses atos devem ser documentos em processo instaurado pelo órgão participante	Esses atos devem ser documentados em processo instaurado pelo órgão participante
80	24	registro de preços único	registro de preço único
82	10	requer uma reflexão sobre o seu sentido , porquanto	requer uma reflexão , porquanto
84	10	deste estudo, deixamos consignado que a licitação para registro de preços	deste estudo, a licitação para registro de preços
84	13	recursos para iniciar a licitação ,	recursos para sua realização ,
86	8	Essas medidas asseguram agilidade e transparências	Essas medidas asseguram agilidade e transparência
89	14	Entendemos que o art. 64	Entendem que o art. 64
89	19	sustentamos que	sustentam que
97	13	para o efeito promover	para o efeito de promover

Banca Examinadora

Dedico a todos que acreditam e lutam por um mundo melhor, mais humano, mais justo e igualitário.

Não existe nada tão sutil e abstruso que, tendo sido alguma vez tornado simples, inteligível e comum, não possa ser assimilado pela mais vagarosa inteligência.

Francis Bacon (1609)

AGRADECIMENTOS

Como é bom agradecer!

A Deus, em primeiro lugar, por me conceder o dom da vida.

Ao meu amor, companheiro e esposo, Jair, e aos meus filhos, Bruno e Rafael, pelo apoio, paciência, incentivo, compreensão e carinho constantes.

Aos meus pais, Oscar e Hermínia, pela minha vida e amor incondicional, pelo carinho e paciência de compreender minha ausência em vários momentos. Seus exemplos e valores me orientam.

À minha querida, e, acho que posso dizer, minha amiga Prof^a Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti, que me orientou pautada em mais que competência e profissionalismo, com dedicação. A melhor orientadora que alguém pode ter. Minha eterna gratidão pelo carinho, pelo incentivo, pela imensa ajuda, pela inesgotável paciência e por confiar no meu trabalho.

À Cidinha, secretária da professora Dinorá, pelo apoio, torcida, e por não me deixar esquecer nenhum detalhe para que tudo desse certo.

Às minhas queridas amigas, colegas de trabalho e companheiras de mestrado, Eugênia, Flávia e Luciana, pelo carinho e incentivo.

Ao professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, meu amigo, pelo ser humano especial que é e por ter me encorajado a realizar o mestrado, e a todos os demais professores do Curso de Mestrado da PUC-SP, pela atenção e dedicação com que transmitiram seus conhecimentos.

Aos meus irmãos, sobrinhos e a todos os meus amigos, em especial Elena e Rogério, meus compadres, pela amizade e por me encorajarem a concluir este trabalho.

A Patrícia de Mello Barboza, amiga de mestrado, que me forneceu importantíssimos subsídios para a elaboração da minha dissertação.

À Procuradoria Geral do Estado pelo investimento na formação e atualização dos integrantes da carreira.

Aos meus colegas da Procuradoria Geral do Estado, funcionários, enfim a todos que contribuíram para a realização deste trabalho, minha gratidão.

RESUMO

TOMÉ, Shirley Sanchez. **A configuração jurídica do registro de preços:** parâmetros para uma nova conformação legislativa. 2010. 138 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

No sistema de registro de preços, a Administração promove licitação, na modalidade de concorrência ou pregão, visando a seleção de produtos e serviços e respectivos fornecedores. Selecionados os vencedores, a Administração contratará na medida de sua conveniência, observadas as condições estipuladas no registro de preços. Trata-se de uma das mais úteis e interessantes alternativas de contratação pública postas à disposição do Poder Público, porquanto suas características e especificidades propiciam rápido atendimento de compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviços e ganhos de escala, pelas quantidades envolvidas. Apesar da importância e das vantagens proporcionadas em termos de economia, agilidade e segurança, não tem o registro de preços merecido o adequado tratamento legislativo. Via de consequência, divergências existem sobre a noção, o regime, a natureza jurídica, os princípios e as formas de sua implementação. O objeto do presente trabalho é investigar a configuração jurídica do registro de preços e buscar parâmetros para um delineamento legislativo mais preciso de modo a otimizar a sua utilização pelo Poder Público.

Palavras-chave: Sistema de registro de preços. Noção. Natureza jurídica. Licitação. Princípios. “Carona”.

ABSTRACT

TOMÉ, Shirley Sanchez. **The legal form of the record price:** parameters for a new form of legislation. 2010. 138 f. Thesis (MA) – School of law, Catholic University of São Paulo. 2010.

In the system of record prices, the Administration encourages bidding, in the form of competition or auction, in order to select products and services and their suppliers. Once the winners have been selected, the Administration will hire to the extent of their convenience, subject to the stipulations of recorded prices. This is one of the most useful and interesting alternative procurement methods made available to the government, because its characteristics and specificities provide quick service for routine purchases of standardized goods or services and to obtain economies of scale for the quantities involved. Despite the importance and the achievements in terms of economy, speed and security, the record of prices has not earned the appropriate legislative treatment. As a result, discrepancies exist about the concept, the scheme, the legal nature, principles and ways of its implementation. The object of this thesis is to investigate the legal configuration of record prices and to find parameters to get a more precise delineation of legislation so as to optimize its use by the Government.

Keywords: System of record prices. Notion. Legal nature. Bid. Principles.

LISTA DE SIGLAS

BEC	Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo
CAUFESP	Cadastro Unificado de Fornecedores do Estado de São Paulo
CCCE	Comissão Central de Compras do Estado
DEMAT	Departamento de Materiais da Secretaria Municipal de Administração (São Paulo)
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
LGT	Lei Geral de Telecomunicações
PRODESP	Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo
RISTF	Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal
SEGECEX	Secretaria-Geral de Controle Externo
SIAFÍSICO	Sistema Integrado de Informações Físico-Financeiras
SIREP	Sistema Integrado de Registro de Preços
SRP	Sistema de Registro de Preços
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO NORMATIVA DO REGISTRO DE PREÇOS .	14
2.1 Normas da União.....	14
2.2 Normas do Estado de São Paulo.....	21
2.3 Normas do Município de São Paulo.....	24
3 A NOÇÃO E A NATUREZA JURÍDICA DO REGISTRO DE PREÇOS	28
3.1 Registro de preços como procedimento	28
3.2 Registro de preços como sistema	31
3.3 Registro de preços como contrato	36
3.3.1 O registro de preços não é modalidade licitatória; não é banco de preços e não se confunde com os registros cadastrais e com o credenciamento.	39
3.3.2 Nosso posicionamento.....	42
4 REGISTRO DE PREÇOS COMO CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	49
4.1 Eficiência como princípio constitucional.....	49
4.2 A concretização do princípio da eficiência pelo registro de preços	56
5. IMPLEMENTAÇÃO DO REGISTRO DE PREÇOS.....	58
5.1 Adoção do registro de preços: obrigatoriedade ou facultatividade	59
5.2 Vantagens do registro de preços.....	63
5.2.1 Simplificação administrativa, rapidez na contratação e redução de gastos.....	63
5.2.2 Viabilidade de compartilhamento do registro	63
5.2.3 Mobilidade orçamentária.....	64
5.3 Riscos e desvantagens do registro de preços.....	65
5.4 Figuras estruturantes do registro de preços e atribuições principais	66
5.5 Centralização ou descentralização do registro	69
5.6 Etapas interna e externa da implementação do registro de preços	73

5.7 Modalidades de licitação: concorrência e pregão	76
5.8 Necessidade de fixação de quantitativos.....	78
5.9 Ampla pesquisa de mercado	82
5.10 Reserva orçamentária.....	84
5.11 Manifestação do órgão jurídico	84
5.12 Tipo: menor preço e técnica e preço	86
5.13 Registro de preço único e de vários preços.....	88
5.14 Adjudicação	92
5.15 Reajuste e Revisão dos preços registrados	94
5.16 Cancelamento do registro de preços	96
5.17 Acréscimos dos quantitativos registrados.....	97
5.18 Contratos decorrentes do registro de preços	99
5.19 Penalidades no registro de preços	99
6 ASPECTOS POLÊMICOS DO REGISTRO DE PREÇOS	101
6.1 Objeto do sistema de registro de preços	101
6.2 Validade do registro.....	106
6.3 “Carona”	113
6.4 A função regulamentar no sistema de registro de preços	123
6.4.1 Regulamentação condicionada, ou não, à edição de lei local.....	123
6.4.2 Necessidade, ou não, de decreto regulamentar	124
6.4.3 Limites da função regulamentar no registro de preços	126
7 CONCLUSÃO	128
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133

1 INTRODUÇÃO

O tema central deste trabalho é o sistema de registro de preços, cujas bases foram definidas no Código de Contabilidade Pública da União (Decreto nº 4.536/22) e que se encontra, atualmente, previsto no artigo 15 da Lei nº 8.666/93 e no artigo 11 da Lei nº 10.520/02.

As diretrizes nacionais vigentes condicionam sua utilização a prévia licitação, sob a modalidade concorrência ou pregão, e sua finalidade é selecionar preços e fornecedores para contratações futuras e eventuais de bens e serviços.

Inúmeras são as vantagens oferecidas por esse instituto, pois, com a realização de uma única licitação, é possível suprir as necessidades de bens e serviços de várias entidades e órgãos públicos, que passam a contratar com o licitante vencedor pelo preço registrado, o qual permanece válido por até um ano.

Com o registro de preços elimina-se a necessidade de licitações frequentes, economizam-se recursos e há ganhos de escala, pelas quantidades envolvidas, além de facilidades na regulação dos estoques e vantagens na mobilidade orçamentária, pois os recursos somente são reservados por ocasião da contratação, caso venha a se efetivar.

A despeito das vantagens, durante muito tempo o sistema de registro de preços foi praticamente ignorado, vindo a ganhar força e evidência com a estabilização monetária que teve início com o Plano Real. De fato, o prazo de validade dos preços, por até um ano, característica do sistema, encontra ambiente mais favorável em uma economia estável.

A Lei nº 10.520/02 também tem impulsionado a utilização do registro de preços, ao prever que as compras e as contratações de bens e serviços comuns, quando efetuadas por tal sistema, podem adotar o pregão.

Essa modalidade se ajusta perfeitamente ao registro de preços, pois ambos buscam racionalizar e simplificar o processo de contratação. Ademais, a viabilidade legal de processamento do sistema de registro de preços nas contratações de serviços ampliou as possibilidades de seu uso, embora muitos regulamentos já admitissem essa prática — que era fruto de uma interpretação sistemática da Lei nº 8.666/93 e possuía amparo na jurisprudência.

O registro de preços vem ganhando força, mas ainda está longe de uma aplicação condizente com sua importância e com as vantagens por ele proporcionadas em termos de economia, agilidade e segurança nas contratações públicas.

A causa disso está na sua disciplina legal vaga e imprecisa, ensejando, via de consequência, divergências sobre a noção, regime, natureza, princípios e formas de sua implementação.

Essa realidade tem dificultado até mesmo o exercício da competência regulamentar prevista no art. 15 da Lei nº 8.666/93, mas os entes federativos, no afã de dar concretude ao sistema de registro de preços, não se intimidam em editar decretos com previsão de condições inovadoras e contrárias às regras legais e aos princípios constitucionais.

Apesar dos vícios, os regulamentos, em certos aspectos, têm contribuído para a evolução do sistema de registro de preços, prevendo uma estrutura que pressupõe atuação integrada e coordenada entre os órgãos envolvidos na sua implantação e execução, representando ganhos em termos de organização, planejamento e controle das contratações públicas.

Porém, ao mesmo tempo, os regulamentos rompem com essa harmonia estrutural, permitindo a utilização dos registros de preços por órgãos e entidades que não participaram da licitação realizada para sua implantação.

Essas contradições regulamentares evidenciam o quão insuficientes, vagas e imprecisas são as diretrizes nacionais sobre o tema, de inegável atualidade, tendo em vista a preocupação generalizada de buscar meios que permitam a desburocratização do Estado e o controle de resultados.

De outro lado, a oportunidade do seu exame revela-se significativa diante da introdução do princípio da eficiência, que tem dado um novo rumo à Administração Pública, direcionando-a no sentido de uma atuação mais gerencial.

Assim, partindo das leis de regência, dos regulamentos editados pela União, Estado de São Paulo e Município de São Paulo, da doutrina e da jurisprudência, o objetivo do presente trabalho é investigar a configuração jurídica do registro de preços e buscar parâmetros para um delineamento legislativo mais preciso, de modo a otimizar a sua utilização pelo Poder Público.

O estudo é desenvolvido em cinco capítulos. Após esta introdução, no capítulo dois é feito um breve histórico do surgimento e da evolução normativa do sistema de registro de preços em três esferas de governo: União, Estado de São Paulo e Município de São Paulo.

No capítulo três é feita uma incursão doutrinária no campo da noção e da natureza jurídica do registro de preços, analisando o registro de preços como procedimento, como sistema e como contrato; examinamos os institutos afins (modalidade licitatória, banco de

preços, registro cadastral e credenciamento) para demonstrar suas diferenças com o registro de preços e, por fim, fixamos o nosso entendimento.

No quarto capítulo, examina-se em que medida o registro de preços concretiza o princípio da eficiência e direciona a Administração Pública no sentido de uma atuação mais gerencial.

No quinto capítulo são abordadas as etapas da implementação do registro de preços, com a identificação das situações que podem determinar a sua deflagração; o tripé que forma a estrutura do registro de preços e suas atribuições; os procedimentos internos e externos da licitação e posteriores atos de cumprimento das condições estabelecidas pela Administração e pelo particular.

No sexto, são apontados os aspectos polêmicos que envolvem o registro de preços, com destaque para a sua validade, seu objeto, a prática conhecida como “carona” e, por fim, a função regulamentar no sistema de registro de preços, com a abordagem do condicionamento, ou não, de sua edição à lei local, da necessidade de sua expedição e dos limites impostos ao seu exercício.

Por fim, são apresentadas as conclusões finais e proposições.

2 O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO NORMATIVA DO REGISTRO DE PREÇOS

O registro de preços é uma das mais antigas ferramentas de contratação pública, mas é, ainda, pouco conhecida dos aplicadores do direito; por essa razão, consideramos relevante iniciar o presente estudo apresentando a evolução da positividade desse instituto desde a sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

A diversidade do tratamento legislativo e regulamentar do instituto pelos entes federativos e a limitação do presente estudo não permitem analisar a totalidade das normas existentes. Em vista disso, o resgate proposto ficará restrito às normas editadas pela União, pelo Estado de São Paulo e pelo Município de São Paulo, recaindo a escolha sobre esses entes pelos seus conhecidos históricos de aplicação do registro de preços.

2.1 Normas da União

O primeiro diploma legal a estabelecer uma disciplina jurídica que mais se aproxima do atual sistema de registro de preços foi o Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, que organizou o Código de Contabilidade da União¹, e não se tem notícia de que suas disposições sobre a inscrição de fornecedores e preços tenham se inspirado em algum instituto semelhante existente no direito alienígena.

¹ No relatório apresentado juntamente com o projeto que resultaria no Código de Contabilidade da União, a Comissão Especial de Contabilidade Pública, a propósito das regras sobre concorrências e contratos, faz os seguintes registros: “Para os fornecimentos ao Estado estabelece obrigatoriamente o princípio salutar da concorrência pública, permitindo apenas em casos especiais a celebração de convenções independente de concorrência. As disposições são claras, precisas e não carecem ser salientadas para merecer toda atenção da Câmara. Por sugestão do infatigável Sr. Vicoso Jardim, na redação final que ofereceu à Comissão, de acordo com as críticas feitas ao projeto e em sua maior parte aproveitada, admitiu ella para os fornecimentos ordinários ás repartições publicas o regimen de concurrencias permanentes constante do art. 43 e seus paragraphos. Só depois de redigido o capitulo, de acordo com o vencido na Comissão, teve esta, já ausente o seu digno Relator parcial, conhecimento do projecto da autoria do Sr. Senador João Lyra, um dos parlamentares mais versados em assumptos de contabilidade publica, em que a matéria das concurrencias em geral e, especialmente, das concurrencias administrativas ‘por memoranda’ é estudada com proficiência. É provável, por isso, que, por ocasião da discussão tenha a Comissão oportunidade de oferecer, de acordo com esse projecto, emendas additivas que completem o texto do seu substitutivo, a esse respeito.” (Pesquisa realizada no Centro de Documentação e Informação (Cedi) da Câmara dos Deputados, que disponibilizou cópia do relatório apresentado juntamente com o projeto que resultaria no Código de Contabilidade da União).

O artigo 52 desse diploma legal previa que, para os fornecimentos ordinários às repartições públicas, poderiam ser inscritos, mediante regime de concorrência permanente, os nomes dos negociantes e seus preços, qualidade e mais esclarecimentos que fossem necessários.

A inscrição se fazia mediante requerimento ao chefe da repartição ou ao Ministro, instruído com a documentação para a aferição da idoneidade do proponente, indicação dos bens a serem fornecidos e respectivos preços.

Efetuada a inscrição, após o julgamento da idoneidade do proponente os preços oferecidos permaneciam inalterados por quatro meses. Decorrido esse prazo, eventuais alterações podiam ser autorizadas, mas se tornavam efetivas após 15 dias da decisão.

A Administração podia escolher o preço mais baixo dentre os registrados e o negociante inscrito não podia recusar-se a fornecer os bens que indicara ao preço registrado, sob pena de ter seu nome ou firma excluído do registro ou inscrição, correndo por sua conta a diferença.

A concorrência permanente ou administrativa, que podia ser utilizada para a inscrição dos negociantes e seus preços na hipótese de fornecimentos ordinários às repartições públicas, era uma das espécies de concorrência. A outra era a concorrência pública, que tinha cabimento para fornecimentos ou execução de obras públicas de valores elevados e também para a alienação de bens públicos.

Ambas se processavam mediante o exame prévio da idoneidade dos proponentes que, se aferida, possibilitava a abertura e apreciação das propostas, conforme previsto no regulamento editado — através do Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922 — para a execução do Código de Contabilidade Pública.

As legislações que se seguiram ao Código de Contabilidade da União deixaram de contemplar os procedimentos voltados ao registro de preços, situação que perdurou por muitas décadas.

Somente com a edição do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, que instituiu o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, de aplicação à Administração Federal centralizada e autárquica, o tema relativo ao registro de preços voltou a merecer tratamento legal.²

² No Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, não há nenhuma referência ao registro de preços.

Pela primeira vez uma norma federal utilizou a nomenclatura “sistema de registro de preços”,³ prevendo-se sua aplicação, sempre que possível e conveniente, ao processamento das compras.

O registro deveria ser precedido de ampla pesquisa de mercado, com a publicação dos preços, periodicamente, no Diário Oficial da União, para orientação da Administração. Nenhuma menção se fez ao prazo de validade do registro, remetendo-se a regulamentação do sistema à elaboração de decreto.

No âmbito da União, a matéria foi regulamentada anos mais tarde, com a edição do Decreto nº 449,⁴ de 17 de fevereiro de 1992, que se limitou a prever que os preços registrados no SIREP — Sistema Integrado de Registro de Preços — serviriam de parâmetro para análise das propostas e julgamento da compatibilidade destas com os preços e custos de mercado.

O Decreto-Lei nº 2.300/86 envolveu uma polêmica sobre competência, porquanto determinou fossem aplicadas suas normas gerais aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.⁵

A falta de identificação das normas de caráter geral criou um clima de incerteza jurídica, propiciando questionamentos sobre a vinculação dos entes federados a tal estatuto, inclusive no que tange ao sistema de registro de preços. Contribuía para essa postura a ausência de previsão constitucional atribuindo competência à União para traçar diretrizes gerais em matéria de licitação.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, intensificou-se o debate em torno da natureza das normas do Decreto-Lei nº 2.300/2006, com questionamentos acerca da recepção desse diploma legal à nova ordem constitucional, que atribuíra à União competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação.

Havia necessidade de se conformar a legislação sobre licitação e contrato administrativo ao novo panorama constitucional. Nesse contexto, o Decreto-Lei nº 2.300/86 foi revogado pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que, com fundamento nos

³ O Estado de São Paulo já utilizava a nomenclatura “sistema de registro de preços” na Lei nº 10.395, de 17 de dezembro de 1970, editada quando Secretário de Justiça o saudoso Hely Lopes Meirelles.

⁴ “Art.3º - Ficam instituídos:

I - [...]

II - O Sistema Integrado de Registro de Preços (Sirep), de que trata o art. 14 do Decreto-Lei nº 2.300, de 26 de novembro de 1986, destinado à orientação da Administração;

[...]

Art. 5º - Os registros do Sirep constituirão, necessariamente, parâmetro para análise das propostas e julgamento da compatibilidade das mesmas com os preços e custos de mercado.”

⁵ A extensão dos efeitos das normas federais sobre licitações aos Estados e Municípios já havia sido prevista na Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968, anterior ao Decreto-lei nº 2.300/86. Tal lei estendeu os efeitos das normas relativas às licitações para as compras, obras, serviços e alienações previstas nos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

artigos 22, XXVII, e 37, XXI, da Constituição Federal, estabeleceu novo regramento sobre licitações e contratos administrativos, pretendendo atribuir à totalidade das suas disposições a qualidade de normas gerais, conforme deflui de seu artigo 1º, parágrafo único.⁶

A Lei 8.666/93,⁷ conhecida como o Estatuto Federal das Licitações e Contratos, manteve o instituto do registro de preços restrito a compras, apresentando certo avanço apenas quanto a aspectos procedimentais.

O artigo 15 desse diploma legal prevê que as compras devem ser processadas através do sistema de registro de preços, sempre que possível, com a observância dos seguintes procedimentos: (i) realização de ampla pesquisa de mercado previamente ao registro de preços; (ii) publicação trimestral dos preços registrados na imprensa oficial; (iii) seleção dos preços mediante concorrência; (iv) estipulação prévia de um sistema de controle e atualização dos preços e (v) prazo de validade do registro não superior a 1 (um) ano.

Outra diretriz refere-se à inexistência de obrigatoriedade de firmar contratos com base nos preços registrados, facultando-se à Administração a utilização de outros meios para a obtenção do bem ou serviço cujo preço fora registrado, desde que assegurado ao detentor do registro o direito de preferência, em igualdade de condições.

Também merece destaque a previsão de controle dos preços registrados mediante sistemas informatizados, bem como a possibilidade de sua impugnação por qualquer cidadão, por incompatibilidade com os praticados no mercado.

A avaliação que se faz dessa lei é positiva, porquanto, a despeito da postura conservadora em limitar a aplicação do sistema de registro de preços à aquisição, estabeleceu a obrigatoriedade de sua implantação, sempre que possível, vale dizer, sempre que presentes as condições que permitam sua implantação.

Ademais, afinada com o espírito da Constituição de 1988, previu o controle dos atos administrativos pela sociedade ao legitimar o exercício desse múnus pelo cidadão, quanto aos preços registrados, indicando a relevância do princípio da publicidade e da transparência na implantação e execução do sistema de registro de preços.

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “É próprio de quaisquer leis serem gerais. Assim, quando o Texto Constitucional reporta-se a ‘normas gerais’, está, por certo, reportando-se a normas cujo ‘nível de generalidade’ é peculiar em seu confronto com as demais leis.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 531.

⁷ A Lei nº 8.666/93 foi alterada pelas Leis nº 8.883/94, 9.032/95, 9.648/98, 9.854/99, 10.973/04, 11.079/04, 11.107/05, 11.196/05, 11.445/07, 11.481/07, 11.484/07, 11.763/08, 11.783/08, 11.952/09, 12.188/10 e MP 495/10. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm > Acesso em: 12 set 2010.

Em 2002, a União editou a Lei nº 10.520, instituindo a modalidade pregão, de rito mais célere e menos formalista que a Lei nº 8.666/93, possibilitando seu uso nas licitações para registro de preços de bens e serviços comuns.

Suas disposições introduziram avanços significativos na regulação do instituto: (i) ampliação do objeto, possibilitando o uso do registro de preços também para serviços comuns; (ii) ampliação das modalidades licitatórias, com a possibilidade de uso do pregão, quando o registro de preços abarcar bens e serviços comuns, sem prejuízo da concorrência, tradicionalmente utilizada em face da sua característica de universalidade.

Vale registrar que alguns entes federativos,⁸ antes da Lei nº 10.520/02, já permitiam o uso do registro de preços para serviços, medida essa amparada por decisões judiciais.⁹

A regulamentação do sistema de registro de preços previsto no artigo 15 da Lei 8.666/93 foi editada, no âmbito federal, através do Decreto nº 2.743, de 21 de agosto de 1998, com o estabelecimento das seguintes condições para sua implantação: (i) registro de preços para bens, mediante licitação a ser realizada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço; (ii) validade do registro de um ano, computadas nesse prazo eventuais prorrogações; (iii) adoção preferencial do registro de preços nas hipóteses de aquisições frequentes e de entregas parceladas, e quando conveniente a aquisição do bem para atendimento a mais de um órgão ou entidade; (iv) possibilidade de subdivisão da quantidade total do item em lotes, observada a quantidade mínima e o prazo e local de entrega; (v) publicação trimestral dos preços registrados e respectivos fornecedores; (vi) possibilidade de realização de licitação

⁸ O Município de São Paulo previu a possibilidade de utilização do sistema de registro de preços para serviços na Lei nº 10.544, de 31 de maio de 1988, em seus arts. 9º e 30, II, *in verbis*:

“Art. 9º - Os serviços, quando habituais e necessários, poderão observar o procedimento de registro de preços, precedido de concorrência, por prazo máximo de 1 (um) ano, prorrogável uma única vez, por igual período.

Parágrafo único - Para melhor atendimento dos requisitos enumerados neste artigo, os projetos de obras e serviços guardarão padronização de componentes e elementos, sempre que possível.

[...]

Art. 30 - Ressalvadas as exceções legais, a concorrência será obrigatória para: [...]

II - serviços e compras, de qualquer valor, efetivados segundo o procedimento de registro de preços.”

A Lei nº 13.278, de 7 de janeiro de 2002, que sucedeu a Lei nº 10.544/88, manteve a possibilidade de contratação de serviços pelo sistema de registro de preços, conforme previsto em seu art. 3º: “O fornecimento de materiais em geral e a prestação de serviços, em ambos os casos, desde que habituais ou rotineiros, poderão ser contratados pelo sistema de registro de preços.”

⁹ “Ementa: Administrativo – Licitação – Sistema de Registro de Preços: Artigo 15, Lei 8.666/93 – Limitações. 1. O regime de licitações por registro de preços foi ampliado pelos Decretos 3.931/2001 e 4.342/2002, sendo extensivo não só a compras mas a serviços e obras. 2. Embora auto-aplicável, o art. 15, da Lei 8.666/93 pode sofrer limitações por regulamento estadual ou municipal, como previsto no § 3º. 3. Sociedade de economia mista que, na ausência de norma própria, submete-se aos limites municipais, se não contrariarem eles a Lei de Licitações. 4. Legalidade do Decreto 17.914/93, do Município de São Paulo que afastou a incidência do registro de preços para a execução de obras.” (STJ, ROMS nº 15.647/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon).

“Ementa: Licitação – Registro de preços – Obras e serviços – Admissibilidade – Artigo 15, II, da Lei nº 8.666/93 – Ação Civil Pública – Anulação de edital – Fato consumado – Recursos providos para julgar a ação improcedente.” (TJSP, Apelação Cível nº 249.004-5/3-00, Voto nº 17.050).

específica, assegurado o direito de preferência ao detentor do preço registrado, em igualdade de condições; (viii) descentralização das atribuições para o registro de preços, competindo ao órgão que o efetivou a prática dos atos de controle e administração pertinentes; (ix) penalidade aplicável pelo órgão que efetivar a aquisição; (x) previsão no edital da estimativa de quantidades a serem adquiridas, preço unitário máximo, por item, quantidade mínima de unidades a ser cotada, local, prazo de entrega e forma de pagamento, prazo de validade do registro e a relação dos órgãos e entidades que poderão se utilizar do respectivo registro de preços; (xi) convocação dos interessados para assinar a ata de registro de preços, após a homologação da licitação, que terá efeito de compromisso de fornecimento; (xii) possibilidade de aquisição do segundo fornecedor, quando atingido o limite de fornecimento do primeiro e assim sucessivamente; (xiii) acréscimos permitidos nos limites previstos na Lei nº 8.666/93; (xiv) possibilidade de revisão dos preços registrados em decorrência de redução dos praticados no mercado; (xv) possibilidade de cancelamento de registro pela administração ou a pedido do fornecedor.

Esse regulamento foi revogado e sucedido pelo Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, posteriormente alterado pelo Decreto nº 4.342, de 23 de agosto de 2002, cujas disposições têm gerado muito polêmica, notadamente quanto à previsão de adesão aos preços registrados e à possibilidade de prorrogação em prazo superior a um ano.

Além dessas condições, o regulamento prevê outras que merecem ser relacionadas: (i) possibilita o registro de preços de bens e serviços;¹⁰ (ii) estabelece definições para sistema de registro de preços, ata de registro de preços, órgão gerenciador e órgão participante; (iii) indica as hipóteses em que o sistema de registro de preços deve ser adotado preferencialmente: contratações frequentes, entregas parceladas e quando conveniente a aquisição de bem ou serviço para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; (iv) indica a necessidade de justificar o uso do registro de preços para bens e serviços de informática; (v) possibilita a realização da licitação para registro de preços sob a modalidade de concorrência ou pregão, com a adoção do tipo menor preço e, excepcionalmente e desde que justificada, do tipo técnica e preço; (vi) estabelece as atribuições do órgão gerenciador, do órgão participante e do gestor do contrato; (vii) fixa a validade máxima da ata de registro de preços em um ano, computadas nesse prazo as eventuais prorrogações — exceto nas hipóteses em que a proposta continuar se mostrando vantajosa, quando a prorrogação poderá se efetivar nos termos do art. 57, § 4º, da Lei nº

¹⁰ A alteração introduzida pelo Decreto nº 4.342/2002 suprimiu a previsão de registro de preços para locação, que constava do Decreto nº 3.931/2001.

8.666/93; (viii) remete a vigência dos contratos decorrentes do sistema de registro de preços ao disposto no art. 57 da Lei nº 8.666/93; (ix) possibilita a subdivisão, nas aquisições de bens, da quantidade total do item em lotes e, para a contratação de serviços, a subdivisão em função da unidade de medida, observando, no primeiro caso, a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega e, no segundo, a demanda específica de cada órgão ou entidade participante do certame, evitando-se contratar mais de uma empresa para prestar serviços em uma mesma localidade, para assegurar a responsabilidade contratual e o princípio da padronização; (x) prevê o registro de preço único, com possibilidade de adesão dos demais licitantes ao preço do primeiro colocado, respeitando-se, para a contratação, a ordem de classificação; excepcionalmente, admite registro de outros preços quando a quantidade do primeiro colocado não for suficiente para atender a demanda, desde que o objeto seja de qualidade ou desempenho superior e os preços sejam inferiores ao máximo admitido; (xi) faculta a realização de licitação específica, assegurando-se ao beneficiário do registro a preferência de fornecimento em igualdade de condições; (xii) possibilita o uso do preço registrado por quem não tenha participado do certame licitatório, facultando ao detentor do registro a opção de aceitar, ou não, o fornecimento, mas com a condição de que a aceitação não poderá prejudicar as obrigações anteriormente assumidas; (xiii) permite a adesão aos preços registrados correspondente a cem por cento dos quantitativos registrados na ata, por órgão ou entidade diverso do que realizou o registro; (xiv) desde que previsto expressamente no edital, admite, como critério de adjudicação a oferta de desconto sobre tabela de preços praticados no mercado, bem como a apresentação de proposta diferenciada por região; (xvi) prevê a homologação do certame seguida da assinatura da ata, que terá efeito de compromisso de fornecimento e poderá ser alterada nos termos do art. 65 da Lei nº 8.666/93; (xvii) possibilita a revisão dos preços em procedimento de negociação no sentido da sua redução, quando superiores aos praticados no mercado; quando inferiores e comprovado pelo fornecedor a impossibilidade de cumprir o compromisso, poderá ser liberado do encargo, convocando-se os demais fornecedores; (xviii) prevê as hipóteses de cancelamento do registro do fornecedor, que poderá ocorrer a pedido dele próprio, nas hipóteses de força maior ou caso fortuito devidamente comprovados; (xix) estabelece a contratação por intermédio de instrumentos contratuais previstos no art. 62 da Lei nº 8.666/93; (xx) possibilita o uso de recursos de tecnologia da informação na operacionalização, na automatização dos procedimentos de controle e nas atribuições do órgão gerenciador e participante.

Ainda na esfera federal, a Lei nº 10.191, de 14 de fevereiro de 2001, possibilita o uso recíproco do sistema de registro de preços pelo Ministério da Saúde e respectivos órgãos

vinculados, para compras de materiais e insumos da área da saúde, estendendo essa faculdade aos Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivos órgãos vinculados.

2.2 Normas do Estado de São Paulo

No plano estadual, o sistema de registro de preços também apresenta uma evolução interessante, o que verificamos em relação especialmente aos aspectos regulamentares.

A seguir, faremos o levantamento histórico da legislação do Estado de São Paulo sobre o sistema de registro de preço a partir de 1970,¹¹ ano em que foi editada a Lei nº 10.395,¹² dispondo sobre obras, serviços, compras e alienações da Administração centralizada e autárquica, quando então Secretário da Justiça o saudoso Hely Lopes Meirelles.

Essa lei remeteu à conveniência da Administração a decisão de processamento das compras através do sistema de registro de preços, prevendo sua implantação de forma centralizada para materiais e gêneros de uso comum. Ademais, estabeleceu um procedimento prévio de coleta de preços na forma de concorrência para o registro de preços e publicação periódica destes na imprensa oficial.

Em 1972 foi editada a Lei nº 89,¹³ reproduzindo, em linhas gerais, as disposições da Lei nº 10.395. Sua regulamentação, no que tange ao sistema de registro de preços, sobreveio apenas em 1984, com a edição do Decreto nº 22.516,¹⁴ que previa o uso preferencial do instituto para os materiais e gêneros de consumo frequente e com significativa expressão em relação ao consumo total ou que devessem ser adquiridos por diversas unidades.

Estabeleceu as condições para utilização do preço registrado nas compras centralizadas e descentralizadas, prevendo a validade máxima de um ano para os produtos com preços tabelados por órgãos oficiais e de quatro meses para os não tabelados, com a possibilidade de fixação de prazos menores.

Em 22 de novembro de 1989, a Lei nº 89 foi revogada expressamente com a edição da Lei nº 6.544, que passou a dispor sobre o estatuto jurídico das licitações e contratos

¹¹ A Lei nº 10.395/70 foi precedida do Decreto-Lei nº 165, de 25 de novembro de 1969, que disciplinava a licitação e contratação públicas no âmbito do Estado de São Paulo; em pesquisa nos sítios eletrônicos da imprensa oficial e da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo não encontramos a íntegra dessa e de outras normas anteriores.

¹² Lei nº 10.395, de 17 de dezembro de 1970.

¹³ Lei nº 89, de 27 de dezembro de 1972.

¹⁴ Decreto nº 22.516, de 3 de agosto de 1984.

pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações no âmbito da Administração centralizada e autárquica.

O artigo 15 dessa lei disciplina o sistema de registro de preços de forma bastante genérica, com previsão da sua aplicação a compras, sempre que possível e conveniente, e processamento precedido de ampla pesquisa de mercado.

A regulamentação da matéria coube ao Decreto nº 35.946, de 30 de outubro de 1992, com revogação expressa do Decreto nº 22.516, de 3 de agosto de 1984. Estabeleceu-se a possibilidade de realização do registro de preços diretamente pela Comissão Central de Compras do Estado – CCCE para materiais e gêneros de consumo frequente que possuíssem significativa expressão em relação ao consumo total do Estado e que devessem ser adquiridos por mais de um órgão da administração centralizada, além de, excepcionalmente, para qualquer material ou gênero.

Nesse decreto se vislumbra uma investida no sentido de centralizar em um órgão a realização do registro de preços de bens de consumo frequente, porquanto estabelecida a obrigatoriedade de utilização dos preços registrados pela CCCE por todos os órgãos da administração direta, facultando-se a estes o registro de preços apenas para materiais e gêneros não registrados pela Comissão Central de Compras do Estado. A publicação de todos os preços registrados foi atribuída a esse órgão central.

De interesse registrar, ainda, a possibilidade prevista nesse regulamento de registro de vários preços para o mesmo material ou gênero, em função da capacidade de fornecimento ou outro critério julgado conveniente, desde que inserida essa condição no edital e indicados os critérios para as futuras contratações.

A validade máxima do registro restou fixada em 12 meses, com possibilidade de prorrogação dentro desse limite e mantidas as mesmas condições do edital de licitação. Além desses requisitos, condicionou-se a prorrogação à previsão dessa possibilidade no edital, à apresentação pelo fornecedor de desempenho satisfatório na execução dos contratos decorrentes do registro de preços e à demonstração de adequação dos preços aos praticados no mercado, mediante pesquisa prévia.

Previu-se, ainda, a possibilidade de reajuste e revisão dos preços registrados, limitando a atualização dos preços aos patamares do mercado. Também restaram estabelecidas hipóteses de cancelamento e suspensão dos preços registrados.

O Decreto nº 35.946, de 30 de outubro de 1992, foi revogado expressamente pelo Decreto nº 47.945, de 16 de julho de 2003, posteriormente alterado pelos Decretos nº 51.809, de 16 de maio de 2007, e nº 54.939, de 20 de outubro de 2009.

Esse novo regulamento passou a estabelecer os procedimentos estruturantes para o registro de preços, sem o caráter centralizador identificado no Decreto nº 22.516/84 e, de forma mais intensa, no Decreto nº 35.946/92.

Inspirou-se no regulamento federal, de maneira que muitas são as semelhanças entre eles, a começar pelas definições de sistema de registro de preços, ata de registro de preços, órgão gerenciador e órgão participante, bem como das atribuições desses dois últimos e do gestor do contrato.

Vale registrar que a figura da ata de registro de preços foi pela primeira vez prevista no regulamento estadual, assim como o registro de preços para serviços.

A despeito das semelhanças, há especificidades na regulamentação do sistema de registro de preços pelo Estado de São Paulo que merecem ser destacadas.

A validade máxima do registro de preços foi fixada em 12 meses, admitida a prorrogação por uma única vez por igual período, precedida de pesquisa de mercado e condicionada à comprovação da inequívoca vantagem para a Administração.

Atribuiu-se ao Comitê de Qualidade e Gestão Pública a competência para definir um ou mais órgão gerenciador quando os bens e serviços tenham significativa expressão em relação ao consumo total do Estado, devam ser adquiridos por mais de um órgão ou entidade da Administração, ou atendam a programas de governo, com previsão de normas de coexistência de vários sistemas.

As modalidades licitatórias permitidas são concorrência e pregão, com adoção única do tipo menor preço. A sistemática consiste no registro de preço único e, se possível, de vários fornecedores, desde que concordem em aderir ao preço do primeiro colocado e, obviamente, que atendam aos requisitos de habilitação, sendo convocados para assinar a ata de registro de preços.

A competência para aplicar penalidades é do órgão gerenciador, nas hipóteses de infrações graves que importem em aplicação de sanções com efeitos mais abrangentes, atribuindo-se ao órgão contratante as penalidades mais leves.

Outra previsão que tem suscitado questionamentos refere-se à figura do “carona”, que significa a permissão de utilização do registro de preços por órgãos ou entidades que não participaram dos atos iniciais, notadamente da licitação realizada para sua implantação.

A permissão dirige-se aos órgãos e entidades da Administração Estadual que podem aderir às atas de registro de preços existentes na esfera estadual e fora dela, vale dizer, dos preços registrados por quaisquer entes federativos. Em contrapartida, permite-se que estes últimos utilizem os preços registrados por órgãos e entidades estaduais.

Essa figura se assemelha à prevista no regulamento federal, mas com algumas distinções introduzidas recentemente e que resultaram na limitação da adesão a cem por cento dos quantitativos registrados, no seu conjunto, exigindo-se a certificação dessa condição junto ao órgão gerenciador, independentemente da esfera governamental em relação à qual ela se processa.

Outra importante alteração está relacionada à hipótese de adesão a preços registrados por órgãos e entidades de outras esferas federativas, permitida no regulamento do Estado de São Paulo. Nesse caso, a adesão fica condicionada ao prévio cadastramento do fornecedor no Cadastro Unificado de Fornecedores do Estado de São Paulo – CAUFESP, devendo o respectivo ato de adesão ser instruído com cópia integral do processo licitatório que deu origem à ata de registro de preços, acompanhada da declaração de que o processo foi julgado regular pelo Tribunal de Contas ou pelo órgão jurídico competente e não pende qualquer impugnação nas esferas administrativa e judicial.

Essa figura controvertida da adesão, denominada “carona”, e tantas outras disposições previstas nos regulamentos da União e do Estado de São Paulo também estão presentes nas normas editadas pelo Município de São Paulo, com algumas variações.

2.3 Normas do Município de São Paulo

No âmbito municipal, consideraremos, para efeito do presente estudo, as leis e regulamentos do Município de São Paulo sobre o sistema de registro de preços editados a partir de 1975.

A Lei nº 8.248, de 7 de maio de 1975,¹⁵ previu o sistema de registro de preços para compras e sua implantação quando conveniente, precedido de licitação na forma de concorrência, tendo sido regulamentada pelos Decretos nº 13.045/1976, 15.830/1979 e 20.919/1985, porém sem especificar os procedimentos para a implantação do registro de preços.

¹⁵ A Lei nº 8.248/75 foi alterada pelas Leis nº 9.176/80, 9.404/81, 9.829/85, 9.868/85 e 9.944/85. Disponível em: <<http://camaramunicipalpalsp.qaplaweb.com.br/cgi-bin/wxis.bin/iah/>>. Acesso em 03 jul 2010.

Restou revogada e sucedida pela Lei nº 10.544/88,¹⁶ que, em seu artigo 13, previu o procedimento de registro de preços para compras quando conveniente, mediante licitação sob a modalidade de concorrência, com validade máxima de 1 (um) ano, prorrogável uma única vez, por igual período.

Em relação ao sistema de registro de preços, a Lei nº 10.544/88 inovou introduzindo a possibilidade de sua implantação para serviços, quando habituais e necessários. A regulamentação da matéria se fez através do Decreto nº 29.347/1990, com a previsão dos procedimentos do registro de preços para compras e serviços.

Releva destacar alguns procedimentos previstos nesse regulamento: (i) a adjudicação importa o registro de todos os preços classificados; (ii) possibilidade de centralização dos procedimentos para o registro de preços, com previsão de uso obrigatório do preço registrado por todas as unidades municipais; (iii) prazo máximo de validade de um ano para o registro de preços, computadas todas as prorrogações; (iv) possibilidade de registro de vários preços para o mesmo objeto, facultada à Administração a compra ou contratação concomitante com dois ou mais fornecedores; (v) possibilidade de reajuste dos preços registrados, mantida a diferença apurada entre o preço originalmente constante da proposta e o preço da tabela da época, vedado o reajuste que ultrapasse o preço praticado no mercado; (vi) aplicação de penalidade pelo órgão usuário do registro, ouvido previamente o órgão que efetuou o registro; (vii) possibilidade de uso dos preços registrados pelas autarquias municipais, mediante prévia anuência do órgão que o efetuou.

Em 2002, a Lei nº 10.544 foi revogada pela Lei nº 13.278,¹⁷ que passou a dispor sobre licitação e contratos administrativos, contemplando as seguintes disposições acerca do sistema de registro de preços: (i) utilização do sistema para bens e serviços, desde que habituais e rotineiros; (ii) licitação mediante concorrência, salvo as hipóteses de inviabilidade de competição; (iii) utilização dos preços registrados por todos os órgãos interessados em seu objeto, como regra; (iv) utilização facultativa dos registros de preços da União e do Estado de São Paulo; (v) possibilidade de centralização das atribuições relacionadas ao registro de preços; (vi) possibilidade de reajuste e revisão dos preços registrados; (vii) possibilidade de realização de licitação específica na vigência do registro de preços, assegurada a preferência

¹⁶ Lei nº 10.544, de 31 de maio de 1988, que dispõe sobre licitações, concursos e contratações de serviços, obras, compras, alienações, concessões e locações, da Administração Direta e das Autarquias do Município, e dá outras providências. Alterações: Leis nº 10.913/90, 11.100/91, 11.107/91, 11.131/91, 11.184/92, 11.194/92, 11.259/92, 11.950/95. Disponível em: <<http://camaramunicipal.sp.qaplalaweb.com.br/cgi-bin/wxis.bin/iah/>>. Acesso em 03 jul 2010.

¹⁷ Lei nº 13.278, de 7 de janeiro de 2002, alterada pela Lei nº 14.145, de 7 de abril de 2006. Disponível em: <<http://camaramunicipal.sp.qaplalaweb.com.br/cgi-bin/wxis.bin/iah/>>. Acesso em 03 jul 2010.

ao detentor do registro, em igualdade de condições; (viii) possibilidade de cancelamento do registro do detentor da ata de registro de preços; (ix) vigência anual da ata, prorrogável por até igual período; (x) não extinção dos contratos em execução decorrentes de ata cujo prazo de vigência venha a expirar; (xi) possibilidade de rescisão da ata de registro de preços, nas hipóteses previstas para a rescisão dos contratos em geral.

A regulamentação desse diploma legal fez-se mediante o Decreto Municipal nº 44.279, de 24 de dezembro de 2003, alterado pelo Decreto nº 45.689, de 1º de janeiro de 2005, Decreto nº 46.662, de 24 de novembro de 2005, Decreto nº 43.406, de 1º de julho de 2003 e Decreto nº 47.014, de 21 de fevereiro de 2006.

Especificamente sobre o sistema de registro de preços, a regulamentação estabeleceu, em linhas gerais, os seguintes procedimentos: (i) indicou hipóteses em que bens e serviços podem ser objeto de registro de preços (contratações frequentes, entregas parceladas e necessidade de atendimento a mais de um órgão ou entidade); (ii) previu a centralização dos procedimentos para o registro de preços na Secretaria Municipal de Gestão, com possibilidade de delegação dessa competência para outro órgão ou entidade da Administração Pública Municipal; (iii) estabeleceu a adesão obrigatória aos preços registrados pelos órgãos da administração direta e indireta — exceto para as empresas não dependentes do Tesouro Municipal —, na hipótese de utilização do objeto do registro de preços, salvo se a contratação se revelar antieconômica ou quando houver necessidade específica devidamente justificada; (iv) determinou a consulta obrigatória aos demais órgãos sobre o interesse pelo material ou serviço cujo preço será registrado, os quais deverão responder em prazo fixado, com o fornecimento da estimativa de consumo ou cronograma de contratação; (v) possibilitou o uso dos preços registrados pelo Poder Legislativo do Município de São Paulo, inclusive o Tribunal de Contas do Município de São Paulo; (vi) facultou ao detentor do registro aceitar o fornecimento, sem prejuízo do atendimento dos quantitativos inicialmente estimados; (vii) estabeleceu o acompanhamento da evolução dos preços registrados pela unidade responsável pelo registro de preços e utilização por todos os órgãos da Administração Municipal em suas contratações decorrentes da ata de registro de preços; (viii) determinou a publicação mensal dos preços registrados, para consulta geral e acesso a todo cidadão; (ix) possibilitou o registro de vários preços para o mesmo objeto em função da capacidade de fornecimento ou outro critério julgado conveniente, condicionado o fornecimento por qualquer das detentoras à manifestação expressa de desinteresse pelas detentoras antecedentes com preços menores na ordem de classificação; (x) previu a possibilidade de prorrogação do prazo inicial fixado para o registro de preços, nos termos da lei; (xi) estabeleceu a aplicação de penalidade pelo órgão

gestor da ata, ouvido previamente o órgão contratante; (xii) dispensou de reserva de recursos orçamentários a implantação do registro de preços.

3 A NOÇÃO E A NATUREZA JURÍDICA DO REGISTRO DE PREÇOS

A configuração imprecisa e a ausência de definição legal¹⁸ do registro de preços têm gerado discrepâncias doutrinárias a propósito do seu conceito e da sua natureza jurídica.

Para alguns, o registro de preços constitui um procedimento; para outros, um sistema; há, ainda, quem o conceitue como contrato.¹⁹

3.1 Registro de preços como procedimento

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua registro de preços como

[...] um procedimento que a Administração pode adotar perante compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviços. Neste caso, como presume que irá adquirir os bens ou recorrer a estes serviços não uma, mas múltiplas vezes, abre um certame licitatório em que o vencedor, isto é, o que ofereceu a cotação mais baixa, terá seus preços “registrados”. Quando a promotora do certame necessitar destes bens ou serviços irá obtê-los, sucessivas vezes se for o caso, pelo preço cotado e registrado.²⁰

Hely Lopes Meirelles, que foi um grande entusiasta do registro de preços, embora pouco tenha escrito a respeito do assunto, define-o como

[...] o conjunto de procedimentos para registro e assinatura em Ata de Preços que os interessados se comprometem a manter, por determinado período de tempo, para contratações futuras de compras ou de serviços frequentes, a serem realizadas nas quantidades solicitadas pela Administração e de

¹⁸ O registro de preços não possui definição, nem na Lei nº 8.666/93, nem, tampouco, na Lei nº 10.520/02.

¹⁹ Esses são os conceitos mais recorrentes de registro de preços utilizados pela doutrina, e, por isso, serão considerados para efeito de análise. Diógenes Gasparini entende que o “Sistema de registro de preços de bens e serviços é o arquivo dos respectivos preços, selecionados mediante concorrência ou pregão, utilizáveis pela Administração Pública em suas futuras contratações.” (GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.502). Joel de Menezes Niebuhr conceitua o registro de preços como o “instrumento destinado à eficiência no gerenciamento dos processos de contratação, por meio do qual o vencedor da licitação assina a ata de registro de preços, [...]” (GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 25). Por sua vez, Odete Medauar considera o sistema de registro de preços “[...] um modo pelo qual a Administração efetua compras.” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed., São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010, p. 198)

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo. Malheiros, 2010, p. 569-570.

conformidade com o instrumento convocatório da licitação. Registre-se que não é modalidade de licitação; é um sistema.²¹

No mesmo sentido, posicionam-se Carlos Pinto Coelho Motta²² e Jessé Torres Pereira Júnior, em obra publicada em conjunto com Marinês Restelatto Dotti.²³

Outros doutrinadores associam o registro de preços a um procedimento especial de licitação e contratação, como o fazem Eliana Goulart Leão,²⁴ Sidney Bittencourt,²⁵ Jair Eduardo Santana²⁶ e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.²⁷ Destaca, este último, tratar-se de um

[...] procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão *sui generis*, selecionando a proposta mais vantajosa com observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração.

Todos os autores citados identificam o registro de preços como um procedimento, ou um conjunto de procedimentos, sem descrever sua natureza jurídica.

O termo “procedimento”, utilizado para conceituar o registro de preços, é bastante controvertido, havendo quem afirme que a palavra adequada seria “processo”, devendo-se utilizar a expressão “processo administrativo”, por se referir ao exercício do poder estatal ligado à função administrativa. Outros entendem que os termos não são equivalentes, possuindo sentidos próprios e distintos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro distingue essas figuras jurídicas, ressaltando que:

Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; cada vez que ela for tomar uma decisão, executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento, o ato final é sempre precedido de uma série de atos materiais ou jurídicos, consistentes em estudos, pareceres, informações, laudos, audiências, enfim, tudo o que for necessário para instruir, preparar e fundamentar o ato final objetivado pela Administração.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo. Malheiros, 2010, p.342-343.

²² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. Belo Horizonte. Del Rey, 2008, p.201.

²³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte. Fórum, 2009, p. 511.

²⁴ LEÃO, Eliana Goulart. **Sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações**. Campinas. Bookseller, 1996, p. 17.

²⁵ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação de registro de preços: comentários ao Decreto nº 3.931, de setembro de 2001**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 17.

²⁶ SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços: manual de implantação, operacionalização e controle**. 3. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2009, p. 425-426.

²⁷ FERNANDES, J. U. Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 30-31.

O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.

Nem sempre a lei estabelece procedimentos a serem observados necessariamente pela Administração; nesse caso, ela é livre na escolha da forma de atingir os seus objetivos, o que normalmente ocorre quando se trata de fase interna de desenvolvimento do processo, não atingindo direitos dos administrados. Em outras hipóteses, a lei estabelece uma sucessão de atos preparatórios que devem obrigatoriamente preceder a prática do ato final; nesse caso, existe o procedimento, cuja inobservância gera a ilegalidade do ato da Administração. Em regra, o procedimento é imposto com maior rigidez quando esteja envolvido não só o interesse público, mas também os direitos dos administrados, como ocorre na licitação, nos concursos públicos, nos processos disciplinares.²⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello considera “processo” o termo adequado para designar os casos contenciosos, e “procedimento” a designação adequada para a modalidade ritual de cada processo. Todavia, entende que não se deve armar um “cavalo de batalha” em torno de rótulos, podendo ser utilizada indiferentemente uma ou outra terminologia.²⁹

Assim, para o autor

Procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento ou processo cumpre que haja uma sequência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como “autonomia relativa”.³⁰

A Constituição Federal de 1988, segundo Odete Medauar, consagrou o termo “processo” para designar a processualidade administrativa (inc. LV do art. 5º), bem como as atuações no âmbito administrativo (inc. XXI do art. 37 — licitação; § 1º do art. 41 — disciplinar).³¹

O aprofundamento dessa controvérsia foge aos objetivos deste trabalho, de maneira que nos valeremos do conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, que usa indiferentemente os termos “processo” e “procedimento”.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo, Atlas, 2010, p. 623.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 488.

³⁰ *Ibidem*, p. 487.

³¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 170.

Assim, visto o procedimento ou processo como uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendentes, todos, a um resultado final e conclusivo, verifica-se que há uma relação íntima e de dependência entre ele e o registro de preços, porquanto este se efetiva validamente com a prática de vários atos, todos conectados entre si, antes, durante e depois da licitação exigida para sua implementação.

O procedimento ou o conjunto de procedimentos, no entanto, é apenas meio para a implementação de uma política pública de contratação, consubstanciada no registro de preços, cumprindo, cada uma dessas figuras jurídicas (procedimento e registro de preços), distintas finalidades, não havendo que confundir suas identidades.

O conceito de procedimento especial de licitação de que se valem alguns autores pode remeter à ideia de que o registro de preços seria uma modalidade especial de licitação, porquanto modalidade é procedimento ou rito.³² Todavia, as modalidades são criadas por lei em rol exaustivo e o registro de preços não integra esse rol nem, tampouco, a lei lhe atribuiu tal qualidade.

A circunstância de os procedimentos utilizados para dar efetividade ao registro de preços serem dotados de certas particularidades, conforme veremos no capítulo em que trataremos da sua implementação, não significa que se trata de uma modalidade licitatória especial. Se fosse modalidade não haveria sentido em condicionar a licitação para registro de preços à concorrência ou ao pregão.

Pelas razões expostas, temos que procedimento é pressuposto para a implementação válida do registro de preços, não servindo para traduzir sua significação.

3.2 Registro de preços como sistema

A Lei nº 8.666/93 denomina “Sistema de Registro de Preços” o objeto do presente estudo, o que tem ensejado interpretações no sentido de considerá-lo como sistema. J. C. Mariense Escobar é um dos defensores dessa tese, conceituando o registro de preços como

[...] sistema pelo qual, mediante concorrência, seleciona-se proposta de preços unitários a serem utilizados pela Administração em contratos futuros

³² Edmir Netto de Araújo ao se referir ao conceito legal de concorrência, modalidade criada pela Lei nº 8.666/93, afirma tratar-se de “[...] procedimento de natureza administrativa, obrigatório, que antecede as contratações da Administração [...]”. ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 589.

destinados à aquisição de bens ou contratação de serviços, de consumo e uso frequente.³³

É “sistema porque o registro de preços se processa através de um conjunto de princípios e regras que, tendo relações entre si, se ordenam para estabelecer o regime a que sua realização deverá subordinar-se.”³⁴

Marcos Juruena Villela Souto, em sintonia com Escobar, também conceitua o registro de preços como sistema:

O registro de preços é um sistema (não é modalidade de licitação) que visa uma racionalização nos processos de contratação de compras públicas e de prestação dos serviços. Sua finalidade precípua é maximizar o princípio da economicidade, permitindo à Administração Pública celebrar o contrato administrativo na exata medida e no momento de sua necessidade, sempre precedido de licitação, qualquer que seja o valor efetivo a ser praticado em cada situação específica.

A idéia é realizar uma grande licitação, que reúna diversas unidades orçamentárias distintas, com os preços ficando registrados em ata, de modo que o fornecedor seja convocado na medida da conveniência dos órgãos que integraram a licitação.³⁵

É verdade que a lei não se vale inutilmente das palavras, razão pela qual se faz necessário investigar o sentido que ela quis atribuir ao registro de preços, ao qualificá-lo de “sistema”. Antes, porém, cumpre ter presente a ideia de sistema.

No tocante à etimologia da palavra, Tércio Sampaio Ferraz Júnior³⁶ ensina que sistema vem do grego *systema*, que provém de *syn-istemi* e significa o composto, o construído, aludindo à ideia de uma totalidade construída, composta de várias partes.

O significado do termo passou a ter uma compreensão mais restrita, pois, mantendo a conotação originária de conglomerado, a ela agregou-se o sentido específico de ordem, de organização.

Afirma que a palavra também aparece entre os estoicos para descrever e esclarecer a ideia de totalidade bem ordenada. Entre os latinos clássicos, o termo sistema não teve uso, surgindo mais tarde ligado ao conceito de *sintagma (compendium)*. No século XVII, seu uso acentuou-se, vindo a assumir, no século XVIII, as características mais marcantes, que

³³ ESCOBAR, J. C. Mariense. **O sistema de registro de preços nas compras públicas: teoria e prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 21.

³⁴ Ibidem. p. 22.

³⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. 2. série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 323-324.

³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 7-13.

configuram o termo ainda hoje, com a terminologia adotada por Christian Wolff, segundo o qual

[...] é mais que um mero agregado de um esquema ordenado de verdades. *Sistema* é sobretudo '*nexus veritatum*', que pressupõe a correção e a perfeição formal da *dedução*. Compara-se o *nexus* com o conceito de *organismo*, superando a idéia de composição orgânica a mera justaposição classificatória.³⁷

Reporta-se Tércio Sampaio Ferraz Júnior também a Johann Heinrich Lambert, que

[...] estabelece um conceito geral e abstrato de *sistema*, independente de qualquer conteúdo concreto: trata-se de um todo fechado, onde a relação das partes com o todo e das partes entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de dedução. Esta concepção tem por base o modelo do mecanismo, cujo princípio básico propõe uma relação de identidade entre o todo e a soma das partes, donde a possibilidade de decomposição e recomposição do sistema, conforme o exemplo clássico do relógio que se desmonta e depois se monta novamente, sem que nada se perca.³⁸

A concepção kantiana abandona o modelo mecânico, na medida em que considera que

[...] sistema é uma relação entre o todo e as partes, onde a retirada ou acréscimo de uma só parte destrói ou modifica o todo como unidade orgânica. Aqui se abandona o modelo mecânico, substituído pelo orgânico, o qual pressupõe uma forma única, central, interna, agindo de modo teleológico, diferente da mera soma das partes do sistema. Um tal sistema não poderia ser desmontado e montado de novo, pois, ao fazê-lo, algo se perderia, pois o todo precede as partes sendo mais que a simples agregação de elementos.³⁹

Anota Tércio Sampaio Ferraz Júnior que a estrutura dedutiva característica dos sistemas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII determina ainda hoje a posição da moderna doutrina em face da questão da sistemática jurídica.⁴⁰

A concepção contemporânea da ideia de sistema, segundo Ana Maria Moliterno Pena,

[...] encontra fundamento no reconhecimento da complexidade da realidade e na constatação da insuficiência da sobreposição, a essa realidade, de uma visão estática, analítica ou cartesiana, segundo a imposição estanque de rijos

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 11.

³⁸ Ibidem, p. 11-12.

³⁹ Ibidem, p. 12.

⁴⁰ Ibidem, p. 13.

recortes de partes para exposição e diferentes e autônomas disciplinas de abordagem. A compreensão dessa concepção pressupõe aproximação, não pelos elementos constituintes ou substâncias básicas de um fenômeno, processo ou fato, mas pelos princípios organizativos desse mesmo sistema, natural ou não: a ideia de sistema compreende unidades totalizantes constituídas por elementos básicos inter-relacionados de tal forma que, em e por suas relações, compõem uma realidade que ultrapassa a mera soma das partes. Assim, a identidade e a singularidade de um sistema podem ser encontradas em seus princípios de conformação e união, transcendendo, portanto, os seus elementos componentes.⁴¹

No direito brasileiro, Geraldo Ataliba foi um dos seguidores da concepção kantiana de sistema, consoante se infere das suas lições:

O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior.

A esta concepção de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema. Os elementos de um sistema não constituem o todo, com sua soma, como suas simples partes, mas desempenham cada um sua função coordenada com a função dos outros.⁴²

Estabelecida, pois, a noção de sistema, cumpre analisar em que medida o registro de preços se subsume a essa concepção de unidades totalizantes constituídas por elementos básicos inter-relacionados, em que cada um desempenha sua função coordenada com a função dos outros.

O registro de preços envolve, de regra, uma pluralidade de órgãos e entidades interessados na contratação do mesmo objeto, que desempenham suas funções em coordenação com a função dos demais.

Os regulamentos, atentos a essa realidade, têm previsto três figuras fundamentais que estruturam o registro de preços, formadas pelo órgão gerenciador, órgão participante e gestor do contrato, cujas atribuições veremos mais adiante em detalhes.

Os procedimentos para o registro de preços exigem uma interação estreita entre essas figuras, desempenhando, cada qual, sua função em coordenação com a função dos outros, formando um todo unitário.

⁴¹ PENA, Ana Maria Moliterno. **Microssistema**: o problema do sistema no polissistema. 2007. 195 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 93-94.

⁴² ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 4-5.

O órgão gerenciador tem papel fundamental na identificação das situações que ensejam a implantação do registro de preços. Sua função é de organização, planejamento e coordenação.

Deve criar mecanismos de comunicação com os órgãos potencialmente interessados em participar do registro de preços, transmitindo-lhes todas as informações necessárias para eventual adesão à licitação. Os órgãos interessados informarão ao órgão gerenciador suas necessidades quanto ao objeto e condições para as futuras e eventuais contratações.

Os dados recebidos são consolidados pelo órgão gerenciador, que considerará suas próprias necessidades, caso pretenda se beneficiar do registro de preços. As informações devem retornar aos órgãos interessados para avaliação e manifestação. Havendo concordância com os dados consolidados, farão parte da licitação e deverão informar o nome do servidor responsável pela gestão dos contratos que possam ser firmados.

Finalizada a licitação, o órgão gerenciador deve estabelecer estreita relação com o gestor do contrato, e vice versa, no sentido de avaliar o cumprimento das obrigações assumidas pelo detentor do preço e os reflexos no correspondente registro formalizado.

A necessidade dessa articulação sistêmica entre os diversos órgãos e entidades participantes do registro de preços é enfatizada por Marcos Juruena Villela Souto:

No Sistema de Registro de Preços (SRP), as palavras-chave devem merecer atenção específica, a saber: a noção de “Sistema”, que envolve a articulação entre órgãos e entidades, a exigir, portanto, ação coordenada e permanente interação; a noção de “Registro”, que permite a realização de uma só licitação para vários contratos e várias unidades, e, por fim, a noção de “Preço”, que fixa um critério objetivo de seleção.⁴³

Jair Eduardo Santana também ressalta o caráter sistêmico presente no registro de preços, enfatizando que “o SRP é todo sistêmico; do seu sucesso dependem ações que se encontram esparsas nos diversos setores administrativos”.⁴⁴ Hely Lopes Meirelles também associa o registro de preços a uma concepção sistêmica, mas, lamentavelmente, o autor não desenvolveu este pensamento.⁴⁵

⁴³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. 2. série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 325.

⁴⁴ SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços: manual de implantação, operacionalização e controle**. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 433.

⁴⁵ Ao discorrer sobre o sistema de registro de preços afirma que “não é modalidade de licitação; é um sistema”, conforme trecho extraído de sua obra: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 343.

Deflui das considerações feitas que o registro de preços requer um funcionamento sistêmico, no sentido de que suas figuras estruturantes ajam de forma coordenada e em permanente interação, para que o instituto atinja com eficiência as suas finalidades.

3.3 Registro de preços como contrato

Vimos que procedimento e sistema não determinam a significação e a natureza jurídica do registro de preços, restando, pois, analisar o enquadramento do instituto na noção de contrato.

Marçal Justen Filho entende que o registro de preços constitui uma relação jurídica de natureza contratual entre a Administração e o particular e não se confunde com a ata de registro de preços, que seria o instrumento de sua formalização.⁴⁶

De acordo com o autor, o registro de preços possui natureza de contrato normativo:

O registro de preços é um contrato normativo, constituído como um cadastro de produtos e fornecedores, selecionados mediante licitação, para contratações sucessivas de bens e serviços, respeitados lotes mínimos e outras condições previstas no edital.⁴⁷

Com relação à ata de registro de preços, afirma constituir uma promessa de futura contratação, diversamente do que ocorre numa licitação comum, em que a oferta do licitante configura uma proposta de contratação:

A ata formaliza uma promessa de futura contratação, de cunho irrevogável. [...]. Numa licitação, a oferta do licitante configura uma proposta de contratação. No registro de preços, o licitante formula proposta para uma promessa de contratação. O licitante vencedor, no sistema de registro de preços, não é convocado para, desde logo, realizar um contrato. O dever do sujeito é pactuar o registro de preços, formalizado em documento escrito denominado ata. Portanto, a recusa do sujeito em firmar a ata equivale juridicamente à recusa do licitante em pactuar o contrato numa licitação comum.

A formalização da ata materializa uma obrigação de fazer para o particular. Obriga-se a emitir futura declaração de vontade de natureza contratual, se a Administração resolver convocá-lo para a contratação efetiva.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.191.

⁴⁷ *Ibidem*, p.191.

Dito de outro modo, a ata de registro de preços formaliza uma promessa de contratação, de cunho irrevogável, para o particular. A eventual recusa em cumprir os termos da obrigação assumida na ata equivale à infração prevista no art. 81 da Lei nº 8.666.

Quanto à classificação do vínculo jurídico decorrente do registro de preços ou, como entendem alguns, da ata de registro de preços, importa analisar precipuamente duas correntes doutrinárias, uma que o associa a um contrato preliminar, e outra a um contrato normativo.⁴⁸

A doutrina majoritária não se ocupa de estabelecer a natureza jurídica do registro de preços, apenas da ata de registro de preços.

Márcio Cammarosano sustenta que o registro de preços é um “arquivo de preços”⁴⁹ e que a ata de registro de preços consubstancia “relação jurídica de natureza obrigacional que se constitui vinculando juridicamente a Administração licitante e o vencedor da licitação”.⁵⁰

Afirma que, “para além de logomáquicas, para além de discussões quanto a rótulos ou palavras”, considera inquestionável que a Ata de Registro de Preços e as contratações que dela podem advir formam uma “relação contratual complexa”, que se inicia com o contrato preliminar e segue seu desenvolvimento com as contratações parciais subsequentes, que ocorrem a critério da Administração, porque a lei nacional assim determina.⁵¹

Em face de seus aspectos jurídicos quanto a forma, conteúdo e eficácia, sustenta que a ata de registro de preços se subsume ao disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.⁵²

Joel de Menezes Niebuhr conceitua o registro de preços como instrumento que tem por finalidade tornar eficiente o gerenciamento dos processos de contratação⁵³ e, quanto à ata de registro de preços, assevera tratar-se de contrato preliminar ou pré-contrato unilateral:

A ata de registro de preços é documento que produz obrigações de modo unilateral, somente para o vencedor da licitação. A Administração, por sua vez, não assume obrigação nenhuma por ocasião da assinatura da ata de registro de preços. [...] A rigor, a ata de registro de preços apresenta natureza jurídica de contrato preliminar ou pré-contrato unilateral, a teor do disposto

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 214.

⁴⁹ CAMMAROSANO, Márcio. Sistema de registro de preços: breves considerações. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 107, p. 132-139, dez. 2009, p. 134.

⁵⁰ Ibidem, p. 135.

⁵¹ Ibidem, p. 136.

⁵² “Art. 2º, parágrafo único: Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste, entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

⁵³ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 25.

no artigo 466 do Código Civil. [...] ata de registro de preços não se confunde com contrato. Ela precede o contrato.⁵⁴

Eliana Goulart Leão considera o registro de preços um procedimento especial de licitação e contratação⁵⁵ e, sobre a ata de registro de preços, buscando distingui-la do contrato de fornecimento, assevera:

A ata de registro de preços não é um contrato de fornecimento, mas sim um instrumento obrigacional unilateral regido pelo direito público e, sem a conotação de contraprestacionalidade, própria dos contratos resultantes das licitações comuns. Pode, a grosso modo, ser comparada a um protocolo de intenções entre a Administração e os fornecedores que tiveram seus preços registrados, objetivando a celebração de contratos futuros.⁵⁶

Neyde Falco Pires Corrêa consigna, em sua dissertação de mestrado, que o registro de preços apresenta certa semelhança com o contrato de fornecimento espanhol, porquanto uma de suas características consistiria na obrigação de entregar uma pluralidade de bens, de forma sucessiva e por preço unitário, sem definição exata da quantidade total no momento da celebração do negócio, por se subordinarem as entregas às necessidades da Administração.⁵⁷

Da incursão doutrinária, pode-se notar que há unanimidade entre os doutrinadores em considerar preliminar a relação jurídica formada pelo registro de preços ou pela ata de registro de preços, que não geram para a Administração a obrigação de contratar, porque assim determina a lei.

Para a doutrina majoritária, a relação jurídica se estabelece com a ata de registro de preços e não com o registro de preços. Segundo alguns autores, o vínculo impõe obrigações para a Administração e para o particular, de forma que seria vínculo jurídico preliminar e

⁵⁴ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 82-83.

⁵⁵ LEÃO, Eliana Goulart. **Sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações**. Campinas: Bookseller, 1996, p. 17.

⁵⁶ Ibidem, p. 70-71.

⁵⁷ CORRÊA, Neyde Falco Pires. **O registro de preços no direito brasileiro**. 2005. 212 folhas. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, São Paulo, 2005, p. 155-157. “No direito espanhol, o contrato de fornecimento é disciplinado pela Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: Artículo 9. Contrato de suministro. 1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.(...) 3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes: a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II Del Título II Del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario. [...]”. Disponível em: <www.derecho.com/1/boe/ley-30-2007-contratos-sector-publico/>. Acesso em: 9 jul. 2010.

bilateral; para outros, a obrigação se estabelece apenas para o particular, formando uma relação jurídica preliminar e unilateral.

Marçal Justen Filho se distingue por identificar, no registro de preços, uma relação jurídica que qualifica de normativa e bilateral, pois gera obrigações para ambas as partes (Administração e particular).⁵⁸ Entende, ainda, que a ata de registro de preços formaliza uma promessa de futura contratação, de cunho irrevogável, parecendo indicar que a relação jurídica teria efeito unilateral, obrigando apenas o particular.⁵⁹

Fábio Ulhoa Coelho ensina que “a promessa de contratar (ou opção) é negócio jurídico unilateral preliminar, que tem por objeto a celebração de um contrato”.⁶⁰

Antes de firmarmos nosso posicionamento acerca do assunto, convém afastar as situações que comumente geram confusões, o que faremos distinguindo o registro de preços dos institutos afins.

3.3.1 O registro de preços não é modalidade licitatória; não é banco de preços e não se confunde com os registros cadastrais e com o credenciamento.

É comum identificar-se o sistema de registro de preços como uma das modalidades licitatórias previstas em lei, o que constitui um grande equívoco. As modalidades licitatórias são definidas em lei em categorias ou espécies distintas, cada qual apresentando uma estrutura procedimental própria.

Segundo Marçal Justen Filho, “modalidade de licitação consiste em um procedimento ordenado segundo certos princípios e finalidades. O que diferencia uma modalidade da outra é a estruturação procedimental, a forma de elaboração de propostas e o universo de possíveis participantes”.⁶¹

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 191.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 214.

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 106. v. 3.

⁶¹ Extraído do artigo “Pregão: nova modalidade de licitação”, disponível em: <<http://licitacao.com.br/artdescricao.asp?cod=10>>. Acesso em: 18 jul. 2010.

A Lei nº 8.666/93⁶² prevê cinco modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Já a Lei nº 10.520/02 criou a modalidade pregão, na forma presencial e eletrônica.⁶³

Na legislação de regência, portanto, são apenas essas as modalidades licitatórias existentes, constituindo um elenco exaustivo, conforme atesta Marçal Justen Filho:

A Lei proíbe a adoção de outras modalidades de licitação ou a combinação de regras procedimentais para produzir novas figuras. Significa que o elenco do art. 22 é exaustivo, ressalvada a possibilidade de lei federal específica dispor sobre tema, tal como se passou com a figura do pregão (que se subordina à disciplina da Lei nº 10.520). Essa norma geral deverá ser observada pelas demais entidades da Federação.⁶⁴

A lei não definiu o sistema de registro de preços como modalidade licitatória. Tivesse definido, não haveria sentido na eleição das modalidades concorrência e pregão para sua implementação.

Equivocado, igualmente, pensar o sistema de registro de preços como um banco de preços.

O banco de preços vem ganhando importância enquanto ferramenta administrativa. Não se subordina ao princípio da licitação e, em geral, é formado mediante preços coletados de fontes diversas e levando em conta as tendências de mercado.

Destina-se, precipuamente, a fornecer elementos para a geração de orçamentos e preços referenciais, que servem de base para o julgamento das propostas apresentadas nas licitações.

Pressupõe a padronização do objeto, medida fundamental para a coleta de preços ou apuração de custos unitários, conforme o caso.

Também pode ser criado a partir dos preços contratados pela Administração. Esse é o critério menos recomendável, pois as prerrogativas tituladas pelo Poder Público, nas relações contratuais com os particulares, associadas a um planejamento por vezes deficiente são fatores

⁶² “Art. 22. São modalidades de licitação: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso; V – leilão.”

⁶³ O pregão surgiu no sistema brasileiro no ano de 1997, na chamada Lei Geral de Telecomunicações (LGT) – Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e depois foi estendida sua aplicação aos órgãos da Administração Federal através da Medida Provisória nº 2.026, editada em 4 de maio de 2000, e reeditada por 18 vezes consecutivas até sua transformação na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que possibilitou a adoção dessa modalidade por todos os entes federativos. SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**: Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 26, 36-39.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 272.

de risco e, eventualmente, os custos adicionais podem ser repassados aos preços.⁶⁵ Nesse caso, há risco de o preço corresponder a objeto diverso daquele do que se pretende contratar, com sérios prejuízos à formação do preço referencial, com eventual comprometimento do julgamento das propostas apresentadas no certame. No Estado de São Paulo, esse tipo de banco de preços existe,⁶⁶ mas é pouco utilizado, em razão dos motivos apontados.

Com relação aos serviços, notadamente os de caráter contínuo, a criação de um banco de preços pressupõe, além da padronização do objeto, a apuração detalhada dos custos envolvidos na sua execução. Os preços de referência constituídos, ficam, de regra, disponíveis à sociedade, que pode acessá-los através de sites específicos dos governos, o que representa fator positivo de transparência nas contratações públicas.

O Estado de São Paulo⁶⁷ possui um banco de preços para serviços, que serve de referência para entes federativos menos estruturados administrativamente e até mesmo para a iniciativa privada. Alguns Estados⁶⁸ têm optado pela contratação de empresas ou entidades especializadas para a criação e gestão de seus bancos de preços de bens de consumo.

O banco de preços, conforme já assinalado, não se sujeita ao princípio da licitação para sua constituição e não define parceiros para futuras e eventuais contratações, diferentemente do que ocorre no sistema de registro de preços.

Inexistem igualmente semelhanças entre o registro de preços e o registro cadastral, exceto quanto ao emprego da palavra “registro”. O primeiro se relaciona a um ciclo completo de licitação, enquanto o segundo visa apenas à fase de habilitação.

⁶⁵ A disparidade entre os preços de mercado e os preços pagos pela Administração já foi maior no passado. A Lei de Responsabilidade Fiscal impôs um planejamento financeiro mais rigoroso às despesas públicas e mais transparência aos atos praticados, o que tem propiciado controle maior sobre os gastos públicos, com reflexos positivos nas contratações realizadas pelo Poder Público. Diversos entes federativos, dentre os quais a União, têm se preocupado em orçar os gastos mais frequentes, com a fixação de preços referenciais máximos, estimulando negociações com vistas à redução dos preços nas licitações, o que se tornou possível com a criação da modalidade pregão, pela Lei nº 10.520/02. Porém, há situações que fogem ao planejamento estabelecido e que necessitam de correção de rumos para atendimento do interesse público, o que pode ser feito por ato unilateral da Administração. Assim, assentimos, com Fábio Ulhoa Coelho, no sentido de que essa prerrogativa titulada pelo Poder Público é necessária, mas pode acarretar elevação dos preços de bens e serviços por ele adquiridos. (cf. COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77-78).

⁶⁶ Esse banco de preços é o SIAFÍSICO – Sistema Integrado de Informações Físico-Financeiras; detalha os valores empenhados adicionando à execução orçamentária os cadastros de materiais, serviços e fornecedores, permitindo o acompanhamento das aquisições, dos contratos de serviços e seus respectivos valores. Disponível em <www.fazenda.sp.gov.br/cge2/siafisico.shtm>. Acesso em 01 set 2010.

⁶⁷ ESTADO DE SÃO PAULO. **Cadernos de Serviços Terceirizados**. Disponível em: <www.cadterc.sp.gov.br/portal.php/cadastro-o_e_o_cadastro>. Acesso em: 01 set 2010.

⁶⁸ O Governo do Estado do Sergipe noticiou a criação de um banco de preços referenciais para orientar os processos de compras e contratações públicas, informando que esse instrumento de gestão decorreu da contratação da Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/politica/3596572/sergipe-torna-se-1-estado-do-nordeste-a-usar-banco-de-precos-referenciais>. Acesso em: 21 nov. 2009. Também a empresa Eletrobrás noticia em seu site a existência de um Banco de Preços de acesso restrito, controlado através de senha. Disponível em: <www.eletobras.gov.br/ELB/data/Pages/LUMISBOBC3124PTBRIE.htm>. Acesso em: 21 nov. 2009.

Hely Lopes Meirelles corrobora esse posicionamento e afirma: “Não se confunda o SRP com os registrados cadastrais”.⁶⁹ Estes “são assentamentos que se fazem nas repartições administrativas que realizam licitações, para fins de qualificação dos interessados em contratar com a Administração, no ramo de suas atividades (arts. 34 a 37 e 51)”.⁷⁰

O credenciamento é outro instituto que poderia, eventualmente, ser confundido com o sistema de registro de preços. É tratado de modo superficial na Lei nº 8.666/93, mas, na prática, tem se mostrado bastante útil, especialmente na contratação de serviços médicos.

Tem aplicação nas hipóteses de inviabilidade de licitação, quando é possível contratar todos os que tenham interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, mediante preço fixado pela Administração.

Difere essencialmente do sistema de registro de preços em relação à fixação do preço; no SRP, quem define o preço é o licitante em processo competitivo; no credenciamento, o preço é fixado pela Administração. Ademais, no sistema de registro de preços, de regra, a contratação recai sobre um licitante; no credenciamento, são contratados todos os que atendem às condições estabelecidas pela Administração.

3.3.2 Nosso posicionamento

A incursão doutrinária, feita no presente estudo acerca da noção de registro de preços, demonstra haver certa resistência ou, como afirma Marçal Justen Filho,⁷¹ “preconceito” em admitir que o registro de preços constitua uma relação jurídica.

Na elucidação dessa questão, valer-nos-emos, também, das regras que regem o instituto, sendo oportuno o exame do disposto no § 4º do art. 15 da Lei nº 8.666/93:

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

[...]

II – ser processadas através de sistema de registro de preços;

[...]

§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 343.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 334

⁷¹ O autor afirma deva ser afastado “um preconceito, no sentido de que o registro de preços não se constituiria em uma relação jurídica entre a Administração Pública e um particular.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 191).

outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

Referido dispositivo deixa claro que a existência de preço registrado não obriga a Administração a contratar, mas deve assegurar a preferência ao beneficiário do registro, em igualdade de condições, caso opte pela contratação.

Sobre a noção de relação jurídica, Maria Helena Diniz afirma que só haverá relação jurídica se o vínculo entre as pessoas estiver regulado por norma jurídica, que tem por finalidade protegê-lo, e relaciona os efeitos que a transformação do vínculo de fato em jurídico acarreta: (i) uma relação intersubjetiva entre duas ou mais pessoas, representada, de um lado, pelo sujeito ativo como titular do direito subjetivo de ter ou de fazer o que a norma jurídica não proíbe, e, de outro lado, o sujeito passivo, como titular de um dever jurídico de respeitar o direito do ativo; (ii) a incidência do poder do sujeito ativo sobre um objeto imediato que é a prestação devida pelo sujeito passivo, podendo exigir uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, e sobre um objeto mediato, que pode ser um bem móvel, imóvel ou semovente, com direito de tê-lo como seu; (iii) um fato jurídico *lato sensu* que cria, modifica ou extingue direitos, e que tem o condão de vincular os sujeitos, e de submeter o objeto ao poder da pessoa, concretizando a relação.⁷²

Valendo-se dos ensinamentos de Lourival Vilanova e de Pontes de Miranda, a autora conclui afirmando que a relação jurídica é efectual

[...] por ser efeito jurídico da realização de hipóteses normativas; é aquilo que sobrevém do fato jurídico pela conexão estatuída pela norma. Constitui a relação jurídica, como diz Pontes de Miranda, o lado eficaz da incidência das normas de direito sobre os suportes fáticos.⁷³

O registro de preços tem amparo legal e se estabelece como resultado de um processo licitatório, gerando para o vencedor do certame a vinculação à sua proposta e a obrigação de fornecer o objeto, sempre que requisitado pela Administração, por certo período fixado no edital. A Administração, de sua parte, não se obriga a contratar, mas deve assegurar a preferência ao beneficiário do registro, em igualdade de condições, caso opte pela contratação.

Destarte, o registro de preços caracteriza uma relação jurídica entre a Administração e o particular, constituindo, por conseguinte, um vínculo jurídico obrigacional do qual deflui

⁷² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 509-511.

⁷³ *Ibidem*, p. 511.

sua natureza contratual. Sua classificação como contrato normativo, sustentada por Marçal Justen Filho, exige que estejam presentes as noções que a doutrina oferece para esta espécie contratual.

Observa Orlando Gomes:

O contrato normativo não prefixa, de regra, todo o conteúdo dos futuros contratos individuais. Prescreve, quase sempre, as disposições de maior importância, deixando margem às partes dos contratos singulares para que, em pontos secundários ou variáveis, exerçam a liberdade de estipulação, introduzindo cláusulas que não contradigam ou desvirtuem as disposições normativas. Para a caracterização desses convênios importa que se apresentem sob forma de regulamento, cujas disposições se insiram, inelutavelmente, no conteúdo das relações individuais formadas nos limites de sua eficácia.⁷⁴

Bulgarelli também tratou do tema, apresentando a seguinte definição:

Os contratos normativos são os que têm por função a disciplina (conjunto de normas) pela qual as partes pretendem regulamentar os seus interesses. No contrato normal, as partes, segundo Betti, regulam seus interesses, dispondo deles, por meio das cláusulas inseridas no contrato. Nos normativos, haveria apenas a função disciplinadora, a escolha de normas para a solução dos seus conflitos de interesse, portanto normativa. Enquanto no contrato normal o conteúdo é patrimonial, dispositivo, no normativo é estatuir normas a serem observadas pelas partes, nos futuros contratos. Se em todo contrato, segundo a teoria objetiva e preceptiva, há uma regulamentação dos interesses, no normativo haveria apenas a regulamentação, a ser observada, nos contratos futuros, individuais, a serem firmados pelas partes. Razão pela qual se nega, na doutrina, o qualificativo de contrato, ao acordo normativo.

O exemplo mais difundido e conhecido de contrato normativo é da convenção coletiva de trabalho a qual, gera, desde que homologada devidamente, a obrigatoriedade de serem seguidas suas normas nos contratos individuais de trabalho.

No campo comercial, nota-se também a utilização do contrato normativo, como ocorre com o contrato de conta-corrente bancária, nas normas do comércio internacional, e mesmo em certas convenções sobre a composição e utilização do controle combinado com a venda de ações, e ainda, em certas convenções prévias sobre o fornecimento de materiais. [...].⁷⁵

Fábio Ulhoa Coelho, tratando do assunto sob a égide do novo Código Civil, apresenta as seguintes considerações, a respeito da figura do contrato normativo:

e) *Contratos normativos*. A conexão entre contratos, nessa hipótese, decorre de uma técnica contratual, em que as partes acertam, num instrumento de

⁷⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 125. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1987, p. 92.

⁷⁵ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 115-116.

âmbito geral (o contrato normativo ou ‘guarda chuva’), procedimentos e bases negociais para futuras contratações em instrumentos específicos (Farina, 1994:79; cf. Bulgarelli, 1979:111). O objetivo da técnica é facilitar os negócios entre os contratantes. Como já contrataram genericamente os seus aspectos essenciais, é mais simples e rápido chegar ao acordo em relação aos circunstanciais. O contrato normativo não gera a obrigação de contratar, não é pré-contrato; limita-se a estabilizar as relações negociais das partes, caso elas venham a ter interesse em contratar.

É diluída a conexão entre o contrato normativo e seus derivados. Se os procedimentos e bases negociais ajustados no contrato normativo não forem observados na celebração de um contrato derivado, mas representar este o justo acordo de vontades das partes para o caso específico, não há por que lhe negar a existência, validade e eficácia. O contrato normativo serve, assim, na colmatação das lacunas dos instrumentos contratuais correspondentes aos derivados.⁷⁶

Marçal Justen Filho também se encarregou de definir o contrato normativo:

Utiliza-se a expressão contrato normativo para indicar uma categoria de contratação que não exaure, por si só, a vinculação jurídica entre as partes. O contrato normativo instaura vínculo jurídico principal, gerando direitos e obrigações para as partes. Mas nem todos os direitos e obrigações são predeterminados por ocasião da pactuação desse contrato principal. Faz-se necessária complementação posterior, por meio de acordos de vontade derivados, destinados a estabelecer, de modo mais preciso e determinado, contratações específicas. Alude-se a contrato normativo por nele constarem as normas que regulam as contratações concretas e específicas derivadas. Um contrato normativo impõe deveres sobre prazos de vigência do vínculo, características das prestações, quantidades máximas e mínimas, preços, formas de execução das prestações, garantias e assim por diante. As partes dispõem da faculdade de, observadas as cláusulas gerais contidas no contrato normativo, produzir contratações específicas, por meio das quais obtêm a satisfação de seus interesses.

A indeterminação relativa é inerente à figura do contrato normativo, pois sua pactuação não produz definição exata e precisa das quantidades que serão efetivamente transacionadas entre as partes.⁷⁷

E esclarece que o sentido da expressão contrato normativo, quando empregada em relação ao registro de preços,

[...] indica uma relação jurídica de cunho preliminar e abrangente, que estabelece vínculo jurídico disciplinando o modo de aperfeiçoamento de futuras contratações entre as partes. Por isso, as condições pactuadas no registro de preços são vinculantes para ambas as partes. Assim, a Administração Pública não poderá exigir que o particular entregue produtos em qualidade, quantidade ou condições distintas daquelas estabelecidas. Deverão ser observadas as regras quanto ao preço e seu pagamento. Até se

⁷⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo. Dialética, 2008, p. 273.

admite o reajuste de preços registrados, sempre que presentes os requisitos pertinentes. A natureza facultativa da utilização do registro de preços por parte da Administração não elimina a existência de uma relação jurídica, que é evidenciado pelos limites e condições impostos à conduta das partes envolvidas.⁷⁸

Depreendemos, pois, das noções apresentadas, que o contrato normativo não possui conteúdo patrimonial, tendo função apenas disciplinadora ou regulamentadora das condições a serem observadas nos futuros contratos individuais, deixando margem a estipulação de pontos secundários ou variáveis.

A essas características se ajusta perfeitamente o perfil que a lei traçou para o registro de preços. Sendo assim, é dado concluir que o registro de preços constitui uma relação jurídica contratual de caráter normativo.

O registro de preços, entendido como contrato normativo, impõe conexão entre ele e seus derivados, uma vez que as partes se vinculam a todas as condições estabelecidas na licitação realizada para o registro de preços. Portanto, se firmado o contrato derivado em desacordo com os procedimentos e as bases negociais fixadas no edital da licitação, o ajuste será inválido.

Ademais, submete-se ao regime jurídico de direito público, porquanto o Estado se coloca em posição de supremacia sobre o particular, para que se cumpram os princípios da prevalência do interesse público e da continuidade do serviço público.

A posição de supremacia decorre das cláusulas exorbitantes ou, como ensina Edmir Netto de Araújo, das cláusulas especiais de privilégio, assim entendidas as que

assegurem as prerrogativas próprias da Administração, principalmente quanto à mutabilidade das cláusulas regulamentares, ao poder de rescisão unilateral da avença, ao poder de impor penalidades contratuais e à faculdade de controle, fiscalização e regulamentação da execução do contrato, além de outras situações jurídicas de privilégio que caracterizam o regime jurídico contratual de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum.⁷⁹

No que tange à ata de registro de preços, concebida como instrumento de formalização do registro de preços, não se encontra disciplinada em lei nacional, havendo previsão nos regulamentos da União, do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo, sendo certo que, neste último, também há previsão legal.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 191.

⁷⁹ ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 664.

No âmbito da União, a ata encontra-se prevista no Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, art. 1º, inciso II, que estatui:

Art. 1º

I -

II – Ata de Registro de Preços – documento vinculativo, obrigacional, com características de compromisso para futura contratação, onde se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas.

[...].

De forma semelhante, o Decreto Estadual paulista nº 47.945, de 16 de julho de 2003, define a ata de registro de preços como documento vinculativo de caráter obrigacional, porém sem atribuir-lhe a característica de “compromisso”.

No âmbito do Município de São Paulo, esse instrumento restou previsto na Lei Municipal nº 13.278, de 07 de janeiro de 2002, mas não definido.

Nos regulamentos mais antigos não havia alusão à ata como instrumento de formalização do registro de preços. Essa previsão passou a constar dos regulamentos mais recentes e, embora não contemplada em lei nacional, é largamente utilizada e reconhecida pela doutrina e jurisprudência.

J. C. Mariense Escobar põe em dúvida a necessidade de instrumentalizar o registro de preços por meio de uma ata lavrada à feição de um pré-contrato:

Sem censura ao procedimento que dela se utiliza, consideramos desnecessário instrumentalizar o registro de preços por meio de uma Ata — ata de registro de preços — lavrada à feição de um pré-contrato e firmada pelos adjudicatários, juntamente com a Administração, para que dela decorra, subsequentemente, um “Termo de Contrato”. Esse mecanismo tem sido utilizado pelos que praticam o registro de preços. Encerrada a licitação, lavra-se a ata para, depois, com base nela, celebrar-se o contrato. A nosso ver, se o procedimento licitatório contiver a indispensável Ata de Julgamento, Classificação das Propostas e Adjudicação, devidamente firmada pela Comissão julgadora, for publicado na imprensa oficial o resultado classificatório, com a indicação dos preços registrados, desde que homologado o certame pela autoridade competente, parecem desnecessárias outras formalidades, como essa “ata de registro de preços”, até porque o registro, propriamente dito, possivelmente informatizado, como recomenda o §5º do art.15 da Lei nº 8.666/93, não carece de mais esse formalismo.⁸⁰

⁸⁰ ESCOBAR, J. C. Mariense. **O sistema de registro de preços nas compras públicas**: teoria e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 59.

O autor considera dispensável o instrumento de formalização do registro de preços, se o processo licitatório tiver sido realizado regularmente, com a prática de todos os atos necessários, inclusive a ata de julgamento, e se o resultado classificatório tiver sido publicado na imprensa oficial, com a indicação dos preços registrados.

A ata de julgamento ou ata circunstanciada não se confunde com a ata de registro de preços, porquanto a primeira visa registrar todos os atos praticados na sessão pública da licitação; a segunda, a formalização do registro de preços.

No registro de preços, segundo Marçal Justen Filho, a licitação desempenha a função de contrato normativo, devendo o ato convocatório veicular as regras fundamentais sobre o relacionamento da Administração com o particular.⁸¹

Portanto, não há necessidade de formalização do registro de preços em documento que a lei sequer exige, porquanto a relação jurídica obrigacional já estará devidamente normatizada no edital. O preço será tido como registrado com a simples publicação do resultado da licitação na imprensa oficial, impondo-se que essa publicação se renove a cada trimestre.

Havendo previsão regulamentar, a ata de registro de preços poderá ser utilizada para a formalização do registro de preços, mas terá a mesma natureza jurídica do vínculo que visa formalizar, ou seja, natureza contratual de caráter normativo.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.722-723.

4 REGISTRO DE PREÇOS COMO CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

4.1 Eficiência como princípio constitucional.

A atividade da Administração Pública é norteada por uma pluralidade de princípios, os quais “formam um todo coerente, espelham os valores do Estado Democrático de Direito e norteiam toda a conduta administrativa”.⁸²

No cuidado de conter os abusos, a Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção aos princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta. O art. 37, *caput*, reportou de modo expreso à Administração Pública os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, este último acrescentado pela EC nº 19/98, aos quais a Constituição do Estado de São Paulo acrescentou os da razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público (art. 111) e, com a redação dada pela EC nº 21/2006, a eficiência.

Entretanto, é fácil verificar que inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional; uns por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no artigo 37, *caput*.; outros por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequência dos aludidos princípios; outros, ainda, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.

Por sua vez, as licitações e as contratações públicas, contexto no qual o sistema de registro de preços se insere, são atividades administrativas norteadas pelos princípios constitucionais e por uma pluralidade de outros estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Os princípios, na ciência jurídica, são normas jurídicas de natureza anterior e hierarquicamente superior às normas comuns e têm a responsabilidade de organizar o sistema e atuar como elo de todo o conhecimento jurídico.

A palavra princípio é equívoca, aparecendo com sentidos diversos. Os princípios são as premissas básicas de um sistema, compondo o seu equilíbrio e determinando a unidade, harmonia e racionalidade interna do regime.

⁸² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é mandamento nuclear de um sistema. Eis o sentido com que o autor emprega ao termo:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.⁸³

Explica, porém, que essa é uma das possíveis acepções da palavra princípio — a mais tradicional — e que podem existir outras:

Anote-se que, esta é uma das possíveis acepções da palavra *princípio*. É a mais tradicional delas, ou seja, aquela que vem sendo usada ao longo dos tempos pela doutrina. Sem embargo, como ninguém é dono das palavras, pode-se atribuir este mesmo rótulo a outros objetos mentáveis. O eminente Genaro Carrió, em seus ‘Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico’, Abelado-Perrot, 1970, pp. 34 a 38, arrola onze significados para tal expressão. A partir da década de 70 começou a vulgarizar-se uma acepção de princípio baseada nas formulações de Alexy e Dworkin (que de resto não são idênticas, mas têm grandes pontos de similitude). Ocorre que estes eminentes juristas não expropriaram (até mesmo por impossível) o direito ao uso de tal expressão, de molde a tornar admissível apenas a acepção que lhe emprestam. Então, é possível que algo seja qualificado como princípio, de acordo com uma dada acepção de princípio, descoincidente com a que lhe irrogam estes mencionados autores. É óbvio, pois, que seria gravíssimo erro pretender *avaliar* o objeto dessarte identificado como princípio, para atribuir-lhe características distintas das que lhe foram irrogadas por quem dele se serviu, valendo-se de critério que estivesse assentado em *outra acepção de princípio*, qual a que lhe conferem Alexy e Dworkin. Isto implicaria falar de ‘A’ supondo-se referido a ‘B’. Quem cometer tal erro em obra teórica — e isto tem ocorrido ultimamente — sobre estar incurso em séria impropriedade, induzirá terceiros incautos a incidirem no mesmo deplorável equívoco.⁸⁴

⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

⁸⁴ Ibidem, nota de rodapé n. 34, p. 53-54.

Parece estar superada a distinção que antes se fazia entre norma e princípio. Para a dogmática moderna, as normas jurídicas podem consubstanciar duas espécies: as normas-princípio e as normas-disposição, também referidas como regras (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141). Carlos Ari Sundfeld observa que os princípios ajudam no ato de conhecimento e devem ser considerados para solucionar problemas jurídicos concretos, pois são verdadeiras normas jurídicas. “Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas. [...] Por isso, conhecer os princípios do direito é condição essencial para aplicá-lo corretamente. [...] Na aplicação do direito — isto é, na edição das leis, na produção de atos administrativos, na solução judicial dos litígios etc. — os princípios cumprem duas funções: determinam a adequada interpretação das regras e permitem a colmatação de suas lacunas (integração). Quanto à função dos princípios na interpretação das regras, pode-se dizer que: a) é incorreta a interpretação da regra quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) quando a regra tiver sido redigida de modo

Para Humberto Ávila,

os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido.⁸⁵

Os princípios constitucionais e os especificados em lei são todos relevantes e de observância obrigatória no sistema de registro de preços; porém, nosso propósito no presente estudo é analisar esse instituto em face apenas do princípio da eficiência.

Antes mesmo da inserção do princípio da eficiência no *caput* do art. 37 pela EC nº 19/98, tal princípio já se achava consagrado, entre nós, em uma série de diplomas legais.⁸⁶ A

tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o do princípio.” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 143-148). Nesse diapasão, Eros Roberto Grau pontifica que o fato de tais preceitos carecerem de concretização através da edição de uma regra jurídica (tomada esta em sentido diverso daquele adotado por Kelsen) não elide sua existência e sua inserção no direito positivo, pois, além de constituírem a essência das regras, em última instância, o magistrado, ao apreciar um caso concreto, poderá conferir-lhes materialidade no mundo jurídico por meio de sentença. Isso significa que em cada ordenamento jurídico estão presentes, ao lado dos princípios e regras expressamente positivados, princípios gerais consentâneos com a ordem adotada por aquele Estado e que, embora não enunciados expressamente, estão inseridos nesse mesmo ordenamento, em estado de latência, consubstanciando, apesar disso, proposições normativas (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 147). Na mesma linha também se manifesta Daniel Sarmento (SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 42). José Afonso da Silva afirma que a palavra princípio é equívoca e aparece com sentidos diversos: “Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípios da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição. Princípio aí exprime a noção de ‘mandamento nuclear de um sistema’. Entende que [...] *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas como disseram os mesmo autores, ‘os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional’.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 91-92).

⁸⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.78-79.

⁸⁶ A Reforma Administrativa Federal do Decreto-lei nº 200/67 submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado (arts. 13 e 25, V), fortalece o sistema de mérito (art. 25, VIII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e recomenda a demissão ou dispensa de servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100); a Lei nº 8.078/90, em seu art. 6º, X, garante ao consumidor, como direito básico, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral e, no art. 22, *caput*, estabelece a obrigatoriedade de fornecimento de serviços eficientes pelos órgãos públicos; a Lei nº 8.987/95, em seu art. 6º, § 1º, menciona a eficiência como uma das condições para que o serviço seja considerado adequado; a Lei Orgânica do Município de São Paulo, em seu art. 123, parágrafo único, garante ao usuário serviço público prestado com eficiência. A Lei paulista nº 7.835/92 (art. 17) refere-se à qualidade do serviço como uma das exigências para que o serviço seja considerado adequado.

própria redação original da Lei Fundamental de 1988 contemplava, de forma expressa, a exigência de eficiência na administração pública em diferentes disposições.⁸⁷

Apesar de alguns aspectos da eficiência como celeridade e economicidade já existirem no ordenamento, possibilitando por si só o controle da Administração,⁸⁸ o princípio da eficiência aplicado à Administração Pública ganhou maior relevo no momento histórico da chamada crise do Estado, quando teve seu conteúdo alargado e passou a ser de interesse o seu estudo sistemático dentro do ordenamento.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma que

A eficiência é um valor de utilidade cuja realização se espera de qualquer organização, pública ou privada. Para N. Abbagnano, a eficiência de uma organização indica a adequação da organização às suas funções. Um sistema eficiente é aquele que utiliza racionalmente seus recursos. Quanto mais racional for o uso dos recursos, mais produtivo e eficiente será o sistema.⁸⁹

Na ciência da Administração, o termo eficiência abarca um sentido próprio que é assim expressado por Idalberto Chiavenato:

[...] a eficiência está voltada para a melhor maneira (*the best way*) pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos) a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas) sejam aplicados da forma mais racional possível. A eficiência preocupa-se com os meios, com os métodos e procedimentos mais indicados que precisam ser devidamente planejados e organizados a fim de assegurar a otimização da utilização dos recursos disponíveis. A eficiência não se preocupa com os fins, mas simplesmente com os meios. O alcance dos objetivos visados não entra na esfera de competência da eficiência; é assunto ligado à eficácia.⁹⁰

Explica o autor a relação entre eficiência e eficácia:

⁸⁷ Nos termos do artigo 74 da CF/88, “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”. Porém, mais do que isso, constatada alguma irregularidade nos aspectos controlados, devem os responsáveis comunicá-la imediatamente ao Tribunal de Contas da União, “sob pena de responsabilidade solidária” (art.74, § 1º).

⁸⁸ O Tribunal de Contas da União tem decidido diversos processos cujo tema é o controle de eficiência de várias entidades submetidas ao seu controle, como se vê, exemplificativamente, do Processo TC-19.965/91, de 17.10.91, publicado na RDA 186/286. No caso, tratava-se de conhecer o desempenho da Central de Medicamentos – CEME no atingimento dos seus propósitos, verificando sua atuação, os resultados produzidos e os seus custos. Após auditoria, avaliou-se o órgão tendo em consideração os aspectos de eficiência, eficácia e economicidade.

⁸⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 298.

⁹⁰ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 7. ed. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2003, p. 155.

Na medida que o administrador se preocupa em fazer corretamente as coisas, ele estará se voltando para a eficiência (melhor utilização dos recursos disponíveis). Porém, quando ele utiliza esses instrumentos fornecidos por aqueles que executam para avaliar o alcance dos resultados, isto é, verificar se as coisas bem-feitas são as que realmente deveriam ser feitas, então ele estará se voltando para a eficácia (alcance dos objetivos por meio dos recursos disponíveis).⁹¹

Do ponto de vista semântico, “eficiência” tem origem no latim *efficientia* e significa ato, ação, força, virtude de produzir um efeito;⁹² “eficácia” deriva do latim *efficacia* e compreende-se como força ou poder que possa ter um ato ou um fato, para produzir os efeitos desejados; e a palavra “efetividade”, do latim *effectivus*, indica a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou que está em atividade, realizando seus próprios efeitos.⁹³

De acordo com Idalberto Chiavenato “o ideal seria uma empresa igualmente eficiente e eficaz, à qual se poderia dar o nome de excelência.”⁹⁴

Assim, “eficiência”, na ciência da Administração, diz respeito à maneira de utilização dos recursos, ou, ainda, significa fazer as coisas de forma correta, solucionar problemas, cumprir com seu dever, diminuir custos; está relacionada ao fazer corretamente as coisas, otimizando os recursos disponíveis, e se preocupa com os meios, não com os fins.

Não obstante o assunto tenha merecido estudo mais detido pela ciência da Administração, o termo eficiência “não é privativo de nenhuma ciência; é um termo da língua natural”⁹⁵, conforme afirma Paulo Modesto.

Assim, cumpre analisar o sentido do termo na ciência do Direito. Para Antônio Carlos Cintra do Amaral, a separação conceitual feita pela ciência da Administração entre eficiência e eficácia também está presente na ciência do Direito, mais especificamente na doutrina civilista que distingue obrigações de meios e obrigações de resultado. Cita dois civilistas que traçaram as diferenças entre esses dois tipos de obrigação: um, brasileiro; o outro, italiano. Segundo Orlando Gomes,⁹⁶ para compreender a discrepância entre esses dois tipos de obrigação, impõe-se a distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado. As primeiras correspondem a uma atividade concreta do devedor, por meio da qual faz o possível

⁹¹ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 7. ed. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2003, p. 155.

⁹² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 15. reimpressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 51.

⁹³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 511.

⁹⁴ CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 7. ed. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2003, p. 155.

⁹⁵ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 10, 2007, p. 3. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04 set. 2010.

⁹⁶ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 21.

para cumpri-las. Nas outras, o cumprimento só se verifica se o resultado é atingido. De acordo com Alberto Trabucchi,⁹⁷ se a obrigação é de resultado, somente quando o resultado é alcançado o adimplemento se entende verificado; se é de meios, a obrigação é cumprida quando é empregada a atividade que se podia exigir da diligência do bom pai de família.⁹⁸

Com base nesses fundamentos, Antônio Carlos Cintra do Amaral entende que o princípio da eficiência “refere-se à noção de obrigações de meios”⁹⁹ e não se confunde, portanto, com a eficácia. Afirma, ainda, que, ao se impor ao agente administrativo o dever de eficiência, “está se dizendo que ele deve agir como diz Trabucchi com ‘a diligência do bom pai de família’”.¹⁰⁰

Diogo Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, apresenta um enfoque diverso do princípio da eficiência. Esclarece que, na esfera pública, a administração burocrática, antes centrada apenas na eficácia, entendida como poder-dever de administrar, agora sob influência dos novos conceitos de administração pública gerencial, fruto do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, tem se empenhado em estabelecer o dever da boa administração consubstanciada na busca da eficiência na ação administrativa. Assim, os atos praticados devem ser aptos a produzir os resultados juridicamente esperados e a possibilitar o melhor atendimento possível das finalidades previstas em lei para eles.¹⁰¹

Afirma ser necessário fixar parâmetros objetivos para aferir o grau de excelência dos resultados produzidos pelo ato, pois o conceito jurídico de eficiência não pode ser subjetivo, sob pena de chegar-se ao arbítrio no controle.¹⁰² E conclui:

Entendida, assim, a *eficiência* administrativa, como a *melhor realização possível da gestão dos interesses públicos*, postas em termos de *plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade*, ela se apresenta, simultaneamente, como um *atributo técnico* da administração, como uma *exigência ética* a ser atendida, no sentido weberiano de *resultados*, e coroando a relação, como uma *característica jurídica* exigível, de *boa administração* dos interesses públicos.¹⁰³

⁹⁷ TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Civile**, 32ª ed. Pádua: Cedam, 1991, p. 476

⁹⁸ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 5, 2006, p. 4-5. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04 set. 2010.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 4.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 5.

¹⁰¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 117.

¹⁰² *Ibidem*, p. 117.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 117.

José Afonso da Silva enfatiza a relação entre meios e resultados como conteúdo do princípio da eficiência:

Numa idéia muito geral, *eficiência* significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o *princípio da eficiência*, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.¹⁰⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também associa o princípio da eficiência aos aspectos de meio e resultado:

[...] o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. Trata-se de idéia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que “reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços — tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não-estatais — operem muito eficientemente”. É com esse objetivo que estão sendo idealizados institutos, como os contratos de gestão, as agências autônomas, as organizações sociais e tantas outras inovações com que se depara o administrador a todo momento.¹⁰⁵

Da incursão doutrinária feita, denota-se que, na ciência do Direito, a orientação se direciona no sentido de considerar a eficiência como ideia de meio e resultado, ou, como afirma Paulo Modesto, o princípio da eficiência “para o jurista, diz respeito tanto a otimização dos meios quanto a qualidade do agir final”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 671.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 83.

¹⁰⁶ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 10, maio/jul. 2007, p. 9. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br.>. Acesso em: 03 set. 2010.

4.2 A concretização do princípio da eficiência pelo registro de preços

O princípio da eficiência, como visto, compreende a ideia de meio e resultado, mas não qualquer resultado, pois espera-se que seja o melhor desempenho possível. Assim, exige-se mais do que simplesmente praticar atos aptos a produzir os resultados juridicamente deles esperados; esses atos devem ser praticados com nível de qualidade capaz de lograr o melhor atendimento possível das suas finalidades estatuídas em lei.

A eficiência administrativa corresponde a essa melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, apresentando-se, simultaneamente, como um atributo técnico da administração e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.¹⁰⁷

Em relação à gestão dos negócios públicos é notória a necessidade de aperfeiçoamento dos meios para a obtenção de bens e serviços com o melhor desempenho possível, o que refletirá em qualidade na prestação dos serviços públicos. Nesse sentido a lição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, que afirma:

A eficiência diz respeito ao cumprimento das finalidades do serviço público, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, do modo menos oneroso possível, extraindo-se dos recursos empregados a maior qualidade na sua prestação.¹⁰⁸

As contratações públicas, de regra, são precedidas de licitação cuja finalidade é, precipuamente, assegurar o princípio da isonomia e selecionar a proposta vantajosa. Esse procedimento demanda tempo para sua conclusão, não permitindo a agilidade necessária para suprimento das necessidades públicas.

A Administração não pode abdicar desses procedimentos, sob pena de comprometimento dos valores em que se funda o Estado Democrático de Direito. Assim, cumpre examinar meios que permitam compatibilizar esses valores com a exigência de eficiência.

¹⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 117.

¹⁰⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 299.

Paulo Modesto refere que “a imposição de atuação eficiente, do ponto de vista jurídico, refere a duas dimensões da atividade administrativa indissociáveis: a) a *dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios*; b) a *dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública*”.¹⁰⁹ Afirma que essas duas ideias conjugadas se materializam através de ação idônea (eficaz), ação econômica (otimizada) e ação satisfatória (dotada de qualidade).¹¹⁰

O sistema de registro de preços atende a essas duas dimensões do princípio da eficiência, porquanto sua finalidade é racionalizar e otimizar as contratações frequentes e outras situações similares, com a concentração das demandas em um único procedimento licitatório, propiciando rápido atendimento de compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviços e ganhos de escala, pelas quantidades envolvidas.

Corroborar esse entendimento a posição firmada por Sidney Bittencourt no sentido de que “A adoção do SRP determina, com absoluta certeza, flagrante economia, além de ganho em agilidade e segurança, com pleno atendimento ao princípio da eficiência, recentemente elevado à princípio constitucional da Administração Pública”.^{111 112}

Desse modo, sem afastar o princípio da licitação a que está jungido, o registro de preços atende a exigência de economicidade e propicia resultados excelentes no que tange à celeridade das contratações públicas, concretizando, por conseguinte, o princípio da eficiência.

¹⁰⁹ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 10, maio/jul. 2007, p. 9. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 03 set. 2010.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 9.

¹¹¹ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação de registro de preços**: comentários ao decreto 3.931, de 19 de setembro de 2001. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 18.

¹¹² No mesmo sentido Benedicto de Tolosa Filho e Renata Fernandes de Tolosa Payá: “A aquisição através do sistema de registro de preços atende ao princípio da eficiência, por facilitar o fluxo de aquisição, possibilitar maior facilidade de planejamento, direcionar os recursos financeiros dentro da necessidade de demanda, evitando desperdícios, minimizando gastos com armazenamento (como local, seguros, perda natural, etc.) e gerando economia processual, com a diminuição de realização constante de procedimentos licitatórios”. (TOLOSA FILHO, Benedicto de; PAYA, Renata Fernandes de Tolosa. **Entendendo, implantando e mantendo o sistema de registro de preços**. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 1999, p. 24-25).

5. IMPLEMENTAÇÃO DO REGISTRO DE PREÇOS

A Lei nº 8.666/93 fixa duas premissas fundamentais para a implantação do sistema de registro de preços. A primeira refere-se à necessidade de realização de ampla pesquisa de preços previamente ao registro; a segunda à obrigatória seleção mediante licitação.¹¹³

A realização de ampla e criteriosa pesquisa de preços objetiva munir a Administração de elementos sobre o comportamento do mercado e fixar parâmetros referenciais de preços que lhe permitam escolher a proposta mais vantajosa.

A realização de uma boa pesquisa de preços somente se faz com a definição precisa do objeto e dos quantitativos que se pretende contratar futuramente. Nesse caso, todos os órgãos e entidades que tenham interesse na implantação do sistema de registro de preços devem informar suas necessidades e quantidades.

A primeira etapa do procedimento de implantação do sistema de registro exige uma ação planejada por parte da Administração, iniciando-se com a definição do órgão gerenciador e dos participantes, seguindo-se com a consolidação das quantidades necessárias, padronização do objeto, definição do local de entrega do bem ou da prestação dos serviços, conforme o caso, dentre outras providências.

Esse planejamento prévio é a “‘alma’ do procedimento”¹¹⁴ e é fundamental que haja total transparência, com possibilidade de acesso às informações consolidadas pelo órgão gerenciador, como dever de boa-fé e para permitir aos licitantes saber o que os espera na futura execução do registro de preços.

Ademais, é forçoso reconhecer que o planejamento é condição para que a licitação atinja seus objetivos de assegurar um tratamento isonômico entre os concorrentes e de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, pois o licitante, sabedor da seriedade dos procedimentos adotados, poderá oferecer preço justo.

A implementação se estende para depois da efetivação do registro dos preços, pressupondo um acompanhamento dos preços registrados pelo órgão gerenciador, com o auxílio dos órgãos participantes, por intermédio do gestor do contrato, a fim de verificar a compatibilidade com os preços praticados no mercado. O gerenciamento comprometido do registro, com o acompanhamento das contratações dele decorrentes, dá segurança aos

¹¹³ Art. 15, § 1º e § 3º, I, da Lei nº 8.666/93.

¹¹⁴ PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações públicas**: comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 482.

participantes quanto ao atendimento das suas demandas tais como planejadas inicialmente e fixadas no edital.

5.1 Adoção do registro de preços: obrigatoriedade ou facultatividade

A Lei n. 8.666/93, no artigo 15,¹¹⁵ estabelece que as compras, sempre que possível, devem ser processadas através do sistema de registro de preços.

Faz parte de uma administração planejada das contratações públicas o estabelecimento de mecanismos de gestão e controle que permitam identificar as contratações mais frequentes, a periodicidade, as características do objeto e a abrangência da demanda dentro da esfera de governo.

As contratações sucessivas e reiteradas de objetos semelhantes ou homogêneos constituem indicativos da necessidade de implantação do registro de preços. Há, porém, controvérsia sobre a obrigatoriedade, ou não, da utilização desse sistema, sendo possível identificar duas linhas de orientação acerca dessa questão.

A primeira vê na expressão “sempre que possível” a possibilidade de a Administração utilizar, ou não, o sistema de registro de preços, entendendo que haveria discricionariedade administrativa, mas não absoluta, porquanto caberia à Administração motivar e justificar sua decisão. Nesse sentido, Marcos Juruena Villela Souto:

Pela inteligência da lei e do decreto, é possível extrair que a decisão de acolher ou não o sistema de registro de preços é discricionária. Não fosse isso, não teria a lei se valido da expressão “sempre que possível” ou o decreto do vocábulo “preferencialmente”.

Contudo, ainda que de índole discricionária, a decisão de não adotar o sistema de registro de preços deve ser motivada e justificada; afinal, se a lei e o decreto não a tornaram obrigatória, fato é que criaram legítima preferência pelo sistema que, para ser refutada, depende de decisão administrativa que revele as suas desvantagens da sua adoção no caso concreto.¹¹⁶

¹¹⁵ “Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...] II – ser processadas através do sistema de registro de preços.”

¹¹⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. 2. série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 325.

A segunda posição, sustentada por Marçal Justen Filho, entende possível a interpretação no sentido da obrigatoriedade da instituição do sistema de registro de preços, não se tratando de mera escolha discricionária:

O Sistema de Registro de Preços (SRP) é uma das mais úteis e interessantes alternativas de gestão de contratações colocada à disposição da Administração Pública. As vantagens propiciadas pelo SRP até autorizam a interpretação de que sua instituição é obrigatória por todos os entes administrativos, não se tratando de uma mera escolha discricionária.¹¹⁷

Inegavelmente, o registro de preços ganhou força e evidência com a estabilização monetária, a qual permite o planejamento das contratações governamentais e reduz os riscos das empresas na apresentação de oferta de preço, que permanecerá válido por até um ano.

A criação da modalidade pregão pela Lei nº 10.520/02 e a possibilidade de sua utilização nas licitações para registro de preços também constitui fator de estímulo, ante a celeridade que esse procedimento imprime nas licitações públicas, além de maior flexibilidade no tocante às formalidades dos atos do processo licitatório.

Comprovado que o registro de preços constitui a melhor opção, impõe-se a sua implementação pela Administração Pública. Essa a dicção do art. 15, *caput*, da Lei nº 8.666/93. No entanto, demonstrada a inviabilidade ou a inconveniência da medida, a Administração poderá deixar de adotá-la, justificando a sua escolha.

O juízo de discricionariedade pressupõe a existência de mais de uma opção válida para o administrador público. Para serem válidas, as opções ao registro de preços requerem o oferecimento de, pelo menos, iguais ou equivalentes benefícios para a Administração, em face do princípio da indisponibilidade do interesse público.¹¹⁸

Não se admite sacrifícios irrazoáveis e desproporcionais aos interesses públicos. Para Juarez Freitas, o ato administrativo deve ser entendido “em harmonia com o direito fundamental à boa administração, direta e imediatamente eficaz.”¹¹⁹

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 191.

¹¹⁸ Para Celso Antônio Bandeira de Mello “Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48.

¹¹⁹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 28.

O Tribunal de Contas da União, atento às vantagens oferecidas pelo registro de preços, tem recomendado sua adoção para evitar o fracionamento ilegal da despesa (Decisão 472/1999, Plenário¹²⁰); para agilizar e facilitar as compras e gêneros alimentícios da merenda escolar (Acórdão 653/2003, 1ª Câmara¹²¹); para aquisição de bens e serviços comuns (Acórdão 1873/2005¹²²); quando há dificuldade ou insuficiência de espaço para armazenamento dos bens de consumo (Acórdão 0665/2008, Plenário)¹²³. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, apesar de reconhecer que o sistema de registro de preços agrega vantagens às contratações, atribui ao poder discricionário da Administração a decisão pela sua adoção em cada caso.¹²⁴

Não se ignoram as dificuldades para a implantação do registro de preços, que, diferentemente das licitações comuns, exige do órgão gerenciador uma estrutura diferenciada, notadamente em relação ao quadro de pessoal, porquanto o processo licitatório, em geral, reúne um número expressivo de órgãos e entidades que serão os usuários futuros dos preços registrados, durante o período de sua validade.

É preciso, conforme será visto adiante, um mínimo de centralização dos procedimentos para o registro de preços, com a profissionalização do órgão gerenciador, com pessoal qualificado, priorizando a informatização dos procedimentos, com regras claras quanto ao modo e tempo de participação dos órgãos e entidades, e divulgando amplamente pelo meio eletrônico os procedimentos que serão instaurados, os procedimentos em curso e os procedimentos concluídos.

A descentralização desestimula a utilização do registro de preços, dado os custos operacionais demandados para sua implementação, e, quando utilizado, leva a operar com

¹²⁰ Tribunal de Contas da União, Processo nº 675.048/1998-2, Decisão 472/1999, Plenário, Ministro Relator: Valmir Campelo. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=1>>. Acesso em: 06 set. 2010.

¹²¹ Tribunal de Contas da União, Processo nº 013.786/2002-7, Acórdão 653/2003 – 1ª Câmara, Ministro Relator: Humberto Guimarães Souto. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 06 set. 2010.

¹²² Tribunal de Contas da União, Processo nº 01-TC 011.414/2004-9, Acórdão 1873/2005 – 2ª Câmara, Ministro Relator: Benjamin Zymler. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=2&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 06 set. 2010.

¹²³ Tribunal de Contas da União, Processo nº 012.908/2003-5, Acórdão 665/2008, Plenário, Ministro Relator: Augusto Sherman Cavalcanti. Disponível em <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=8&doc=3&dpp=20&p=0>> Acesso em: 06 set. 2010.

¹²⁴ Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Processo n. 354/009/02, Contratante: Prefeitura Municipal de Sorocaba e Contratada A.M.C. Informática, Relator: Conselheiro Renato Martins Costa, publicada no DOE de 31.10.2002. Disponível em: <www.2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/35400902.TXT>. Acesso em 07 set. 2010.

restrição de participação de outros órgãos e entidades, perdendo o instituto uma de suas grandes vantagens, que é a racionalização e otimização dos processos de contratação.

Ademais, a descentralização, não raro, gera descontrole e acarreta desvios na implantação do registro de preços, com sua utilização em hipóteses não cabíveis, apenas para contornar a exigência de reserva orçamentária prévia necessária às licitações que visam uma contratação específica. A duração dos contratos, adstrita ao exercício orçamentário, de regra, também constitui fator de opção pelo registro de preços para contornar as dificuldades existentes no início do exercício financeiro em que o orçamento não está disponível para sua execução.

O interesse público não pode ser sacrificado pela inoperância ou pela incapacidade de criar meios adequados para a adoção do sistema de registro de preços. Assim, a Administração deve se estruturar adequadamente para viabilizar a implementação do registro de preços sempre que possível; vale dizer, quando presentes as condições para sua utilização e representando a melhor opção válida, o registro de preços será obrigatório. A valoração subjetiva de conveniência foi afastada pela Lei nº 8.666/93, porquanto não reproduzido o termo “conveniente” presente no Decreto-Lei nº 2.300/86.

O sistema de registro de preços, afirmamos, concretiza o princípio da eficiência por representar uma atividade racional e instrumental que serve ao público na justa proporção das necessidades coletivas, por isso, não implementá-lo quando cabível representa um comportamento negligente, contraprodutivo e ineficiente, sendo, por conseguinte, juridicamente inadmissível e passível de responsabilização.¹²⁵

¹²⁵ Afirma Juarez Freitas que “todos os atos administrativos, ao menos negativa ou mediatamente, são juridicamente controláveis, e os vícios de omissão também precisam ser combatidos de modo vigoroso e sem condescendência. Toda conduta administrativa (vinculada ou discricionária) *apenas se legítima, por definição, se imantada pelo primado dos princípios constitucionais em conjunto.*” FREIRAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 28.

5.2 Vantagens do registro de preços

5.2.1 Simplificação administrativa, rapidez na contratação e redução de gastos

O sistema de registro de preços apresenta várias vantagens. A eliminação de múltiplas licitações para obtenção de objetos semelhantes ou homogêneos talvez seja a principal delas.

O registro de preços permite que através de uma única licitação a Administração selecione propostas de fornecedores para eventuais e futuras contratações ao longo de tempo determinado, limitado a um ano. Essa sistemática de concentrar as demandas em um único processo licitatório beneficia a Administração e o particular, com sensível redução das despesas quanto à instauração e participação nos certames, respectivamente. Demais disso, os licitantes, na expectativa de fornecimento de grandes quantidades durante um ano, podem oferecer preços com margens reduzidas de lucro, o que, na perspectiva da economicidade, representa ganhos para a Administração.

Outra importante vantagem refere-se à rapidez na contratação, porquanto o contratado foi previamente selecionado por meio de processo público. O fornecimento será solicitado na medida e no ritmo das necessidades.

Essa agilidade libera o Poder Público de manter grandes estoques do produto, contribuindo para a eficiência das ações administrativas. Os espaços físicos são cada vez mais escassos nos órgãos públicos, de maneira que os estoques devem ser reduzidos. Não se ignora também que a manutenção de grandes estoques pode levar à deterioração de produtos, se não adotadas medidas efetivas de controle.

5.2.2 Viabilidade de compartilhamento do registro

Não há óbice à implantação do registro de preços para um único órgão ou entidade, porém, sua vocação é abarcar todos os órgãos e entidades da mesma esfera de governo que demandam contratações de objetos semelhantes ou homogêneos.

Essa realidade de compartilhamento ocorre em maior ou menor intensidade, de acordo com o grau de estruturação do órgão gerenciador responsável pela implantação e execução do registro de preços.

É possível também compartilhar o registro de preços com órgãos e entidades de outras esferas de governo. Na esfera federal, a Lei nº 10.191, de 14 de fevereiro de 2001, constitui exemplo de compartilhamento entre diversos entes federativos ao estatuir que, nas licitações para registro de preços de produtos para implementação de ações de saúde, realizadas pelo Ministério da Saúde e os respectivos órgãos vinculados, poderão participar os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, desde que expressamente prevista essa possibilidade no edital de licitação (at. 2º).¹²⁶

Nessa hipótese, a opção de integrar a licitação para registro de preços de órgão ou entidade de outra esfera de governo importa submissão às regras estabelecidas no edital, em detrimento das normas internas do ente.

5.2.3 Mobilidade orçamentária

A licitação para registro de preços não visa a obtenção de um contrato específico, mas registrar preço e estabelecer condições para futuras e eventuais contratações, não havendo obrigatoriedade de contratar para a Administração.

Exatamente por não envolver uma contratação específica a Administração não precisa de disponibilidade de recursos para iniciar a licitação, sendo suficiente a devida previsão orçamentária.

Nessa trilha o entendimento de Hely Lopes Meirelles:

Pelas suas peculiaridades, nesse aspecto o SRP ganha contornos distintos, uma vez que sua licitação não gera necessariamente um contrato. Assim, a verificação de existência de recursos disponíveis e o atendimento às normas da LRF somente se darão no momento da contratação. Esse quadro torna possível a realização da licitação pelo SRP mesmo quando os recursos

¹²⁶ “Art. 2º O Ministério da Saúde e os respectivos órgãos vinculados poderão utilizar reciprocamente os sistemas de registro de preços para compras de materiais hospitalares, inseticidas, drogas, insumos farmacêuticos, medicamentos e outros insumos estratégicos, desde que prevista tal possibilidade no edital de licitação do registro de preços.

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

financeiros não estão disponíveis – o que permite uma melhor programação e eficiência administrativa. Mas deverá haver consonância e submissão da estimativa de despesa aos limites das respectivas rubricas existentes no orçamento. Somente assim existirá a previsão orçamentária para as subseqüentes contratações.¹²⁷

O Tribunal de Contas da União também tem apontado a desnecessidade de orçamento prévio para a utilização do registro de preços, consoante voto proferido pelo Relator Min. Valmir Campelo:

A celeridade fica caracterizada pelo fato de não ser necessário orçamento prévio para a utilização do SRP. Assim, a Administração pode realizar a licitação e aguardar a liberação dos recursos para efetivar a contratação da empresa vencedora do certame. Esta vantagem toma maior relevância ao se considerar que, muitas vezes, o Congresso Nacional não aprova a Lei Orçamentária antes do final do exercício anterior.¹²⁸

Trata-se, inegavelmente, de grande vantagem, porquanto o órgão ou entidade interessado em realizar o registro de preços pode efetivá-lo, deixando para reservar os recursos quando houver necessidade da contratação específica.

Disso defluiu mobilidade orçamentária, possibilitando ao gestor público melhor alocação dos recursos de acordo com as prioridades, postergando, se for o caso, a contratação resultante do registro de preços para momento mais oportuno.

5.3 Riscos e desvantagens do registro de preços

Quando o tema é registro de preços, difícil é imaginar as desvantagens que esse instituto pode oferecer para a Administração Pública. Talvez a melhor ótica seja considerar a adequação ou inadequação da adoção do registro de preços, antes de implementá-lo.

Há casos de contratações rotineiras de bens ou serviços que, a despeito dessa realidade, não recomendam a utilização da sistemática do registro de preços, seja porque os preços estão sujeitos a frequentes oscilações de mercado, seja em razão dos avanços rápidos de tecnologia de alguns produtos ou serviços.

¹²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 345.

¹²⁸ Acórdão TCU nº 1.487/2007, Processo nº 008.840/2007-3, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU 03.08.2007. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=2&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 07 set. 2010.

Mesmo nessas hipóteses, haveria a possibilidade de implantação do registro de preços com a fixação de prazo menor de validade dos preços ou a previsão de seleção dos preços considerando o menor desconto de tabela, quando o mercado estiver sujeito à regulação pelo Poder Público.

Caberá ao administrador público, tendo em vista os procedimentos diferenciados que envolvem a instauração de uma licitação para registro de preços, avaliar o interesse público na adoção dessa medida, considerando o custo-benefício envolvido.

Marçal Justen Filho aponta riscos e desvantagens nas hipóteses de “obsolescência” e “incompletude”. Na primeira, caracterizada pela defasagem entre os dados do registro e a realidade do mercado, recomenda que se verifique a cada aquisição decorrente do registro de preços se o produto selecionado ainda é o mais adequado e se os preços são compatíveis com os de mercado.¹²⁹

Nos casos de “incompletude”, em que o objeto selecionado não atende as necessidades específicas, o registro de preços não poderia ser utilizado, uma vez que não se pode impor a realização de compras inadequadas.¹³⁰

5.4 Figuras estruturantes do registro de preços e atribuições principais

A palavra estrutura é definida pelo dicionário Houaiss como “organização, disposição e ordem dos elementos essenciais que compõem um corpo (concreto ou abstrato) (e. de uma empresa) (e. da célula); aquilo que dá sustentação a alguma coisa; armação, arcabouço (e. de um prédio) (e. do corpo humano)”.¹³¹

O registro de preços é bastante complexo quanto aos procedimentos necessários para sua implementação, exigindo uma estrutura organizacional não prevista em nível nacional, havendo disposição a respeito apenas no plano regulamentar.

No âmbito da União, o Decreto nº 2.743/98, já revogado, previa uma incipiente estrutura organizacional. O assunto mereceu um tratamento mais adequado no regulamento editado pelo Decreto nº 3.931/01, alterado pelo Decreto nº 4.342/02.¹³²

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 194.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 194.

¹³¹ HOUAISS. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 844.

¹³² Art. 1º, incs. I e II, e art.3º, §§2º, 3º e 4º.

Tal regulamento prevê que a condução dos procedimentos destinados à implantação e administração do registro de preços caberá ao órgão gerenciador, mas sem definir quem exercerá essa função, porque a União não optou por um órgão central responsável pela efetivação dos registros de preços, diversamente do regulamento do Município de São Paulo, conforme será visto.

Além do órgão gerenciador, o regulamento federal prevê as figuras do órgão participante e do gestor do contrato, formando um tripé de figuras que estruturam o registro de preços. Em linhas gerais, esse é o padrão de organização adotado pelo Estado de São Paulo e pelo Município de São Paulo, com pequenas variações no que concerne às atribuições das figuras estruturantes do registro de preços.

O órgão gerenciador é uma figura com atribuições relevantes, competindo-lhe identificar a necessidade de deflagração do registro de preços e preparar e realizar o processo licitatório, bem como administrar e controlar os preços registrados, devendo agir de forma integrada e coordenada com as demais figuras estruturantes do sistema.

O regulamento federal relaciona atribuições específicas do órgão gerenciador na fase que antecede a instauração da licitação, consistindo em: (i) convidar os órgãos e entidades para participarem do registro de preços; (ii) consolidar as informações relativas à estimativa individual e total de consumo, promovendo a adequação dos projetos básicos para atender aos requisitos de padronização e racionalização; (iii) promover os atos necessários à instrução processual para a realização do procedimento licitatório; (iv) realizar a pesquisa de mercado; (v) confirmar junto aos órgãos participantes a sua concordância com o objeto a ser licitado, inclusive quanto aos quantitativos e projeto básico.

Reunidos esses elementos, compete-lhe realizar o processo licitatório, bem como os atos dele decorrentes, tais como a assinatura da Ata e o encaminhamento de sua cópia aos demais órgãos participantes. Cabe-lhe também gerenciar a Ata de Registro de Preços, conduzir eventuais renegociações dos preços registrados, aplicar penalidades por descumprimento do pactuado na Ata e coordenar, com os órgãos participantes, a qualificação mínima dos respectivos gestores indicados.

Ademais, presumindo pouca familiaridade do mercado com o instituto, o regulamento federal incumbiu o órgão gerenciador de realizar, quando necessário, prévia reunião com os licitantes, para informá-los das peculiaridades do sistema de registro de preços, o que constitui medida salutar, desde que realizada com a máxima transparência.

O gerenciamento dos preços registrados permite o controle das contratações públicas, evitando desperdícios.

O órgão participante, de sua parte, deve: (i) garantir que todos os atos inerentes ao procedimento para sua inclusão no registro de preços a ser realizado estejam devidamente formalizados e aprovados pela autoridade competente; (ii) manifestar seu interesse em participar do registro de preços, com o encaminhamento, ao órgão gerenciador, de sua estimativa de consumo, cronograma de contratação e respectivas especificações ou projeto básico; (iii) manifestar sua concordância com o objeto a ser licitado, antes da realização do procedimento licitatório. Depois de concluída a licitação, deve tomar conhecimento da Ata de Registro de Preços e das respectivas alterações, com o objetivo de assegurar, quando de seu uso, o correto cumprimento de suas disposições, competindo-lhe ainda indicar o gestor do contrato.

Ao gestor do contrato compete: (i) promover consulta prévia ao órgão gerenciador, quando da necessidade de contratação, a fim de obter a indicação do fornecedor, os respectivos quantitativos e os valores a serem praticados, encaminhando, posteriormente, as informações sobre a contratação efetivamente realizada; (ii) assegurar-se que a contratação a ser procedida atenda aos seus interesses, sobretudo quanto aos valores praticados, informando ao órgão gerenciador eventual desvantagem quanto à sua utilização; (iii) fiscalizar o cumprimento do contrato e, em coordenação com o órgão gerenciando, aplicar eventuais penalidades ao contratado; (iv) informar ao órgão gerenciador a recusa do fornecedor em atender as condições estabelecidas em edital, bem como as divergências relativas à entrega, às características e à origem dos bens licitados e a recusa do mesmo em assinar o contrato para fornecimento ou prestação de serviços.

Analisando as atribuições conferidas às figuras que compõem o tripé estrutural do registro de preços, verifica-se que elas agem de forma interdependente, desempenhando cada qual sua função em coordenação com as demais.

Apontou-se que a noção de sistema atribuída ao registro de preços reside exatamente nessa ação integrada e coordenada entre os órgãos gerenciador, participante e gestor do contrato, formando um todo unitário.

Mostra-se pertinente a observação feita por Marcos Juruena Villela Souto de que essa “metodologia de funcionamento”,¹³³ que impõe organização e planejamento para a implementação do registro de preços, torna o registro de preços mais confiável e dá segurança

¹³³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. 2. série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 327.

aos interessados em participar do certame de que podem ofertar preços mais competitivos, resultando em economicidade nas contratações públicas.¹³⁴

5.5 Centralização ou descentralização do registro

A questão de saber quem pode implantar o sistema de registro de preços remete a outra acerca da possibilidade de subsistência no âmbito da Administração de dois ou mais registros de um mesmo produto.

Depreende-se do histórico apresentado no primeiro capítulo deste trabalho que os regulamentos editados pela União, pelo Estado de São Paulo e pelo Município de São Paulo seguiram caminhos distintos ao longo do tempo, alguns tendendo à centralização, outros à liberação dos seus órgãos e entes para implantação de registro de preços próprios.

No âmbito federal, os regulamentos tendem à descentralização dos procedimentos, prevendo-se, quando muito, a gestão dos registros de preços por um órgão central, com competência também para designar as unidades encarregadas de realizar licitações para registrar preços.¹³⁵

No Estado de São Paulo, a matéria comportou vários tratamentos. O Decreto nº 22.516/98, de 3 de agosto de 1984, não obstante tenha optado pelo uso preferencial do registro de preços para os materiais e gêneros de consumo frequente e com significativa expressão em relação ao consumo total ou que devessem ser adquiridos por diversas unidades, não impôs fosse ele efetuado por um órgão central de compras do Estado. Previa, todavia, que, quando realizado de forma centralizada, passava a ser de uso obrigatório pela Administração direta.

O Decreto nº 35.946/92, de caráter mais centralizador, atribuiu essa competência à Comissão Central de Compras do Estado – CCCE para materiais e gêneros de consumo frequente que possuíam significativa expressão em relação ao consumo total do Estado e fossem adquiridos por mais de um órgão da administração centralizada, e, excepcionalmente, para qualquer material ou gênero.

¹³⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. 2. série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 327.

¹³⁵ O Decreto nº 2.743/98, em seu art. 8º, prevê: “No âmbito dos órgãos e das entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG, caberá ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado incluir, atualizar e cancelar o registro de preços no Sistema, podendo designar as unidades que realizarão licitações para registrar preços.” Essa disposição não foi reproduzida no atual Decreto nº 3.931/01, e alterações posteriores.

Previu-se nesse decreto a obrigatoriedade de utilização dos preços registrados pela CCCE por todos os órgãos da administração direta, facultando a estes o registro de preços para materiais e gêneros não registrados pela Comissão Central de Compras do Estado.

O Decreto nº 47.945/03, e alterações posteriores, não previu a existência de um órgão central com o encargo de efetuar o registro de preços, podendo-se inferir de suas disposições viés mais descentralizador.

Possibilita o registro de preços para os bens e serviços que ensejam contratações frequentes. Em relação àqueles que tenham significativa expressão em relação ao consumo total do Estado, devam ser adquiridos por mais de um órgão ou entidade da Administração ou atendam a programas de governo, admite-se que mais de um órgão fique encarregado de registrar os preços, prevendo-se, nessa hipótese, que serão definidas as normas de coexistência de vários sistemas. Essas normas nunca foram editadas, levando a uma proliferação descontrolada dos registros de preços efetivados pelo Estado.

A regulamentação do registro de preços pelo Município de São Paulo sempre apresentou características mais centralizadoras. O Decreto nº 29.347/90 atribuiu ao Departamento de Materiais – DEMAT, da Secretaria Municipal de Administração, a faculdade de efetuar o registro de preços para materiais e gêneros de consumo frequente por todas as Secretarias Municipais. Nesse caso, os preços registrados eram de uso obrigatório por todas as unidades municipais, como regra.

O Decreto não impedia o registro de preços por outros órgãos interessados; porém, quando dois ou mais órgãos manifestassem interesse em efetuá-lo deveriam decidir qual deles o registraria ou delegar tal competência ao Departamento de Materiais.

O Decreto Municipal nº 44.279/03 reproduzia, nesse particular, as disposições do regulamento anterior, mas, com as alterações que se seguiram, foi apresentando um caráter mais centralizador para o registro de preços. Nesse sentido, a Secretaria Municipal de Gestão passou a concentrar os atos destinados ao registro de preços, com possibilidade de delegação dessa competência para outro órgão ou entidade da Administração Pública Municipal.¹³⁶

O preço registrado passou a ser de uso obrigatório pela Administração Direta e Indireta do Município, abrangendo, nesta última, as autarquias, fundações e empresas dependentes do Tesouro Municipal.

¹³⁶ Essas medidas foram introduzidas no bojo do Decreto municipal nº 45.689, de 1º de janeiro de 2005, que dispõe sobre a obrigatoriedade da modalidade de pregão para aquisição de bens e serviços comuns.

Há aspectos que necessitam ser considerados em ambas as opções. A existência de um órgão centralizador parece ser medida mais racional e coerente, mas, para seu funcionamento eficiente, impõe-se um grau maior de organização administrativa.

O regulamento do Município de São Paulo ilustra bem a implantação do registro de preços de forma centralizada. A definição de um órgão encarregado de efetuar o registro de preços é salutar, desde que possa delegar essa atribuição. Nem sempre o órgão central está mais capacitado para efetuar o registro. Há objetos que exigem conhecimento técnico para o registro de preços, a exemplo dos medicamentos e de outros insumos de saúde. Nesse caso, o órgão central pode optar por se estruturar com a contratação de profissionais capacitados ou delegar a atribuição de registrar o preço a órgão que detém conhecimento ou “expertise” no assunto.

Em qualquer hipótese, recomendável que o órgão central se encarregue da divulgação dos registros a serem implantados e dos já implantados. Ao órgão ao qual foi delegada a atribuição pelo registro de preços, também se deve oferecer a atribuição de registrar todo suporte necessário para a consecução desse mister, notadamente quanto à informatização do processo de implantação e controle.

A divulgação e transparência dos procedimentos para registro de preços nos parecem de fundamental importância, sobretudo quando há centralização do processo. Os órgãos interessados em aderir à licitação para registro de preços precisam saber onde colher as informações pertinentes, com acesso à lista dos objetos e respectivos descritivos, quando padronizados, e quando encaminhar suas demandas. Recomendável, assim, que as informações fiquem disponíveis no site do órgão central, sem prejuízo de divulgação no site do órgão que efetivar o registro, quando delegada essa atribuição.

Quanto ao encaminhamento das demandas pelos órgãos e entidades interessados em participar da licitação para o registro de preços, necessária a fixação de uma data pré-determinada, introduzindo uma cultura de planejamento das contratações públicas.

A execução do registro de preços, embora controlada pelo órgão central, não leva necessariamente à contratação centralizada. Atende aos requisitos de eficiência quando as despesas com as contratações decorrentes do registro oneram a dotação orçamentária do órgão ou entidade requisitante. Nesse caso, tendo que arcar com as despesas, os órgãos evitarão desperdícios. Quanto à logística, a entrega efetivada diretamente ao órgão ou entidade requisitante, além de se mostrar mais ágil, evita gastos com a manutenção de um depósito central.

A abrangência territorial não impede a centralização do registro de preços. Nesse caso, a opção será delimitar uma região e eleger um órgão responsável para o registro de preços válido para essa abrangência territorial, dotando-o de toda a infraestrutura necessária para a consecução de suas funções.

A descentralização verificada com a subsistência de dois ou mais registros de um mesmo produto impõe custos elevados à Administração, haja vista que cada órgão responsável pelo registro terá que se estruturar fisicamente com o desenvolvimento de sistemas informatizados para implantação e controle dos registros de preços, além da capacitação contínua de seus servidores para o exercício dessa função, que difere dos procedimentos licitatórios convencionais.

A experiência do Estado de São Paulo não tem sido profícua na implantação do registro de preços. O regulamento atribuiu ao Comitê de Qualidade e Gestão Pública a competência para definir um ou mais órgãos gerenciadores quando os bens ou serviços tenham significativa expressão em relação ao consumo total do Estado, devam ser adquiridos por mais de um órgão ou entidade da Administração ou atendam a programas de governo.¹³⁷

Todavia, em vez de exercer essa competência, o Comitê de Qualidade e Gestão Pública optou por autorizar a implantação descentralizada dos registros de preços em qualquer situação, atribuindo ao titular do órgão ou entidade responsável pelo registro a decisão de aceitar, ou não, a participação de outros órgãos da Administração.¹³⁸

A maioria dos órgãos opta por implantar o registro de preços para atendimento de suas próprias necessidades, não admitindo a participação de outros órgãos ou entidades da Administração. Alega-se que a adesão de outros órgãos e entidades no registro de preços na fase da licitação exigiria uma superestrutura, inclusive em termos de recursos humanos, que inexistem. Na verdade, o órgão responsável pelo registro de preços teria que investir seus recursos humanos e materiais nessa atividade, subsidiando outros órgãos.

Em consequência, a Administração paulista conta com vários preços registrados para o mesmo objeto. Poder-se-ia alegar vantagem nessa sobreposição de atuações da Administração no sentido de funcionar como contínuo mecanismo de aferição da razoabilidade dos preços registrados, especialmente porque introduz o componente da competição, sendo mais eficiente do que uma simples pesquisa de mercado e que uma licitação comum, visto que uma licitação para registro de preços, em tese, envolve grandes quantidades, o que constitui fator de redução dos preços ofertados.

¹³⁷ Art. 4º do Decreto nº 47.945/03.

¹³⁸ Art. 1º da Resolução CC-53, de 19 de julho de 2005.

A opção por essa multiplicidade de registros, contudo, gera grandes dificuldades, além das já apontadas. Questiona-se a possibilidade de poder a Administração continuar contratando com o beneficiário do registro quando em outra licitação, para registro de preços do mesmo objeto, o preço ofertado fosse inferior.

Enfrentada concretamente essa situação pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, a solução adotada foi no sentido de que um preço inferior ao registrado não implica necessariamente o cancelamento deste, se comprovada sua compatibilidade com a média do mercado, tendo sido ressaltada a conveniência de o administrador apurar as circunstâncias que envolvem a oferta de um preço mais vantajoso antes de decidir sobre o destino do registro.¹³⁹

Diante do exposto, a opção pela centralização ou descentralização da implantação do registro de preços deve fundar-se em estudos que comprovem que a medida adotada é a que melhor atende as exigências de eficiência, considerando as dimensões da racionalidade e otimização no uso dos meios e a satisfatoriedade dos resultados da ação administrativa.

5.6 Etapas interna e externa da implementação do registro de preços

A Constituição Federal, no art. 37, XXI, exige que as contratações públicas sejam precedidas de licitação, mas essa regra comporta exceções previstas em lei (hipóteses de dispensa e de inexigibilidade).

A licitação é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com as pessoas governamentais, dentro dos padrões previamente estabelecidos, e proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso, e fazê-lo de modo impessoal, objetivo e eficiente. São esses os objetivos que a Lei Federal nº 8666/93 consigna, em seu art. 3º.

¹³⁹ Parecer nº 015/2004, emitido no processo nº 0898/2002, em que figura como interessada a Secretaria de Estado da Saúde. De interesse a transcrição da ementa desse parecer: “Ementa. Licitação. Tipo Menor Preço. Pregão Registro de Preços. A existência de um preço inferior ao ofertado na Licitação ou registrado em Ata não implica que este é desconforme ou incompatível com os correntes no mercado. O interesse público está devidamente atendido quando o preço ofertado ou registrado corresponder à média dos preços praticados, aferida mediante ampla pesquisa, nos termos da Lei n. 8.666/1993. O ‘preço referencial’, que baliza a decisão do pregoeiro quanto à aceitabilidade do menor preço ofertado no certame, reflete a média dos preços do mercado, em conformidade com o inc. IV, art. 43 e § 3º, art. 44, Lei n. 8.666. Em face de um preço mais vantajoso no mercado, é conveniente que o Administrador apure as circunstâncias que o envolvem, antes de decidir pela revogação da Ata de Registro de Preços.”

Na doutrina encontramos vários conceitos de licitação. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, licitação

é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.¹⁴⁰

Hely Lopes Meirelles afirma que licitação

[...] é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. [...] como procedimento desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição.¹⁴¹

Grande parte da doutrina distingue duas etapas na licitação: uma, interna, e outra, externa.¹⁴² A interna é aquela que se desenvolve no âmbito exclusivo da Administração, envolvendo a prática de todos os atos condicionais à sua abertura. Vai até a elaboração do edital ou da carta-convite, antes, pois, de implementar a convocação dos interessados. Nessa etapa serão praticados os atos destinados: (i) a verificar a necessidade e a conveniência da contratação de terceiros; (ii) determinar a presença dos pressupostos legais para contratação (inclusive a disponibilidade de recursos orçamentários); (iii) determinar a prática dos atos prévios indispensáveis à licitação (quantificação das necessidades administrativas, avaliação de bens, elaboração de projetos básicos etc.); (iv) definir o objeto do contrato e as condições básicas da contratação; (v) verificar a presença dos pressupostos da licitação, definir a modalidade e elaborar o ato convocatório da licitação.¹⁴³

¹⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 524.

¹⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 281.

¹⁴² Antônio Carlos Cintra do Amaral afirma que há um equívoco nesta distinção, pois não existe fase interna da licitação, apenas atos **internos**, meramente preparatórios da licitação, **que não criam relações jurídicas com terceiros**. Esses atos internos não se caracterizam como atos administrativos. (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Fase interna e fase externa da licitação. **Comentários Cintra do Amaral**. São Paulo, n. 13, 2000. Disponível em: <<http://www.celc.com.br/comentarios/13.html>>. Acesso em: 06 set. 2010.)

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 516-517.

A fase externa é composta de vários atos que podem ser distintos conforme a modalidade adotada. Em linhas gerais, porém, todas contemplam, não necessariamente nessa ordem, as seguintes fases: (i) fase de divulgação; (ii) fase de proposição; (iii) fase de habilitação e (iv) fase de julgamento.

No sistema de registro de preços, a etapa preparatória da licitação é dotada de particularidades, pois, de regra, envolve diversos órgãos e entidades públicos. Conforme vimos, os órgãos participantes devem manifestar o interesse em participar do certame e, com base nos levantamentos realizados no âmbito de suas competências, informar suas necessidades ao órgão gerenciador. Esses atos devem ser documentos em processo instaurado pelo órgão participante, no qual devem ser praticados os atos futuros de contratação decorrentes do registro de preços.

O órgão gerenciador também deverá instaurar um processo no qual deverão ser juntadas as informações transmitidas por todos os órgãos participantes e a consolidação desses dados. Nesse processo deverão ser praticados os demais atos que compõem a fase preparatória da licitação, notadamente a pesquisa de preços e a minuta do edital e seus anexos, pois ao órgão gerenciador incumbe a realização da licitação para o registro de preços.

Marcos Juruena Villela Souto afirmar haver uma dupla fase interna no sistema de registro de preços:

No Sistema de Registro de Preços (SRP) há uma dupla fase interna, que se desenvolve tanto no “Órgão gerenciador” como nos “Órgãos participantes”, de modo que todos são responsáveis pela requisição do objeto, estimativa do seu valor e aprovação da despesa.¹⁴⁴

A licitação deve ser realizada sob as modalidades de concorrência ou pregão, com a finalidade de selecionar preços de certos objetos que permanecerão válidos por até um ano, podendo a Administração, nesse período, celebrar contratos, de acordo com as suas necessidades, observadas as condições estabelecidas no edital.

¹⁴⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. 2. série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 325-326.

5.7 Modalidades de licitação: concorrência e pregão

No breve histórico normativo apresentado sobre o registro de preços, consignou-se que, no início, os bens que ensejavam fornecimentos ordinários às repartições públicas tinham seus preços inscritos mediante regime de concorrência permanente. Esse o procedimento adotado sob a égide do Código de Contabilidade Pública da União, de 1922.

Desde então, o processo licitatório evoluiu, buscando conferir maior eficiência às contratações públicas, o que se verificou com a edição do Decreto-Lei nº 200/67 e, depois, do Decreto-Lei nº 2.300/86, quando, pela primeira vez, foi instituído o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.

Com a Constituição de 1988, constitucionalizou-se o Direito Administrativo e a licitação recebeu status de princípio constitucional (art. 37, XXI), em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, que constitui uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a partir desse marco, a Administração deve escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

No sistema de registro de preços, a Administração promove licitação, nas modalidades de Concorrência (§ 3º do art. 15 da Lei nº 8.666/93) ou Pregão (art. 11 da Lei nº 10.520/02), visando selecionar produtos e serviços e respectivos fornecedores.

A concorrência é a modalidade que admite a participação de quaisquer interessados e exige ampla divulgação, o que justifica sua adoção nas licitações para registro de preços em que há interesse em convocar o maior número possível de interessados, em função do volume de negócios públicos que ele abarca.

A introdução do pregão no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 10.520/02, com previsão expressa de sua aplicação a todos os entes federativos,¹⁴⁵ trouxe ganhos para a Administração, notadamente em termos de celeridade processual e economia de recursos. As modalidades convencionais previstas na Lei nº 8.666/93,¹⁴⁶ devido ao excesso de formalismo que as caracteriza, não vinham atendendo satisfatoriamente ao princípio constitucional da eficiência, inserido na Constituição Federal de 1988 com a Emenda Constitucional nº 19/98.

¹⁴⁵ O pregão já havia sido instituído no âmbito da União pela MP nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, sem o caráter de norma geral, circunstância que gerou dúvidas sobre sua constitucionalidade, porquanto vedada a criação de outras modalidades, salvo se introduzidas por norma geral. Os questionamentos cessaram com a edição da Lei nº 10.520/02, cujas disposições foram expressamente estendidas a todos os entes federativos.

¹⁴⁶ Cumpre esclarecer que as modalidades previstas na Lei nº 8.666/93 não foram revogadas pela Lei nº 10.520/02, de maneira que continuam válidas, podendo ser adotadas nas licitações, observadas as condições para sua aplicação, inclusive na esfera interna de cada ente, ante as políticas instituídas de adoção preferencial da modalidade pregão para contratação de bens e serviços comuns.

A modalidade de pregão se assemelha à concorrência em termos de ampla participação e divulgação, de maneira que o legislador merece aplausos ao possibilitar o seu uso nas licitações para o registro de preços.

Ademais, o sistema de registro de preços guarda perfeita sintonia com a modalidade de pregão, pois ambos buscam racionalizar e simplificar o processo de contratação, representando medidas de boa governança,¹⁴⁷ para usar uma expressão utilizada pela doutrina.

A adoção da modalidade de pregão viabilizou, deu força e visibilidade ao registro de preços. Inegavelmente, sua implantação se intensificou com o uso do pregão, tendo também contribuído para essa materialização do instituto a estabilização monetária.

Diferentemente das modalidades convencionais, a adoção do pregão não é determinada pelo valor envolvido na contratação, mas pelo objeto. Assim, a modalidade de pregão é possível, segundo a Lei, somente para bens e serviços comuns.

Não vemos nisso uma limitação que poderia comprometer o registro de preços, porquanto esse instituto é vocacionado, sobretudo, para bens e serviços de uso frequente e contínuo, os quais, de regra, são dotados da natureza comum.

Em tópico específico deste estudo foram desenvolvidos os aspectos relacionados ao objeto do registro de preços, sua natureza, compreendendo as hipóteses legais e outras que vêm se firmando na jurisprudência e na doutrina.

Na impossibilidade de caracterizar o bem ou serviço com o atributo exigido pela lei, ou seja, comum, a Administração poderá valer-se da modalidade concorrência.¹⁴⁸ No registro de preços essa modalidade não é determinada em função do valor estimado da contratação, sendo uma condição legal, porquanto a licitação para registro de preços não se destina a uma contratação específica.

Ainda sobre a modalidade da concorrência, cumpre registrar que alguns entes federativos¹⁴⁹ editaram leis locais invertendo as fases do procedimento, que não mais se inicia pela habilitação, mas pelo exame das propostas, estabelecendo procedimentos bastante semelhantes aos do pregão.

¹⁴⁷ SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico**: sistema de registro de preços: manual de implantação, operacionalização e controle. 3. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2009, p. 424.

¹⁴⁸ No Estado de São Paulo essa exigência encontra-se prevista nos arts. 1º e 2º do Decreto nº 51.469/07.

¹⁴⁹ No Estado de São Paulo, a inversão de fases das modalidades convencionais encontra-se disciplinada pela Lei nº 13.121, de 7 de julho de 2008, regulamentada pelo Decreto nº 54.010, de 12 de fevereiro de 2009; no Município de São Paulo: Lei nº 14.145/2006; no Estado da Bahia: Lei nº 9.433/05; no Estado do Paraná: Lei nº 15.608/07.

A Lei editada pelo Estado de São Paulo foi questionada através de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4.116-9),¹⁵⁰ por entender-se que a matéria está afeta à disciplina de norma geral e, por isso, não pode ser regulada por lei local em desacordo com o previsto na Lei nº 8.666/93.

Não houve concessão de liminar na sobredita ação judicial, tampouco decisão de mérito, de modo que a Lei Estadual nº 13.121/08 encontra-se em vigor. Sua regulamentação pelo Decreto nº 54.010/09 estabelece a obrigatoriedade da inversão de fases nas licitações realizadas no âmbito da Administração direta e indireta, nas modalidades de concorrência, tomada de preços ou convite.

Portanto, no Estado de São Paulo, na hipótese de adoção da modalidade concorrência para registro de preços, devem ser observados os procedimentos ditados pelas normas locais sobre a inversão de fases.

5.8 Necessidade de fixação de quantitativos

A apuração das quantidades é requisito indispensável de planejamento, fator determinante para o sucesso ou fracasso do certame e da própria contratação pretendida.

A Lei nº 8.666/93 prevê que as unidades e quantidades devem ser definidas em função do consumo e utilização prováveis, com a aplicação de adequadas técnicas de estimação (art. 15, § 7º, II).

As compras e serviços podem ser divididos em parcelas, tantas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis para melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e maior competitividade, sem perda da economia de escala (art. 23, § 1º), sendo que cada parcela corresponderá a uma licitação distinta (§ 2º).

Em relação às compras, desde que os bens possuam natureza divisível e não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, será possível facultar aos licitantes a cotação de quantidade inferior à demandada, observando-se um quantitativo mínimo.

Identificadas as diretrizes legais, faremos a análise dos regulamentos da União, do Estado e do Município de São Paulo.

¹⁵⁰ Em pesquisa no Supremo Tribunal Federal, o último andamento data de 24/4/2010, constando a substituição do Relator, nos termos do art. 38 do RISTF. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2631917>. Acesso em: 16 ago. 2010.

O regulamento federal, Decreto nº 3.931/01, prevê a necessidade de adoção de uma série de providências para a apuração dos quantitativos, na hipótese de participação de vários órgãos e entidades no registro de preços.

O órgão gerenciador, responsável pela licitação, deve consultar os órgãos interessados em participar do certame, que informarão as suas necessidades. Os dados são consolidados pelo órgão gerenciador no tocante ao quantitativo individual e total a ser considerado para efeito de registro (art. 3º, II), havendo permissão para a subdivisão do total do item em lotes, se vantajosa, devendo ser considerada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços (art. 5º).

Quanto aos serviços, a subdivisão deve ser feita em função da unidade de medida adotada, com a observância da demanda específica de cada órgão ou entidade participante do certame, evitando-se a contratação, nesses casos, de mais de uma empresa para um mesmo serviço a ser executado na mesma localidade (parágrafo único, art. 5º).

Os regulamentos do Estado e do Município de São Paulo pouco diferem do regulamento federal, prevendo basicamente as mesmas providências para apuração do quantitativo, com possibilidade de subdivisão do objeto em lotes, embora nesse aspecto não haja muita precisão no regulamento municipal (art. 35, do Decreto nº 44.279/03).

Na licitação para o registro de preços não se exige que as quantidades sejam exatas, podendo ser estimadas, o que não significa possam ser estabelecidas de forma aleatória, pois é dever da Administração apurar com acuidade o consumo dos bens ou serviços com base em dados históricos ou em outro critério fixado.

Apurada com seriedade a quantidade e assegurado ao mercado acesso aos dados e critérios utilizados, os potenciais interessados em participar da licitação terão elementos para aferir sua expectativa de fornecimento, uma vez que a contratação não é obrigatória. Isso dará credibilidade ao sistema e o particular poderá apresentar propostas mais competitivas.

A transparência quanto aos métodos e critérios adotados para a apuração dos quantitativos transmite confiança aos particulares, o que pode estimular a participação no certame, uma vez que terão condições de estimar os riscos envolvidos nos futuros e eventuais fornecimentos.

No tocante à divisão do objeto ou das quantidades demandadas, considera-se item ou lote a parcela resultante do fracionamento. Esses termos possuem significados próprios que necessitam ser precisados.

A Lei nº 8.666/93 prevê duas hipóteses de fracionamento do objeto ou do quantitativo, identificadas por Marçal Justen Filho¹⁵¹ como fracionamento externo e interno.

No externo, as parcelas resultantes do fracionamento devem corresponder, cada qual, a uma licitação distinta. Entretanto, podem ser licitadas através de um único procedimento licitatório, hipótese em que cada parcela constituirá um item do certame.

Marçal Justen Filho assevera que as licitações por itens constituem praxe administrativa largamente utilizada e correspondem “a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos”.¹⁵²

Como são licitações distintas dentro de um mesmo procedimento, os interessados podem participar de um, de alguns ou de todos os itens. Concluída a licitação, cada um dos itens terá um vencedor e um preço registrado.

O fracionamento interno pode ocorrer quando admitida pela Administração cotação de quantidade inferior à demandada em relação a um determinado objeto. Nesse caso, a quantidade total estimada será dividida em lotes. O edital pode definir os lotes ou deixar que os licitantes coteiem de acordo com sua capacidade de fornecimento, observada uma quantidade mínima fixada.

A diferença entre o fracionamento externo e o fracionamento interno está em que, no primeiro, o objeto é dividido em partes e cada parcela corresponde a um objeto autônomo, que é licitado separadamente; no segundo, a divisão se dá em relação ao quantitativo, permanecendo íntegro o objeto. O item é referido à parcela do objeto e o lote à fração do quantitativo.

A opção pelo fracionamento interno pode representar um grande problema na hipótese de registro de preços único. Nesse caso, o licitante vencedor pode ser aquele que cotou o menor lote ou a quantidade mínima estabelecida no edital. Os demais licitantes, se desejarem participar do registro, terão que aderir ao preço do primeiro classificado, o que eventualmente pode não acontecer, frustrando a expectativa do registro, que ficará limitado à quantidade ofertada pelo licitante vencedor.

O registro de preço único está presente no regulamento da União e do Estado de São Paulo. No regulamento da União, essa regra comporta exceção, permitindo o registro de mais de um preço quando a quantidade do primeiro classificado não for suficiente para atender as

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 289-290.

¹⁵² *Ibidem*, p. 278.

demandas estimadas e o bem oferecido for de qualidade ou desempenho superior e os preços não superem o máximo admitido.

O Município de São Paulo, diferentemente, possibilita o registro de vários preços para o mesmo objeto em função da capacidade de fornecimento ou de outro critério julgado conveniente. Na hipótese de fracionamento interno (lotes), são registrados todos os preços até completar o quantitativo total, desde que em compatibilidade com o mercado.

O fracionamento interno e externo também pode ocorrer na hipótese de exigência de apresentação de proposta de preço diferenciada por região, favorecendo a participação no certame de empresas de pequeno porte e microempresas, estabelecidas em regiões carentes.

Marçal Justen Filho considera lícita a licitação com a participação somente dessas empresas sediadas em regiões carentes, pois a contratação administrativa possui uma função social, que visa reduzir desigualdades regionais:

Verifica-se, no caso, a conjugação de princípios. Assim, pode-se admitir licitação restrita à participação de ME e EPP sediadas em certas regiões, sem que isso configure violação ao princípio da Federação. A controvérsia poderia surgir porque a CF/88 veda, no art. 19, inc. III, a discriminação entre os brasileiros ou entre as próprias pessoas políticas. Essa vedação não é infringida na hipótese examinada porque se reconhece a ausência de condições das ME e EPP estabelecidas em regiões carentes de competir com aquelas que atuam em locais com maior índice de desenvolvimento econômico, social e tecnológico. O direcionamento das licitações configura-se como um meio de promover a intervenção do Estado nos domínios econômico e social, inclusive para cumprir ao desígnio constitucional da redução das desigualdades regionais e da eliminação da pobreza. É evidente, porém, que a validade dessa medida concreta dependerá da sua aptidão para realizar os fins e os princípios constitucionais.

[...]

A aplicação das preferências poderá gerar a ampliação dos gastos públicos. [...] A elevação dos gastos públicos não se configura, no caso, como infringente ao princípio da República porque se traduz em vantagens de diversa ordem para a Nação brasileira. Verifica-se a já referida função social ou extraeconômica da contratação administrativa, gerando efeitos satisfatórios e positivos para a sociedade.¹⁵³

Há outro aspecto que envolve a necessidade de fixação dos quantitativos. Trata-se da definição de quantidades mínima e máxima para as futuras e eventuais contratações. Incorreta a definição de quantidade mínima para a contratação, pois no registro de preços não há obrigatoriedade de contratar. Agindo dessa forma, a Administração pode criar uma falsa ideia de que estaria obrigada a contratar ao menos a quantidade mínima estabelecida. No tocante à

¹⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 88-89.

quantidade máxima estimada, faz-se necessária a sua fixação para possibilitar a formulação da proposta de preço e o controle das contratações decorrentes do registro de preços.

É recomendável a fixação de uma quantidade mínima para a entrega dos bens, a fim de evitar que o fornecedor seja obrigado a atender pedido cujo faturamento seja insuficiente para suportar os custos de transporte, com previsão de afastamento dessa condição sempre que prejudicial ao abastecimento e ao funcionamento regular do serviço público.

5.9 Ampla pesquisa de mercado

A exigência de ampla pesquisa de mercado como ato prévio à licitação para registro de preços constitui uma exigência legal prevista no artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.666/93.¹⁵⁴

A expressão “ampla pesquisa” requer uma reflexão sobre o seu sentido, porquanto há certa vagueza na determinação de seu sentido. A amplitude pode relacionar-se ao contingente de fornecedores do objeto desejado pela Administração.

Há casos em que o tal bem possui um contingente amplo de fornecedores e há casos em que o universo é restrito. A pesquisa, para ser ampla, requer a consulta ao universo existente de fornecedores. Portanto, se houver apenas três fornecedores e se todos forem consultados, a pesquisa terá sido ampla. Se, porém, existirem trinta fornecedores e apenas três deles forem consultados, o requisito legal da ampla pesquisa não terá sido atendido.

A falta de consulta à totalidade dos potenciais fornecedores do bem desejado pela Administração deve ser justificada nos autos do processo licitatório, com a demonstração da sua impossibilidade ou desnecessidade/inconveniência, conforme o caso.

Desse modo, a fixação de um número determinado para caracterizar a “ampla pesquisa” pode mostrar-se desfavorável ao interesse público, até porque certos seguimentos de mercado tendem a se ampliar continuamente. A fórmula genérica propicia maior elasticidade em face do caso concreto, de modo que os parâmetros seriam ditados pelo princípio da razoabilidade.

Seria desejável o estabelecimento de critérios ou de uma metodologia para a realização da pesquisa, pois é comum a Administração valer-se de cotações de preços de varejo para

¹⁵⁴ “Art. 15. As compras, sempre que possível e conveniente, deverão: I – [...]; II – ser processadas através de sistema de registro de preços, precedido de ampla pesquisa de mercado; [...].”

orçar o valor referencial, base para o julgamento das propostas ofertadas na licitação para registro de preços.

Na hipótese de registro de preços de medicamentos, por exemplo, não se pode considerar suficiente a pesquisa dos preços da tabela que os estabelecimentos farmacêuticos utilizam para o consumidor final. Esses são preços unitários de varejo que não retratam o comportamento do mercado em grande escala de consumo, como ocorre no registro de preços.

Nas licitações para registro de preços a pesquisa, além de ampla, deve ser realizada com a adoção de métodos que permitam aferir a realidade do mercado para a quantidade estimada de fornecimento.

Edgar Guimarães manifesta preocupação com a questão da metodologia aplicada à pesquisa e alerta para o cuidado de não se comparar “um Fusca com uma BMW”, ressaltando que se deve cotejar objetos de mesma natureza, qualidade e quantidade.¹⁵⁵

Além da pesquisa de preços prévia à licitação, concluída a licitação, novas pesquisas devem ser realizadas para aferir a compatibilidade dos preços registrados com os praticados no mercado, com a publicação trimestral dos preços válidos. Essa providência, de regra cometida ao órgão gerenciador, não dispensa a aferição pelo órgão participante, através do gestor do contrato, da vantagem da contratação efetivada pelo registro de preços, mediante pesquisa de preços. Nesse sentido o regulamento federal e o regulamento do Estado de São Paulo.¹⁵⁶

O Município de São Paulo previa em seu regulamento o acompanhamento da evolução dos preços registrados e sua publicação mensal, dispensando a realização da pesquisa de preços previamente à celebração dos contratos decorrentes do registro de preços. Exigia, apenas, que a unidade contratante juntasse ao processo administrativo cópia do resultado da pesquisa realizada pelo órgão gerenciador.¹⁵⁷

Todavia, esse procedimento foi alterado¹⁵⁸ e o Município de São Paulo passou a exigir a pesquisa prévia à celebração dos contratos decorrentes do registro de preços, embora mantida a publicação mensal dos preços registrados.

¹⁵⁵ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços**: aspectos práticos e jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 55.

¹⁵⁶ No âmbito federal, o Decreto nº 3.931/01, art.3º, § 2º, II. No âmbito do Estado de São Paulo, o Decreto nº 47.945/03, art. 7º, II.

¹⁵⁷ Arts. 32 e 34 do Decreto n. 44.279/03, com a redação dada pelo Decreto n. 46.662/05, c.c. art. 8º, parágrafo único da Portaria SMG n. 125//05. Disponível em: <http://www.3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra...>. Acesso em: 03 maio. 2007.

¹⁵⁸ Decreto nº 50.605/09 e Portaria 167/SMG-G/2009. Disponível em: <http://www.3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra...>. Acesso em: 08 set. 2010.

É justificável a preocupação com a lisura e com a economicidade para a Administração; porém, essa prática burocratiza os procedimentos de contratação pelo sistema de registro de preços e retira desse instituto a agilidade que ele, potencialmente, pode propiciar às contratações públicas. Há que se pensar em metodologias de pesquisa que, realizadas periodicamente pelo órgão gerenciador, sejam aptas a revelar que os preços registrados permitem contratações econômicas pela Administração, liberando o órgão participante desse encargo.

5.10 Reserva orçamentária

Como já consignado nas considerações expendidas no item 5.2.3 deste estudo, deixamos consignado que a licitação para registro de preços, por não gerar necessariamente um contrato, mas apenas o registro do preço e o estabelecimento de condições para futuras e eventuais contratações, não precisa de disponibilidade de recursos para iniciar a licitação, sendo suficiente a devida previsão orçamentária. Desse modo, não vemos necessidade de abordar esse assunto novamente.

5.11 Manifestação do órgão jurídico

O parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93 determina a obrigatoriedade da prévia análise pela assessoria jurídica das minutas de editais e de contratos (ou instrumentos similares).

A regra destina-se a evitar a descoberta tardia de defeitos, com consequências desastrosas para o interesse público. A aprovação pela assessoria jurídica não é formalidade que se exaure em si mesma; por isso, se o edital e as minutas de contratação forem perfeitos e não possuírem irregularidades, a ausência de prévia aprovação da assessoria jurídica não acarreta a invalidação da licitação. Nessa hipótese, o descumprimento da regra do parágrafo único configura apenas a responsabilidade funcional para os agentes que deixaram de atender à formalidade.

Os administradores públicos, em geral, veem nessa exigência legal um fator de morosidade dos processos de contratação pública; porém, a eficiência nos negócios públicos ou a falta dela não pode ser imputada a uma única etapa do procedimento, impondo-se a análise global da problemática. De todo modo, é indiscutível que o exame dos instrumentos jurídicos demanda tempo e o número de advogados públicos é insuficiente para atender toda Administração.

Cabe à advocacia pública uma postura pró-ativa no sentido da formulação de propostas de informatização de todo processo licitatório, desde a fase preparatória, além de contribuir com a elaboração de minutas padronizadas de editais, contratos e instrumentos similares, contendo dispositivos de segurança que não permitam aos agentes públicos alterar sua estrutura jurídica, mas apenas inserir dados específicos da contratação almejada.

O volume de negócios realizados pelo Poder Público não comporta o exame individualizado dos instrumentos, que deveria se restringir a casos especiais. A racionalização do trabalho é um imperativo e a atuação da advocacia pública deve se inserir nesse contexto, em prol de uma atividade administrativa que atenda ao interesse público.

O Tribunal de Contas da União já se pronunciou sobre a validade de utilização de minutas-padrão:

A despeito de haver decisões do TCU que determinam a atuação da assessoria jurídica em cada procedimento licitatório, o texto legal — parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93 — não é expresso quanto a essa obrigatoriedade. Assim, a utilização de minutas-padrão, guardadas as necessárias cautelas, em que, como assevera o recorrente (fl. 8/9 do anexo 1), limita-se ao preenchimento das quantidades de bens e serviços, unidades favorecidas, local de entrega dos bens ou prestação dos serviços, sem alterar quaisquer das cláusulas desses instrumentos previamente examinados pela assessoria jurídica, atende aos princípios da legalidade e também da eficiência e da proporcionalidade.¹⁵⁹

A informatização completa do procedimento licitatório, incluindo a fase preparatória, com a adoção de instrumentos padronizados (edital, contrato e instrumentos similares), se impõe com muito mais força no registro de preços, pois ele concretiza o princípio da eficiência.

¹⁵⁹Acórdão nº 1.504/2005, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União no processo TC-001.936/2003-1, Min. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxi>>. Acesso em: 05 set. 2010.

No Estado de São Paulo é possível realizar a licitação para o registro de preços adotando a forma eletrônica do pregão.¹⁶⁰ Trata-se de um passo importante na informatização que se impõe para a totalidade das fases do processo licitatório.

A Administração deve, igualmente, desenvolver sistemas informatizados que permitam controlar os preços registrados e sua utilização pelos órgãos participantes, conforme determina a Lei nº 8.666, no art. 15, § 5º. A expressão “sempre que possível”, contida nesse dispositivo, perdeu totalmente o sentido no estágio atual de evolução tecnológica.

Essas medidas asseguram agilidade e transparências aos atos administrativos e permitem ao cidadão exercer o controle dos preços e impugná-los quando em desacordo com os praticados no mercado, como autorizado por lei.¹⁶¹

5.12 Tipo: menor preço e técnica e preço

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 45, § 1º, estabelece cinco tipos de licitação: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta, aplicáveis a todas as modalidades, exceto para a modalidade concurso.

Edgar Guimarães assevera que a escolha ou definição de um tipo de licitação deve considerar a situação concreta e levar em conta o seguinte: “(i) a disposição legal, constando se há ou não imposição de adotar este ou aquele tipo; (ii) natureza do objeto a ser licitado; (iii) finalidade da licitação”.¹⁶²

No pregão, o tipo será sempre o menor preço, por imperativo legal, de maneira que, se adotada essa modalidade na licitação para registro de preços, o critério de julgamento será necessariamente o menor preço.

No que tange à concorrência nas licitações para registro de preços, pode haver dúvidas sobre qual critério adotar, porquanto a Lei nº 8.666/93 não definiu um tipo específico para as licitações que tenham por finalidade o registro de preços.

¹⁶⁰ Há informação no site da Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo – BEC sobre as novas funcionalidades do pregão eletrônico para o registro de preços. Disponível em: <www.bec.sp.gov.br/Publico/BEC_Portal_WUC/Noticias/UI_Noticia.aspx?ID_NOTICIA=446>. Acesso em: 05 de set. 2010.

¹⁶¹ Art.15, § 6º, da Lei nº 8.666/93.

¹⁶² GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação para registro de preços**: aspectos práticos e jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 60.

A solução foi remetida para a esfera regulamentar, o que ensejou tratamentos distintos da matéria. No âmbito federal, o Decreto nº 3.931/01¹⁶³ adota, como regra, o tipo menor preço e, excepcionalmente, o tipo técnica e preço, mediante despacho fundamentado da autoridade máxima do órgão ou entidade.

No Estado de São Paulo, o Decreto nº 47.945/03¹⁶⁴ admite somente o tipo menor preço, inclusive para a modalidade concorrência. No Município de São Paulo, não há definição regulamentar do tipo aplicável nas licitações para registro de preços, cabendo ao administrador público analisar a situação concreta e escolher o tipo levando em conta a natureza do objeto, a finalidade da licitação e eventual impedimento de adoção de um ou outro tipo.

A propósito da possibilidade de adoção do tipo técnica e preço, contida no regulamento federal, Edgar Guimarães faz as seguintes ressalvas:

A licitação para registro de preços somente poderá ser do tipo técnica e preço se (i) a modalidade for concorrência; (ii) o objeto se referir a bem ou serviço de informática, nos termos do § 4º do artigo 45 da Lei n. 8.666/93, ou a serviço de natureza predominantemente intelectual, consoante disposição do artigo 46 da Lei n. 8.666/93; (iii) houver despacho fundamentado da autoridade máxima do órgão ou entidade. Em outras palavras, não existe possibilidade jurídica de se instaurar licitação na modalidade concorrência, tipo técnica e preço, objetivando, por exemplo, registrar preços para material de expediente, peças de veículos, pneus.¹⁶⁵

No tocante a bens ou serviços de informática, cumpre registrar que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo pacificou o entendimento no sentido de possibilitar a licitação pelo menor preço quando o objeto envolve tecnologia de domínio das empresas especializadas e obedece a determinados padrões de execução e desempenho, passíveis de articularem-se como requisito da correspondente aceitabilidade.¹⁶⁶

Essa a orientação também presente na doutrina, o que se confere pela lição de Marçal Justen Filho:

[...] os bens e serviços de informática podem ser distinguidos em duas categorias fundamentais. Há os padronizados, disponíveis facilmente no mercado, e há os dotados de peculiaridades e especificidades. [...] é

¹⁶³ Art. 3º, § 1º.

¹⁶⁴ Art. 8º.

¹⁶⁵ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação para registro de preços**: aspectos práticos e jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 61-62.

¹⁶⁶ Nesse sentido TC-13844/026/04, TC-747/007/04, TC-17948/026/05, TC-18770/026/06, TC-18680/026/05, e TC-35242/026/07. PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações públicas**: comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 134-135.

perfeitamente possível encontrar equipamentos de informática à venda em supermercados e lojas não especializadas. [...] essa espécie de bens e serviços não demanda licitação de técnica e preço [...].¹⁶⁷

Convém analisar, por último, um peculiar critério adotado no regulamento federal¹⁶⁸ — o de julgamento pelo maior desconto sobre a tabela de preços praticados no mercado, quando a licitação para registro de preços se destinar à contratação futura e eventual de peças de veículos, medicamentos, passagens aéreas, manutenções e outros similares.

Nesse caso, não se trata de um tipo de licitação, mas de um critério estabelecido dentro do tipo menor preço, pois o maior desconto será necessariamente o menor preço a ser pago pela Administração. Necessária a previsão expressa dessa regra no edital e, além disso, a tabela de preços deve constituir anexo obrigatório do edital para possibilitar a objetividade exigida no julgamento das propostas.

5.13 Registro de preço único e de vários preços

O registro de um único preço ou de vários é matéria controvertida que não se encontra disciplinada na lei geral de licitações, com tratamento apenas em sede regulamentar pelos entes federativos.

O regulamento federal (Decreto nº 3.991/2001 e alterações posteriores) optou pelo registro de preço único, prevendo a possibilidade de registro de vários fornecedores ao preço do primeiro colocado, mas excepciona o critério quando a quantidade do primeiro colocado não for suficiente para as demandas estimadas, admitindo nessa hipótese o registro de outros preços, desde que o objeto apresente qualidade ou desempenho superior e represente vantagem, que deve ser justificada e comprovada, e, além disso, as ofertadas devem ser de valor inferior ao máximo fixado.¹⁶⁹

¹⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 621.

¹⁶⁸ Art. 9º, § 1º, do Decreto nº 3.931/2001.

¹⁶⁹ “Art. 6º 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, observando-se o seguinte:

[...]

Parágrafo único. Excepcionalmente, a critério do órgão gerenciador, quando a quantidade do primeiro colocado não for suficiente para as demandas estimadas, desde que se trate de objetos de qualidade ou desempenho superior, devidamente justificada e comprovada a vantagem, e as ofertas sejam em valor inferior ao máximo admitido, poderão ser registrados outros preços.”

O Estado de São Paulo seguiu, em parte, os passos do regulamento federal, prevendo a possibilidade de registro de vários fornecedores ao preço do primeiro colocado, sem nenhuma exceção à regra. A disciplina encontra-se estatuída no art. 11 do Decreto nº 47.945/03 e alterações posteriores.¹⁷⁰

Solução diversa adotou o Município de São Paulo, que admite registro de vários preços para o mesmo objeto em função da capacidade de fornecimento ou de outro critério julgado conveniente, condicionando essa medida à previsão no edital com estipulação das condições das futuras contratações. É o que prevê o art. 35 do Decreto nº 44.279/03 e alterações posteriores.¹⁷¹

A adoção de um ou outro critério envolve questionamentos de ordem legal e de ordem prática. No plano da legalidade, há quem sustente que a opção pelo preço único decorre da interpretação sistemática que se faz da Lei nº 8.666/9, notadamente do disposto no art. 64, § 2º, combinado com o art. 24, XI.¹⁷²

Entendemos que o art. 64, § 2º, nas condições que especifica, faculta a contratação de licitantes remanescentes pelo preço do primeiro classificado, bem como que idêntica diretriz encontra-se no art. 24, XI, que admite a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em razão de rescisão contratual, nas mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor.

Assim, sustentamos que, por coerência, na licitação para registro de preços somente é possível o registro dos fornecedores remanescentes que concordarem com o fornecimento nas mesmas condições da proposta vencedora.

Não obstante, reconhecemos que a melhor interpretação é a que leva em consideração as peculiaridades do sistema de registro de preços, que tem por finalidade formar um cadastro de preços e de fornecedores, precedido de licitação, para dar mais agilidade às contratações, evitando situações de desabastecimento. A existência de número maior de fornecedores

¹⁷⁰ “Art. 11. Ao preço do primeiro colocado serão registrados tantos fornecedores de bens ou prestadores de serviços quantos concordarem, respeitadas as quantidades oferecidas em cada proposta.”

¹⁷¹ “Art. 35. Poderão ser registrados vários preços para o mesmo objeto em função da capacidade de fornecimento ou de outro critério julgado conveniente, desde que previsto no instrumento convocatório, que estabeleça as condições para as futuras contratações.”

¹⁷² “Art. 64 [...]. §2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.”

“Art. 24 [...]. XI – na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;”

registrados evitaria situações difíceis à Administração, quando verificada a impossibilidade de fornecimento pelo primeiro colocado.

Assim, a regra estatuída no artigo 64, § 2º, tem aplicação somente às licitações comuns, assim entendidas aquelas que se destinam a viabilizar uma contratação específica. É de se observar que as licitações comuns, quando realizadas sob a modalidade pregão, não se sujeitam a essa regra. A legislação que criou essa nova modalidade não reproduziu tal dispositivo, no que andou muito bem.

Na modalidade de pregão, o segundo classificado é chamado e examina-se a aceitabilidade do preço por ele ofertado; não se exige adesão ao preço do primeiro classificado.

Essa sistemática tem funcionado bem, o que afasta eventual alegação de que a Administração ficaria refém do autor da segunda proposta na hipótese de desistência do primeiro colocado, como se fosse possível aceitar proposta com preços incompatíveis com os praticados no mercado.

Assim, não há impedimento jurídico de se proceder ao registro de vários preços. Se na modalidade concorrência se chega a essa conclusão por interpretação finalística, na modalidade pregão tal recurso sequer é exigido, em face do procedimento que a informa, que não se compatibiliza com a regra estatuída no art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Do ponto de vista operacional, verifica-se o desastre da opção de preço único presente nos regulamentos da União e do Estado de São Paulo, notadamente quando a licitação para registro de preços se faz mediante fracionamento interno do quantitativo, vale dizer, quando se admite cotação de quantidade inferior ao total demandado, respeitada a cotação mínima fixada no edital.

Essa situação difere daquela em que se pretende ter opções sucessivas para o mesmo fornecimento, lançando-se mão da segunda se falhar a primeira. Na hipótese a ser tratada, os fornecimentos são distintos, porquanto decorrentes de cotações de quantidades fracionadas.

Imagine-se uma situação em que a Administração prevê que consumirá 12.000 unidades no período de validade do registro, que é de 12 meses, possibilitando cotações de quantidades inferiores, mas observado um quantitativo mínimo de 1.000 unidades. Outra opção seria subdividir o total em lotes, de modo que as cotações seriam apresentadas em quantidades pré-determinadas pela Administração.

Na primeira hipótese, determinado licitante optará por cotar a quantidade mínima fixada cujo preço será o menor ofertado no certame. Os demais licitantes terão cotado quantidades superiores. Se o critério for o de preço único, os demais licitantes serão

indagados sobre a aceitação em fornecer pelo preço do primeiro classificado. Se não aceitarem, o que lhes é facultado, a Administração concluirá a licitação e registrará preço para fornecimento de apenas 1.000 unidades, quando seu consumo presumido é de 12.000 unidades. O resultado será o fracasso da licitação para registro de preços, com sérios prejuízos ao interesse público.

Na segunda hipótese, desnecessário exemplificar, pois se chega facilmente à mesma conclusão por simples raciocínio.

Importante esclarecer que a possibilidade de os licitantes indicarem em suas ofertas as quantidades que pretendem fornecer deve estar prevista no edital, que fixará a quantidade mínima a ser observada. Essa a regra vigente para o fracionamento interno, consoante o previsto no art. 23, § 7º, da Lei nº 8.666/93.

O regulamento federal, pretendendo contornar o inexorável fracasso do critério de preço único na hipótese analisada, admite, excepcionalmente, o registro de vários preços; porém, o faz mediante condições de legalidade duvidosa: estabelece a possibilidade de registro de outros preços para completar a demanda estimada, quando insuficiente a oferta do primeiro classificado. Nesse caso, o objeto deverá apresentar qualidade ou desempenho superior ao do primeiro classificado e representar comprovada vantagem, e, além disso, os preços não poderão ser superiores ao máximo fixado para o julgamento das propostas.¹⁷³

Essas condições extrapolam os limites regulamentares e acarretam tratamento diferenciado, discriminatório, além de ensejar julgamento subjetivo.

Há um último aspecto a considerar na hipótese de preço único, que se relaciona com a fase de habilitação. Definido o preço e declarado o vencedor do certame, os demais licitantes devem ser consultados sobre o interesse em aderir ao preço do primeiro colocado. Havendo interessados, deve-se proceder ao exame dos seus documentos de habilitação e, se estiverem em conformidade com as exigências do edital, serão registrados.

Recomendável que os editais estabeleçam essa providência, pois, na hipótese de cancelamento do registro do primeiro colocado, o órgão gerenciador pode convocar os demais pela ordem de classificação, para o fornecimento das quantidades restantes. Nesse caso, o segundo colocado poderá ser contratado, pois suas condições de habilitação já foram examinadas.

Se o preço — único registrado — estiver em desalinho com os praticados no mercado, o primeiro colocado será chamado para negociar; frustrada a negociação, os demais

¹⁷³ Art. 6º, parágrafo único, do Decreto nº 3.931/01.

fornecedores registrados serão convocados para idêntica providência e a contratação somente será efetivada com aquele que concordar em reduzir o preço.

5.14 Adjudicação

A adjudicação constitui uma das fases da licitação e por ela se atribui o objeto ao vencedor.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que a adjudicação corresponde ao “ato pelo qual o primeiro classificado é definido como futuro contratante e convocado para travar o vínculo” ou “ato pelo qual é selecionado o proponente que haja apresentado proposta havida como satisfatória”.¹⁷⁴

Maria Sylvia Zanella di Pietro, de sua parte, registra:

[...] é o ato pelo qual a Administração, pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação.

É o ato final do procedimento.

Trata-se de ato declaratório que não se confunde com a celebração do contrato, pois, por meio dele, a Administração proclama que o objeto da licitação é entregue ao vencedor. Depois de praticado esse ato é que a Administração vai convocá-lo para assinar o contrato.

Trata-se de ato vinculado, já que as únicas hipóteses em que a Administração pode deixar de efetuar a adjudicação são as de anulação ou revogação do procedimento, conforme previsto no art.49 da Lei n. 8.666/93. A anulação ocorrerá em caso de ilegalidade, e a revogação, em caso de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado.¹⁷⁵

Hely Lopes Meirelles considera adjudicação

[...] o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação, para a subsequente efetivação do contrato administrativo. É o ato constitutivo do direito do licitante a contratar com a Administração, quando esta se dispuser a firmar o ajuste. A adjudicação, como ato constitutivo de direitos e obrigações, produz seus efeitos jurídicos desde o momento em quem o julgamento for homologado e a adjudicação determinada pela autoridade competente.

São efeitos jurídicos da adjudicação: a) a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e

¹⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 578 e 580.

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo. Atlas, 2010, p. 400.

aos prometidos na sua proposta; c) a sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e à perda de eventuais garantias oferecidas, se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidos; d) o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com qualquer outro que não seja o adjudicatário; e) a liberação dos licitantes vencidos dos encargos da licitação.¹⁷⁶

Tratando-se de licitação para registro de preços, o tema é controvertido, havendo posições favoráveis e contrárias à adjudicação.

J. C. Mariense Escobar admite a adjudicação na licitação para registro de preços, entendendo que o “adjudicatário do certame de registro de preços” tem assegurado o direito de concretizar a contratação do objeto obtido através de licitação específica para o qual haja preço registrado, em igualdade de condições. E esclarece:

[...] ao facultar a utilização de outros meios, a Lei Federal acrescenta, “respeitada a legislação relativa às licitações”. Para respeitá-la, pois, imprescindível observar um dos mais importantes direitos do licitante: o de não ser preterido.

Nem poderia ser de outro modo, uma vez que, pela adjudicação do preço unitário com o qual o proponente sagrou-se o vencedor da concorrência operou-se, em seu favor, com o dever de sustentar a proposta e firmar o contrato, o direito de não ser preterido caso a Administração viesse a contratar.¹⁷⁷

Eliana Goulart Leão, diversamente, afirma inexistir esse ato na licitação para registro de preços, e argumenta:

Ao fim da concorrência que antecede a ata de registro de preços, porém, não existe nenhum vínculo entre o objeto e a primeira classificada e, muito menos, as outras propostas de ordenação subsequente que também tiverem seus preços registrados, porque, se a Lei permite à Administração não comprar dos fornecedores com preços registrados em ata e se utilizar de outros meios para a aquisição, entre os quais, até mesmo uma nova licitação, é evidente que, no procedimento licitatório realizado para registro de preços, não pode ser praticado o ato de adjudicação, vinculando o objeto do certame à licitante que apresentou a proposta classificada em primeiro lugar. Se assim fosse, necessariamente, só seria passível de registro, o valor da oferta classificada em primeiro lugar na concorrência, e o Poder Público seria obrigado a adquirir o objeto somente da empresa que a tivesse apresentado, em virtude do vínculo entre eles estabelecido pela adjudicação.^{178 179 180}

¹⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 221-222.

¹⁷⁷ ESCOBAR, J. C. Mariense. **O sistema de registro de preços nas compras públicas: teoria e prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 40-41.

¹⁷⁸ LEÃO, Eliana Goulart. **O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações**. Campinas: Bookseller, 1996, p. 53.

A questão não é de solução fácil; porém, entendemos que a obrigação imposta à Administração de observar o direito de preferência, em igualdade de condições com terceiros, produz os mesmos efeitos da adjudicação, a qual, vale registrar, não tem o condão de impor a contratação à Administração, e isso em qualquer licitação; no registro de preços, a lei apenas cuidou de expressar essa regra.

É lícito afirmar que o objeto se vincula ao titular do preço registrado apenas em condições de igualdade com terceiros. Optando a Administração pela instauração de nova licitação e obtidas condições iguais às do registro de preços, a contratação do objeto não poderá se efetivar, pois estará vinculado ao titular do registro.

Sobre a instauração de licitação no período de validade do registro de preços, bastante esclarecedora a posição adotada por Marçal Justen Filho que assevera que “apenas se promove a licitação depois da recusa do fornecedor registrado em reduzir seus preços. Essa recusa gera duas conseqüências. Uma delas é a extinção do registro, a outra é a instauração de uma licitação específica para aquele item”.^{181 182}

Pelas razões expendidas, não há óbice jurídico à prática do ato de adjudicação na licitação realizada para o registro de preços.

5.15 Reajuste e Revisão dos preços registrados

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 15, § 3º, inc. II, prevê, de forma expressa, a atualização dos preços registrados. Ademais, constituindo o registro de preços uma relação jurídica

¹⁷⁹ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 80.

¹⁸⁰ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação de registro de preços: comentários ao Decreto 3.931 de 19 de setembro de 2001**. 2. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2008, p. 104.

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 213.

¹⁸² Pressupondo que a faculdade de uso de outros meios mencionada no §4º do art. 15 da Lei nº 8.666/93 tenha conferido a alternativa de promover licitações autônomas no período de validade do registro de preços, Marcelo Palavéri assevera que “o uso dessa faculdade deve ser justificado” e que poderá ser invocada apenas para atendimento de situações específicas e excepcionais. (PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações públicas: comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 483).

obrigacional de caráter normativo, possível o reajuste¹⁸³ e a revisão¹⁸⁴ dos preços, com aplicação subsidiária das regras atinentes aos contratos administrativos.

Embora se reconheça a possibilidade de reajuste, sua incidência no registro de preços é objeto de discussão face ao seu prazo de validade de, no máximo, um ano, uma vez que é vedada a possibilidade de concessão de reajuste para contratos com prazo igual ou inferior a um ano.

Cumprir examinar a questão à luz do art. 40, inc. XI, da Lei nº 8.666/93,¹⁸⁵ que fixa a periodicidade do reajuste a contar da “data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir”.

Desde que estabelecido o termo inicial da data da apresentação da proposta, entre essa data e o início da validade do registro haverá um interregno superior a um ano, ensejando o reajuste dos preços, se previsto no edital, com a fixação dos respectivos índices, que devem retratar a variação efetiva do custo de produção ou índices específicos ou setoriais.

Nesse caso, todavia, se os preços se elevarem a patamares superiores aos de mercado, concomitantemente deverá ser deflagrada a negociação com o detentor do preço registrado visando sua redução. Frustrada a negociação, o registro desse fornecedor deverá ser rescindido e, se existentes, chamados os demais para negociação.

Portanto, na hipótese aventada, o reajuste e revisão ocorrem simultaneamente, porquanto não se admite a manutenção de preços registrados em dissonância com os praticados no mercado.

A revisão é, assim, obrigatória para realinhamento dos preços quando superiores aos praticados no mercado. Controvertida, porém, é a revisão para majoração dos preços visando readequá-los aos patamares do mercado, quando verificado evento superveniente imprevisível que impossibilite o cumprimento das obrigações pelo particular detentor dos preços registrados.

Os regulamentos da União¹⁸⁶ e do Estado de São Paulo¹⁸⁷ optaram, nessa hipótese, pela desoneração do particular, liberando-o das obrigações assumidas no registro de preços,

¹⁸³ Marçal Justen Filho ensina que o reajuste de preços “Trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias. Usualmente, reputa-se que o reajuste somente poderá ser admitido se previsto no ato convocatório e no instrumento contratual”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 791).

¹⁸⁴ “Reserva-se expressão ‘revisão’ de preços para os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada. Envolve a alteração dos deveres impostos ao contratado, independentemente de circunstâncias meramente inflacionárias”. (Ibidem, p. 790).

¹⁸⁵ “Art. 40 – O edital conterá [...] 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.”

¹⁸⁶ Decreto nº 3.931/01, art. 12, § 3º.

sem aplicação de penalidade. O Município de São Paulo¹⁸⁸ optou por solução diversa, admitindo a revisão mesmo que importe majoração dos preços.

Considerando que a revisão constitui um procedimento complexo e moroso, que pode causar uma série de embaraços e comprometer a eficiência de que se reveste o registro de preços, a solução adotada nos regulamentos da União e do Estado de São Paulo se mostra mais adequada.¹⁸⁹ Nesse sentido, embora juridicamente viável, pelos inconvenientes que ocasiona, a revisão, quando importar em majoração dos preços, deve ser evitada.

5.16 Cancelamento do registro de preços

Os regulamentos da União¹⁹⁰ e do Estado de São Paulo¹⁹¹ estabelecem a possibilidade de cancelamento do registro do fornecedor e dos preços, caracterizando duas situações distintas, porquanto na primeira, havendo outros fornecedores registrados, a Administração poderá convocá-los, observada a ordem de classificação, mantendo em operação o sistema de registro de preços; na segunda, o registro de preços deixará de existir.

Dentre as hipóteses de cancelamento, importa destacar a motivada por razões de interesse público, prevista no regulamento federal,¹⁹² evidenciando, conforme visto no capítulo 3, a submissão do sistema de registro de preços ao regime jurídico de direito público.

O cancelamento do registro de preços pode também ocorrer por solicitação do fornecedor, na ocorrência de fato superveniente que impossibilite o cumprimento das obrigações decorrentes do registro de preços. Nesse caso, o registro de preços poderá ser mantido se houver outros fornecedores registrados.

Marçal Justen Filho, analisando a hipótese de cancelamento motivado pela recusa do fornecedor em reduzir seus preços, quando comprovadamente superiores aos praticados no mercado, entende que se trata, na verdade, de revogação do registro de preços.¹⁹³

¹⁸⁷ Decreto nº 47.945/03, art. 19.

¹⁸⁸ Decreto nº 49.286/08, art. 12.

¹⁸⁹ Joel de Menezes Niebuhr adota posição crítica em relação à solução adotada pela União de liberar o titular do registro das suas obrigações, na hipótese descrita no § 3º do art. 12 do Decreto nº 3.931/01. NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 103-105.

¹⁹⁰ Decreto nº 3.931/01, art. 13.

¹⁹¹ Decreto nº 47.945/03, arts. 18 e 19.

¹⁹² Art. 13, IV do Decreto nº 3.931/01.

¹⁹³ “Este dispositivo (leia-se: art.15,§2º, inc.II do Decreto Federal n. 3.931/01) determina que, verificando a disparidade entre os preços de mercado e os registrados, a Administração deverá convocar o fornecedor registrado para que reduza seus preços. Se ele a tanto se recusar, será extinto (por revogação, presume-se) o

Eliana Goulart Leão, de forma diferente, aborda o cancelamento em relação à ata de registro de preços e entende que, por analogia, essa providência se enquadra nas hipóteses de rescisão dos contratos em geral, previstas nos arts. 77 a 79 da Lei nº 8.666/93.^{194 195}

O registro de preços, conforme visto no capítulo 3, possui natureza contratual caracterizada como relação jurídica bilateral normativa. Nesse sentido, assentimos com Eliana Goulart Leão no sentido de que as hipóteses de cancelamento importam rescisão do registro de preços, que deve ser precedida das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, consoante previsto no art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

5.17 Acréscimos dos quantitativos registrados

A questão relativa aos acréscimos dos quantitativos registrados tem suscitado debate doutrinário.

Joel de Menezes Niebuhr ensina que as “As alterações quantitativas afetam a dimensão do objeto, para o efeito promover acréscimo ou supressão”,¹⁹⁶ entendendo que “a ata de registro de preços pode sofrer aditivos de acordo com os parâmetros e limites preceituados em lei para os contratos, enfeixados no artigo 65 da Lei n. 8.666/93”.¹⁹⁷ Adverte o autor:

[...] não é permitido aditar a ata de registro de preços em 25% (vinte e cinco por cento) e o contrato noutros 25% (vinte e cinco por cento), desenhando-se aditivo sobre aditivo, espécie de duplo aditamento que não se compatibiliza com o princípio

registro de preços. Embora a redação esdrúxula (‘...o fornecedor será liberado do compromisso assumido’), supõe-se que se produzirá a revogação do registro daquele preço.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.213).

¹⁹⁴ “O cancelamento da ata de registro de preços, considerada esta em seu aspecto de instrumento unilateral obrigacional, também se enquadra, embora por analogia, nas hipóteses previstas nos arts. 77 a 79 da Lei das Licitações, para a rescisão dos contratos em geral, apesar de ausente, no instrumento de registro, a bilateralidade e contraprestacionalidade característica destes últimos”. (LEÃO, Eliana Goulart. **O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações**. Campinas: Bookseller, 1996, p.87).

¹⁹⁵ Benedicto de Tolosa Filho e Renata Fernandes de Tolosa Payá também se posicionam no sentido de entender “cancelamento” como “rescisão”: “Na verdade, o regulamento se serve de expressão imprópria ao designar a ruptura do vínculo materializado pela ata de registro de preços, uma vez que os casos elencados ensejam a rescisão unilateral por parte da Administração Pública, com suporte no art. 79, I, da Lei n. 8.666/93, e da referida ata, que embora atípica deve ser considerada como uma espécie de contrato administrativo.” (TOLOSA FILHO, Benedicto de; PAYÁ, Renata Fernandes de Tolosa. **Entendendo, implantando e mantendo o sistema de registro de preços**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 1999, p. 50).

¹⁹⁶ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 94.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 100.

da proporcionalidade. [...] É permitido aditar a ata de registro de preços e o contrato desde que o total não ultrapasse, em regra, 25% (vinte e cinco por cento) do objeto licitado e consignado inicialmente na ata de registro de preços.¹⁹⁸

Marçal Justen Filho, de sua parte, afirma que “Atingido o limite de uma tonelada [no exemplo por ele considerado], exaure-se o registro de preços e torna-se juridicamente vedado realizar qualquer outro contrato — ressalvada a hipótese de modificação quantitativa de até 25% do valor do registro”.¹⁹⁹ Com isso, parece indicar sua posição contrária ao acréscimo incidente sobre o registro de preços, admitindo-o apenas em relação aos contratos dele decorrentes.

Importante ter presente que o acréscimo quantitativo se destina a atender uma necessidade específica, devidamente comprovada. No registro de preços, o quantitativo é estimado com base em um planejamento inicial que pode envolver uma pluralidade de órgãos e entidades. Para que se possa crescer em 25%, haveria de se demonstrar a insuficiência da estimativa realizada, mediante informações prestadas por todos os órgãos participantes.

Com base nas informações indicativas da insuficiência do quantitativo estimado inicialmente, em tese, poderia ser providenciada a alteração, observado o limite de 25% (vinte e cinco por cento). Nessa hipótese, o acréscimo incidiria sobre o (valor do) quantitativo total registrado, de modo que, em futuras contratações, qualquer órgão participante dele poderia se valer, em prejuízo do órgão que, concretamente, necessitasse de quantidade maior para a realização das suas atividades, restando, dessa forma, impossibilitado o aditamento dos contratos decorrentes do registro de preços, pelas razões supramencionadas.

A melhor solução, portanto, seria aditar apenas o contrato decorrente do registro de preços para crescer o quantitativo até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial ajustado, desde que comprovada a necessidade pelo órgão contratante. Na hipótese de múltiplas contratações pelo registro de preços, poderá, se necessário, em cada uma delas, ser efetivado o acréscimo.

¹⁹⁸ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 101.

¹⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 209.

5.18 Contratos decorrentes do registro de preços

No capítulo 3, concluímos que o preço será tido como registrado com a simples publicação do resultado da licitação na imprensa oficial, impondo-se a renovação desse ato a cada trimestre.

No período de validade do registro, os fornecedores registrados estarão obrigados a celebrar os contratos nas condições estabelecidas na licitação, não havendo a correspondente obrigação para a Administração, que, no entanto, deverá assegurar ao fornecedor registrado a preferência de contratação em igualdade de condições com outros fornecedores.

A expiração do prazo de vigência do registro de preços não implica a extinção das contratações decorrentes do sistema de registro de preços, as quais terão sua vigência conforme as disposições do edital e do contrato respectivo, observado o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666/93.

Segundo Marçal Justen Filho, os contratos derivados do registro de preços “subordinam-se ao regime jurídico comum”, cabendo “aplicar todas as figuras próprias e inerentes à execução contratual à disciplina genérica das contratações administrativas”.²⁰⁰

5.19 Penalidades no registro de preços

A competência para a aplicação das penalidades no registro de preços e nos contratos deles decorrentes é questão que está a reclamar análise específica.

O regulamento federal²⁰¹ atribui, ao órgão gerenciador, o encargo de conduzir os procedimentos relativos à aplicação de penalidades por descumprimento do pactuado na “ata de registro de preços” e, ao gestor do contrato, em coordenação com o órgão gerenciador, as penalidades decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais.

No Estado de São Paulo, o Decreto nº 47.945/03²⁰² se refere a descumprimento ou inadimplemento de obrigações contratuais e fixa a competência de acordo com a intensidade da infração e da correspondente sanção. Assim, quando cabíveis as penas de advertência e

²⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 216.

²⁰¹ Decreto nº 3.931/01, art. 3º, § 2º, inc. VIII, e § 4º, inc. III.

²⁰² Decreto nº 47.945/02, arts. 5º, VII, 6º, VI, e 20.

multa, a competência será do órgão participante. As demais, presumivelmente mais severas, serão de competência do órgão gerenciador.

O Município de São Paulo²⁰³ prevê que, quando se tratar de “ata de registro de preços”, a competência para aplicar penalidade é do órgão responsável pelo registro de preços, ouvido, previamente, o órgão contratante.

Note-se que a matéria não se encontra satisfatoriamente regulamentada em nenhum dos três decretos. O regulamento federal não esclarece se a coordenação do órgão gerenciador nos procedimentos de aplicação de penalidade decorrentes de descumprimento de obrigações contratuais permanece mesmo depois de exaurido o registro pelo decurso do prazo de validade, lembrando que esse fato não acarreta a extinção dos contratos em execução, decorrentes do registro de preços.

Em certo sentido, problema semelhante ocorre no regulamento editado pelo Estado de São Paulo, na medida em que, para efeito de aplicação de penalidade, parece vincular o órgão gerenciador ao contrato decorrente do registro de preços até a sua extinção. Nesse caso, se o contrato decorrente do registro de preços tiver por objeto a prestação de serviços contínuos, essa vinculação pode se estender por até 60 meses. O Decreto paulistano, por sua vez, parece mais adequado, pois atribuiu ao órgão gerenciador a competência para aplicação de penalidades por descumprimento de obrigações decorrentes do registro de preços.

A competência atribuída ao órgão gerenciador para aplicar penalidade, ou coordenar sua aplicação pelo órgão contratante, se justifica face aos efeitos da sanção — inclusive a rescisão — imposta ao fornecedor (na condição de titular do registro ou já na condição de contratado). Se o registro de preços, todavia, não mais se encontra em vigor, para efeito de aplicação de penalidade não é razoável manter o órgão gerenciador vinculado ao contrato até o seu exaurimento, pois essa não é a finalidade do registro de preços. Recomendável, nesse passo, o aperfeiçoamento da disciplina da matéria pelos entes federativos.

²⁰³ Decreto nº 44.279/03, art. 18, § 6º.

6 ASPECTOS POLÊMICOS DO REGISTRO DE PREÇOS

6.1 Objeto do sistema de registro de preços

Historicamente, o registro de preços recaiu sobre bens de consumo habitual ou frequente. Assim era no Código de Contabilidade da União e continuou com a Lei nº 8.666/93, que possibilitou que apenas as compras fossem processadas pelo sistema de registro de preços (art. 15, II), na modalidade de concorrência (art.15, § 3º, I).

No entanto, conforme registra Joel de Menezes Niebuhr, “pouco a pouco, as pessoas foram utilizando o registro de preços, acumulando experiência, e aperceberam-se de que ele poderia ser utilizado perfeitamente em relação a outras espécies de contratos, sobretudo em relação aos serviços”.²⁰⁴

Os regulamentos da União e do Município de São Paulo, mesmo sob a égide da Lei nº 8.666/93, admitiam a aplicação do sistema de registro de preços para serviços. É o que se depreende do Decreto da União nº 3.931/01, e do Decreto Municipal nº 29.347/90.

No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.647-SP (2002/0153711-9), o Superior Tribunal de Justiça²⁰⁵ considerou válida a disposição prevista no regulamento editado pelo Município de Guarulhos, que possibilitava a adoção do sistema de registro de preços para contratação de serviços.

A questão restou pacificada com a edição da Lei nº 10.520/02, que possibilitou a utilização do sistema de registro de preços para serviços e a realização da licitação para esse fim pela modalidade pregão.²⁰⁶

O Estado de São Paulo, com postura jurídica mais conservadora, através do Decreto nº 47.945/03 autorizou a aplicação do sistema de registro de preços para serviços depois de editada a Lei nº 10.520/02.

²⁰⁴ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços**: aspectos práticos e jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 38.

²⁰⁵ Recurso Ordinário em MS nº 15.647-SP (2002/0153711-9), rel. Min. Eliana Calmon, Recorrente: Progresso e Desenvolvimento de Guarulhos S/A – PROGUARU, Recorrido: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, DJ 14/4/2003.

²⁰⁶ Nesse sentido o artigo 11 da Lei, cujos termos reproduzimos: “Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei n. 8.666/93, de 2/06/1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.”

A despeito da previsão contida no artigo 11 da Lei nº 10.520/02, Sidney Bittencourt sustenta que a interpretação sistemática do art. 15, *caput*, e inciso II da Lei nº 8.666/93 leva a concluir que “só existe autorização legal para utilização do sistema em compras”.²⁰⁷ Afirma ser inovadora e avançada a utilização do sistema de registro de preços para “pequenos serviços que poderão ser necessários ao longo do tempo, carregados de uma enorme carga de indeterminação, com conseqüente dificuldade de planejamento”.²⁰⁸ Todavia, entende que a lei não ampara essa prática, porquanto só admitida para compras.

Joel de Menezes Niebuhr, contrapondo-se a essa tese, sustenta que

[...] não se deve apegar em detalhes de ordem literal e fazer um cavalo de batalha acerca do fato de o registro de preços ter sido posto na parte da Lei destinada às compras, frustrando a possibilidade de aplicá-lo, com muito sucesso, no tocante a outros objetos. [...]. O artigo 11 da Lei n. 10.520/02 admite a utilização do registro de preços para a contratação de bens e serviços comuns. Logo, ainda que se siga interpretação mais conservadora, apegada à literalidade da lei, o registro de preços é cabível também para serviços porque a Lei n. 10.520/02 o admite expressamente, com todas as letras.²⁰⁹

Entendemos que se trata de um problema de antinomia jurídica que pode ser solucionado pelo critério cronológico, por intermédio do brocardo *lex posterior derogat legi priori* (norma posterior revoga a anterior), conforme expressamente prevê o artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A Lei nº 10.520/02 é uma lei federal de mesma hierarquia que a Lei nº 8.666/93, sendo ambas de aplicação nacional. Com efeito, ao prever aquela que o sistema de registro de preços pode ser adotado também para serviços comuns, modificou, nessa parte, a disciplina instituída pela Lei nº 8.666/93.

E, ainda que se adote interpretação mais restritiva, entendendo que a Lei nº 10.520/02 apenas possibilitou o registro de preços para serviços quando adotada a modalidade pregão, o que excluiria a concorrência, anota Marcelo Palavéri que também para essa modalidade haveria fundamento legal para sua admissão, presente no art. 24, VII, da Lei nº 10.520/02, ressaltando ser essa a posição defendida por Diógenes Gasparini.²¹⁰

²⁰⁷ BITTENCOURT, Sidney. **Licitação de registro de preços**: comentários ao decreto 3.931, de 19 de setembro de 2001. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 36-37.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 36.

²⁰⁹ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços**: aspectos práticos e jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 39-40.

²¹⁰ PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações públicas**: Comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 480.

Marçal Justen Filho vai além e entende cabível a adoção do sistema de registro de preços até mesmo para obras de engenharia e cita jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...] a sistemática do registro de preços possibilita uma atuação rápida e imediata da Administração Pública, com observância ao princípio da isonomia e garantindo a persecução objetiva da contratação mais vantajosa. Sem o registro de preços na área de serviços e obras, a Administração será constrangida a optar por solução mais vagarosa e menos satisfatória. Essa não é a vontade da Lei n. 8.666/93.

Jurisprudência do STJ

“Administrativo – Licitação – Sistema de Registro de Preços: artigo 15, Lei 8.666/93 – Limitações.

1. O regime de licitações por registro de preços foi ampliado pelos Decretos Regulamentadores 3.931/2001 e 4.342/2002, sendo extensivo não só a compras mas a serviços e obras.
2. Embora auto-aplicável, o art. 15 da Lei 8.666/93 pode sofrer limitações por regulamento estadual ou municipal, como previsto no § 3º.
3. Sociedade de economia mista que, na ausência de norma própria, submete-se aos limites municipais, se não contrariarem eles a Lei de Licitações.
4. Legalidade do Decreto 17.914/93, do Município de São Paulo, que afastou a incidência do registro de preços para a execução de obras.
5. Recurso ordinário improvido.’ (RMS nº 15.647/SP, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. em 25.3.2003, DJ de 14.4.2003).”²¹¹

Sem embargo dos relevantes argumentos apresentados pela doutrina e jurisprudência, não há amparo legal para a implantação do sistema de registro de preços destinado a obras de engenharia, assim como também não há para serviços que não sejam comuns.

Corroborar esse entendimento o Acórdão nº 296/2007, em que o Tribunal de Contas da União apontou a “impossibilidade de utilização do SRP para a contratação de obras e serviços não comuns, por falta de previsão legal [...]”.²¹²

²¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 196.

²¹² De interesse a transcrição de trecho mais extenso do acórdão onde se encontram os fundamentos apresentados pelo relator Benjamin Zymler: “Com efeito, observo que o aludido Decreto, que regulamentou no âmbito federal a aplicação do SRP, permite sua utilização para a contratação de serviços, conforme consta do seu art. 1º, caput, e ainda, possibilitou o emprego da modalidade pregão para tal finalidade (art. 3º). Além disso, impende frisar que a Lei n. 10.520, de 2002, também autoriza aludido procedimento no seu art. 11, cujos termos convém reproduzir: “Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei n. 8.666/93, de 21/06/1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico’. Assim, de minha parte, também acompanho o entendimento adotado na Decisão TCU-Plenário n. 668/2005, pela possibilidade da utilização do SRP para a contratação de serviços comuns. Outrossim, reputo oportuno destacar a impossibilidade de utilização do SRP para a contratação de obras e serviços considerados não comuns, por falta de previsão legal, bem como a necessidade de serem atendidas as hipóteses previstas no art. 2º do Decreto n. 3.931/2002, no caso de se adotar o referido procedimento.” Tribunal de Contas da União, Acórdão 296/2007,

A definição de serviços comuns está na própria Lei nº 10.520/02, que os apresenta como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (art. 1º, parágrafo único).

Em geral, o atributo comum liga-se a fatores como contratações rotineiras, padronização das especificações dos bens e serviços e máxima objetividade no julgamento das propostas, que imporia a adoção do tipo menor preço.

Vera Scarpinella propõe um conceito ainda mais abrangente, entendendo que “comum”

[...] não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica nele envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital.²¹³

Os serviços de engenharia constituem espécie do gênero serviço e, a depender das circunstâncias que envolvem a sua execução, podem ser qualificados como serviços comuns.

Há casos em que os serviços de engenharia, além de incluídos na categoria de serviços comuns, são de execução rotineira, com uma enorme carga de indeterminação quanto ao momento da sua realização.

Em tais casos, se for possível estabelecer preço unitário para esses serviços, a implantação do sistema de registro de preços será cabível e, em certos casos, impositiva, quando se mostrar o meio mais adequado e eficaz para o funcionamento das atividades administrativas e do serviço público oferecido à população.

Essa, aliás, a orientação do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que admite a sistemática do registro de preços para serviços de engenharia, com exclusão daqueles de natureza complexa, assim entendidos aqueles que possuam natureza especializada de engenharia, o que parece indicar a exclusão de obras.²¹⁴

Outra modalidade de serviço que tem ocupado atenção especial da doutrina e da jurisprudência das Cortes de Contas é a dos serviços contínuos.

Segunda Câmara, Processo nº 005.128/2006-9. Disponível em: <<http://contastcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em 07 set. 2010.

²¹³ SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81.

²¹⁴ Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, TC-2578/006/07, Relator: Conselheiro Fúlvio Julião Biazzi, publicado no DOE de 01/11/2007. Nesse acórdão são citados outros precedentes: TC-33901/026/07, TC-33899/026/07 e TC-32881/026/00. Disponível em: <http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/txt/257800607.TXT>. Acesso em 07 set. 2010.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo considera que os serviços contínuos, conquanto possam ser definidos como “comuns”, referem-se a uma necessidade pública permanente, em que é possível definir com exatidão o tempo e a quantidade necessários. Essas características, afirma, são incompatíveis com o sistema de registro de preços, identificado pela divisibilidade do objeto, necessidade de contratação frequente e impossibilidade de se definir, previamente, o quantitativo a ser demandado.²¹⁵

Faz um contraponto com os serviços de “tapa-buraco”, não contínuos, em que estariam presentes os requisitos para a instauração do sistema de registro de preços, por demandar contratações frequentes, futuras e eventuais, sem possibilidade de eleição de quantitativo com precisão.

Por certo são duas situações bem distintas, uma representada por serviços de caráter contínuo, em que é possível determinar, de antemão, o início e fim da sua execução e a quantidade necessária; a outra, por serviços em que há uma necessidade frequente, mas eventual, o que torna impossível determinar, previamente, a quantidade exata e o momento certo para sua execução.

Na segunda hipótese, inquestionável a viabilidade de implantação do sistema de registro de preços. No entanto, essa argumentação é insuficiente para se concluir que em situação diversa haveria impossibilidade. Faz-se necessário analisar as circunstâncias envolvidas na execução dos serviços, para se determinar o cabimento do sistema de registro de preços.

Um aspecto que nos parece deva ser considerado refere-se à homogeneidade no que tange às necessidades dos participantes do sistema em relação aos serviços contínuos. Pode-se imaginar, por exemplo, um determinado serviço contínuo que seja necessário a uma pluralidade de órgãos e entidades, situados em uma mesma área geográfica, para execução em condições bastante assemelhadas, especialmente no tocante à quantidade e prazos.

A execução circunscrita a uma mesma área geográfica é fator relevante, para que não haja variações significativas e variáveis de custos em relação à logística. Nesse caso, o sistema de registro de preços poderia ser implantado para atender essa pluralidade de órgãos e entidades, e não se exauriria em uma única contratação.

O sistema, nesse caso, potencializaria múltiplas contratações, embora cada entidade ou órgão participe com a intenção de firmar um único contrato. A grande vantagem estaria no aproveitamento da economia de escala.

²¹⁵ Decisão do Plenário, em sessão de 03/12/2008, no TC-038240/026/08. No mesmo sentido, TC-027987/026/09, em Acórdão proferido em sessão de 02/09/2009.

6.2 Validade do registro

A Lei nº 8.666/93 prevê que o decreto regulamentar do sistema de registro de preços deve observar algumas condições, dentre as quais a validade do registro não superior a 1 (um) ano (art. 15, § 3º, III).²¹⁶

Essas condições relativas ao prazo de validade do registro de preços não foram observadas nos regulamentos editados pela União, Estado de São Paulo e Município de São Paulo.

O Decreto Federal nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, apesar de fixar a validade da Ata de Registro de Preços em prazo não superior a um ano, computadas nesse período as eventuais prorrogações, admite a extensão desse prazo por mais 12 (doze) meses, em caráter excepcional, nos termos do art. 57, § 4º, da Lei nº 8.666/93, quando a proposta continuar se mostrando mais vantajosa (art. 4º, § 2º).

No Estado de São Paulo, o Decreto nº 47.945, de 16 de julho de 2003, com as alterações introduzidas pelo Decreto nº 51.809, de 16 de maio de 2007, passou a prever a possibilidade de prorrogação da validade da ata uma única vez, por igual período. Com o Decreto nº 54.939, de 20 de outubro de 2009, a prorrogação ficou condicionada à comprovação da vantagem inequívoca dessa medida para a Administração.

O Município de São Paulo tratou da matéria na Lei Municipal nº 13.278, de 07 de janeiro de 2002, e no Decreto Municipal nº 44.279, de 24 de dezembro de 2003, prevendo a vigência anual da ata de registro de preços, prorrogável por até igual período, desde que atestado o cumprimento satisfatório das obrigações pelo detentor do registro e a compatibilidade dos preços registrados com os praticados no mercado, aferida mediante pesquisa prévia.

Da referida incursão normativa, denota-se que, a despeito da limitação da validade anual do registro imposta pela norma geral, entes federativos das três esferas de governo admitem em suas leis e/ou regulamentos a prorrogação do prazo de vigência da ata de registro de preços para além de 12 (doze) meses.

Não há uniformidade na previsão dessa condição, que assume variadas formas nos regulamentos citados. A União, por exemplo, admite duas formas de prorrogação: uma,

²¹⁶ “Art. 15.....”

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

III – validade do registro não superior a 1 (um) ano.”

regular, que pode ocorrer dentro do intervalo de 1 (um) ano da validade do registro, e outra, excepcional, que pode ultrapassar esse limite em até 12 meses.

Nos regulamentos do Estado e do Município de São Paulo, a possibilidade de prorrogação para além de 12 meses não se vincula a uma situação excepcional e não há previsão expressa de prorrogação dentro do intervalo de 1 (um) ano.

É fato que o tema da prorrogação do prazo de validade do registro tem ocupado a atenção de doutrinadores e da jurisprudência das Cortes de Contas.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, a prorrogação dentro do intervalo de um ano não apresenta nenhuma resistência; a questão tem suscitado discussões apenas em relação à prorrogação em caráter excepcional, porém com decisões ainda pouco precisas quanto à legalidade ou não da previsão inserta no regulamento federal.

Inicialmente, o Tribunal mostrou-se favorável à prorrogação excepcional, emitindo, em 2006, orientação no sentido de que

A validade da Ata de Registro de Preços não será superior a um ano. Admite-se prorrogação da validade da Ata de Registro de Preços por mais doze meses, em caráter excepcional, devidamente justificado e autorizado, quando a proposta vencedora continuar sendo mais vantajosa para a Administração.²¹⁷

Em 2008, a prorrogação excepcional foi tema bastante discutido no Acórdão nº 2890/2008, do Plenário do TCU, notadamente quanto ao fundamento legal invocado no regulamento federal para sua aplicação (art. 57, § 4º da Lei nº 8.666/1993), não tendo, porém, dado solução à controvérsia jurídica, atrelando-a ao julgamento do TC-021269/2006-6.

Em seu voto, o Ministro Relator André Luís de Carvalho, face aos argumentos apresentados no voto revisor do Ministro Benjamin Zymler,²¹⁸ aperfeiçoando o seu

²¹⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos**: orientações básicas. 3. ed. rev. atual e ampl. Brasília: TCU – Secretaria de Controle Interno, 2006, p. 102.

²¹⁸ Vale trazer à colação trechos dos argumentos alinhados no voto proferido pelo Ministro Benjamin Zymler, que levaram à alteração do entendimento inicial do Ministro relator: “7. A menção ao art. 57, §4º, da Lei n. 8.666/93 não visou estabelecer diferenciação entre as categorias de registro de preços de bens e produtos e a de registro de serviços. Veja-se que esse dispositivo trata de hipótese excepcional de prorrogação do prazo de vigência de contrato. A menção ao citado dispositivo teve como finalidade, ao que parece, superar aparente limitação de prorrogação da validade de ata de registro de preços, resultante do comando contido no art. 15, §3º, inciso III da referida lei. 8. A norma consubstanciada no §2º do art. 4º do Decreto n. 3.931/2001 sinalizou possibilidade de extensão da validade temporal de ata de registro de preços. Esse comando informou a existência de modelo contido na Lei de Licitações, segundo o qual se permite, em circunstâncias especiais, a dilação do prazo de validade de contratos celebrados pela Administração Pública. Ao fazer referência ao art. 57, §4º, da Lei n. 8.666/93, sinalizou a possibilidade de se proceder também à dilação excepcional do prazo de vigência de atas de registro de preços [...]”

entendimento sobre a matéria,²¹⁹ posicionou-se no sentido de que a prorrogação excepcional encontra amparo não na literalidade do artigo 57, § 4º, da Lei nº 8.666/93, mas no princípio constitucional da continuidade do serviço público.²²⁰

Sobre a limitação imposta pela Lei nº 8.666/93 à validade do registro, sustenta que no exercício do poder regulamentar

não cabe ao Executivo tão-somente repetir a literalidade da lei a que pretende disciplinar, mas sim regulamentá-la, para fiel execução, podendo, pois, promover ajustes na literalidade de dispositivo legal para nele introduzir a observância dos princípios constitucionais e legais aplicáveis.²²¹

Ainda a propósito do poder regulamentar assevera que “[...] a lei trata do prazo de validade do registro, enquanto o decreto se preocupa em regulamentar o prazo de vigência da ata de registro de preços.”²²²

Assinala que o prazo de validade estaria associado ao período em que o registro “goza de presunção legal de economicidade” e, o prazo de vigência, ao período em que a ata poderia ser utilizada pela Administração, “em respeito aos princípios da continuidade do serviço público e da eficiência”.²²³

Conclui, então, que o Decreto Federal, ao prever a prorrogação excepcional nos termos do artigo 57, § 4º da Lei nº 8.666/93, “não extrapolou os limites fixados pela lei, mas tão-somente buscou extrair, de modo adequado, o verdadeiro alcance da regra legal, dentro de uma interpretação lógico-sistemática.”²²⁴

Acatando a sugestão do Min. Revisor Augusto Sherman Cavalcanti,²²⁵ o Tribunal, sem dar solução à controvérsia jurídica, absteve-se de deliberar sobre o assunto, mantendo o

²¹⁹ O Min. André Luis de Carvalho firmara, até então, posicionamento no sentido da inviabilidade da prorrogação excepcional de ata de registro de preços que tivesse por fim a aquisição de bens, porquanto limitada aquela medida a serviços contínuos, em face do fundamento legal indicado no Decreto Federal nº 3.931/2001.

²²⁰ TCU, Acórdão nº 2890/2008, Plenário, rel. Min. André Luis de Carvalho, sessão de 03/12/08, DOU 09/12/08, item 8 do voto do Ministro Relator.

²²¹ TCU, Acórdão nº 2890/2008, Plenário, rel. Min. André Luis de Carvalho, sessão de 03/12/08, DOU 09/12/08, item 13 do voto do Ministro Relator.

²²² TCU, Acórdão nº 2890/2008, Plenário, rel. Min. André Luis de Carvalho, sessão de 03/12/08, DOU 09/12/08, item 15 do voto do Ministro Relator.

²²³ TCU, Acórdão nº 2890/2008, Plenário, rel. Min. André Luis de Carvalho, sessão de 03/12/08, DOU 09/12/08, item 16 do voto do Ministro Relator.

²²⁴ TCU, Acórdão nº 2890/2008, Plenário, rel. Min. André Luis de Carvalho, sessão de 03/12/08, DOU 09/12/08, item 17 do voto do Ministro Relator.

²²⁵ O Min. Revisor Augusto Sherman Cavalcanti proferiu seu voto assinalando que a prorrogação da ata de registro de preços por prazo superior a um ano não foi objeto de amplo debate naquela Corte, não havendo ainda um posicionamento acerca da legalidade da previsão inserta no Decreto Federal. Menciona posições doutrinárias favoráveis e contrárias à possibilidade de prorrogação da ata por prazo superior a doze meses, filiando-se à tese da impossibilidade jurídica que se funda, basicamente, em três argumentos:

posicionamento no sentido da impossibilidade de prorrogação das atas por prazo superior a 12 (doze) meses, até o julgamento de mérito do TC-021.269/2006-6.²²⁶

Em maio de 2009, o processo TC-021.269/2006-6 entrou em pauta e as questões nele suscitadas foram julgadas pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, que proferiu o Acórdão nº 991/2009. Os Ministros do TCU acolheram as posições do representante do Ministério Público²²⁷ e do Grupo de Trabalho constituído pelo SEGECEX,²²⁸ filiadas à corrente que entende inviável a vigência da ata por prazo superior a um ano, e reconheceram a contradição existente entre o disposto no art. 4º, § 2º, do Decreto nº 3.931/2001 e no art. 15, § 3º, inciso III, da Lei nº 8.666/93, acordando em dar ciência do acórdão, do voto e do relatório à Casa Civil da Presidência da República para adoção de medidas cabíveis.²²⁹

Cumprir notar que essa decisão reconheceu a existência da aludida contradição, mas não julgou ilegal a previsão contida no Decreto nº 3.931/01, limitando-se a cientificar o Executivo Federal da necessidade de sua alteração para se adequar à Lei nº 8.666/93, no que tange ao prazo de validade do registro.

(i) porque o artigo 15, § 3º, inciso III, da Lei nº 8.666/93 é taxativo ao limitar a validade do registro a 12 meses; a prorrogação, como não é vedada, seria possível dentro desse prazo máximo de validade;

(ii) porque a lei impôs esse limite ao decreto regulamentador, de modo que ultrapassar esse limite em norma regulamentar significa ofensa direta à lei;

(iii) porque o fundamento utilizado no Decreto Federal regula prazo de contrato, que é diverso de prazo de ata de registro de preços; a extinção da ata pelo decurso do prazo não acarreta a extinção do contrato dela decorrente. No entanto, sugeriu que a solução dessa controvérsia jurídica poderia ser mais bem conduzida no âmbito do TC-021.269/2006-6, que trata de consulta sobre a interpretação de dispositivos dos Decretos que regulamentam o sistema de registro de preços no âmbito federal.

²²⁶ O Plenário recomendou ao Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região que “[...] até o julgamento de mérito do TC-021.269/2006-6, quando o Tribunal deverá deliberar sobre o assunto, abstenha-se de promover prorrogações de atas de registro de preços cuja soma do período inicial e de sua prorrogação possa superar um ano, bem como de realizar contratações a partir de atas de registro de preços cuja validade seja superior a um ano, já computadas nesse prazo as eventuais prorrogações”.

²²⁷ Inicialmente, o representante do Ministério Público entendeu que o dispositivo previsto no Decreto Federal, que admite a prorrogação excepcional da vigência da ata superior a 12 meses, não deveria ser considerado ilegal, por não vislumbrar, na sua dimensão finalística, prejuízo ao interesse público, nem ofensa aos princípios que regem o procedimento licitatório. Em novo parecer proferido, baseando-se na doutrina atual, passou a considerar inviável a vigência das atas por prazo superior a um ano, admitindo a prorrogação, desde que ocorra dentro desse prazo.

²²⁸ O Grupo de Trabalho constituído pela SEGECEX definiu o sistema de registro de preços, apontando vantagens e desvantagens na sua utilização. No tocante ao prazo de validade do registro e sua prorrogação por prazo superior a um ano, citou vários posicionamentos doutrinários, alguns contrários, outros favoráveis, filiando-se à corrente que entende inviável a renovação da ata além do prazo de um ano, por contrariar o disposto no art. 15, § 3º, III, da Lei nº 8.666/93.

²²⁹ Os Ministros do Tribunal de Contas da União acordaram em “dar ciência deste acórdão, bem como do voto e relatório que o fundamentam, à Casa Civil da Presidência da República, para a adoção das medidas cabíveis, ante a contradição existente entre o disposto no art. 4º, § 2º, do Decreto n. 3.931/2001 e no art. 15, § 3º, inciso III, da Lei n. 8.666/93”.

O tema foi também enfrentado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo,²³⁰ que considerou a prorrogação da vigência da ata de registro de preços por prazo superior a um ano contrária à norma expressa do inciso III, do § 3º, do artigo 15, da Lei nº 8.666/93. As decisões proferidas limitaram-se, no entanto, a recomendar aos órgãos que se abstivessem de prorrogar.

O Poder Executivo do Estado de São Paulo, procurando amoldar-se às orientações traçadas pela Corte de Contas, editou o Decreto nº 54.939/09, condicionando a prorrogação à comprovação inequívoca da vantagem para a Administração.

A introdução da palavra “inequívoca” no novo texto regulamentar parece indicar a orientação da Administração no sentido de que, se houver dúvida sobre a vantagem, mínima que seja, a adesão não poderá se efetivar.²³¹ Todavia, essa condição não parece suficiente para que o Tribunal reveja seu entendimento, porquanto a recomendação de não prorrogar não se prende a aspectos relacionados à vantagem auferida pela Administração, mas sim à falta de amparo legal para a sua adoção.

Trata-se, portanto, de uma questão de legalidade, que não nos parece facilmente superável pela simples demonstração da vantagem auferida pela Administração.

A favor da prorrogação por prazo superior a 12 meses, invoca-se, comumente, além da economicidade, relacionada à vantagem quanto aos preços registrados, o princípio da continuidade das atividades públicas, uma vez que a empresa detentora do registro continuaria suprindo a máquina administrativa de bens e serviços necessários por um prazo maior, sem os sobressaltos inerentes aos processos licitatórios decorrentes da competição que naturalmente se instala entre os participantes.

Embora tentadora essa tese, seu acolhimento poderá ser um fator de grande insegurança jurídica nas relações administrativas, internas e externas, porquanto se admitirá que a Administração proceda contrariamente a texto claro e expresso de lei.

Não há nenhum valor de ordem superior que justifique a relativização dessa regra, que é compatível com os princípios informadores da atividade administrativa. Para seu cumprimento, basta um planejamento adequado das contratações, instaurando-se com a antecedência necessária um novo procedimento licitatório para registro de preços. Com isso, a

²³⁰ TC-038846/026/08 – 2ª Câmara – Sessão de 03/02/2009. O Tribunal considerou a previsão de prorrogação da Ata de Registro de Preços por uma única vez, na forma estabelecida pelo Decreto Estadual nº 51.809/2007, contrária à norma expressa no inciso III, do § 3º, do art. 15 da Lei Federal nº 8.666/93. Porém, julgou regular a licitação e determinou que o órgão se abstenha de prorrogar o prazo de validade da Ata, até ulterior posicionamento do Tribunal sobre o assunto.

²³¹ Aparece de forma subliminar no Decreto nº 54.939, de 20 de outubro de 2009, a mensagem dirigida aos agentes públicos de que se inequívoca a vantagem para a Administração haveria margem para sustentar a flexibilização da regra legal que impõe a vigência do registro pelo prazo de um ano, com fundamento no princípio da economicidade.

Administração garantirá o abastecimento de serviços e bens indispensáveis à prestação do serviço público, sem interrupção.

Conforme apontado pelo Grupo de Trabalho constituído pela SEGECEX no processo TC-021.269/2006-6, o sistema de registro de preços exige planejamento e controle contínuos, não podendo “se tornar mero instrumento de conveniência ao gestor desidioso quanto aos seus deveres”.²³²

Nessa perspectiva, o princípio da legalidade não pode ser afastado por uma incapacidade gerencial das contratações públicas. Há meios de se cumprir a regra legal que fixa em um ano a validade do registro, sem sacrificar esse princípio. É preciso apenas estabelecer uma política pública de contratação, com a implantação de um sistema de gestão informatizado, com servidores capacitados, que permita um controle eficaz e um planejamento das licitações, para que sejam concluídas a tempo, mantendo contínuo o abastecimento da máquina administrativa, para oferecimento de um serviço público à população de qualidade e eficiência desejada.

Se fosse possível estender o prazo por mais doze meses, também seria legítimo estender por prazo maior, e até mesmo por prazo indeterminado, e nem seria necessário o regulamento, pois bastaria comprovar a vantagem do preço registrado e a impossibilidade de interrupção do fornecimento. O passo seguinte seria afastar o princípio da licitação, sob o argumento de que tal procedimento constitui um entrave à ação eficiente da máquina administrativa.

Claro que se trata de solução absurda e contrária ao Estado Democrático de Direito, que deve ser coibida pelos órgãos de controle e barrada pelo Poder Judiciário. É certo que os Tribunais de Contas têm adotado uma posição tímida e cautelosa sobre a questão; porém, assinalam que a prorrogação da vigência da ata por prazo superior a um ano, admitida em regulamento, contraria dispositivo legal.

Importante distinguir as situações de prorrogação, quais sejam, aquela em que se estende a validade do registro por prazo superior a 12 meses e aquela em que a prorrogação ocorre dentro do período de um ano.

Sobre a primeira situação, já tivemos oportunidade de discorrer e concluir pela sua inviabilidade. No tocante à segunda hipótese, vale notar que não há impeditivo legal, porquanto a Lei nº 8.666/93 não veda a prorrogação, apenas fixa um limite de validade do registro.

²³² TCU, Acórdão nº 991/2009, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, sessão 13/05/09, DOU 15/05/09.

Assim, desde que não ultrapasse o limite legal fixado, não haverá óbice à prorrogação. Essa hipótese é a única que se compatibiliza com as normas gerais e pode ser adotada ainda que silente o regulamento, bastando a previsão expressa no edital. Como em qualquer prorrogação, deve-se demonstrar que representa vantagem para a Administração, notadamente quanto ao preço.

Outra questão enfrentada no Acórdão nº 991/2009 diz respeito aos efeitos da prorrogação em relação ao restabelecimento dos quantitativos originalmente licitados e registrados. Nesse sentido, acordou o Tribunal de Contas da União que “no caso de eventual prorrogação da ata de registro de preços, dentro do prazo de vigência não superior a um ano, não se restabelecem os quantitativos inicialmente fixados na licitação”.²³³

Tal decisão se pautou pelos argumentos apresentados pelo Grupo de Trabalho constituído pelo Segecex, que entendeu que a questão deveria ser analisada em função dos princípios, em razão do silêncio do regulamento federal e da ausência de enfrentamento da questão pela doutrina e jurisprudência.

Partindo do pressuposto de que o edital deve definir uma estimativa de quantidades a serem contratadas, correspondendo a um quantitativo máximo, que é necessário como base para os licitantes formularem suas propostas, o Grupo de Trabalho considerou que, se não previsto no edital o restabelecimento desse quantitativo, na hipótese de prorrogação haveria violação dos princípios da isonomia, da economicidade e da vinculação ao instrumento convocatório. E, mesmo que previsto no edital, afirma que haveria uma “tendência de elevação dos preços propostos pelos fornecedores, ante a incerteza quanto à prorrogação da ata, bem como a possibilidade de favorecimento a determinado licitante, pela via do fornecimento de informações privilegiadas (conluio)”.²³⁴

Se na hipótese de prorrogação não se restabelecem os quantitativos, como decidido pelo Tribunal de Contas da União, é lícito concluir que essa Corte de Contas somente admite a prorrogação dentro do limite de um ano e quando houver quantitativo remanescente, e, obviamente, desde que o preço seja favorável à Administração.

É certo que os limites à atuação da Administração, quando existentes, devem ser observados. No caso da prorrogação, somente pode ocorrer dentro do intervalo de um ano, porque se trata de um limite imposto pela lei. Entretanto, se prevista no edital a possibilidade de prorrogação, com o restabelecimento dos quantitativos registrados, não haverá mácula aos princípios informadores da licitação.

²³³ TCU, Acórdão nº 991/2009, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, sessão 13/05/09, DOU 15/05/09.

²³⁴ TCU, Acórdão nº 991/2009, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, sessão 13/05/09, DOU 15/05/09.

O argumento de incerteza e eventual favorecimento pela via de informações privilegiadas inviabilizaria igualmente a prorrogação dos contratos de serviços contínuos. E não é o ocorre. Tais contratos são prorrogados, com o restabelecimento dos quantitativos inicialmente previstos.

Essa possibilidade não exclui aquela outra apontada pelo Tribunal de Contas da União, de maneira que a Administração poderá optar pela prorrogação apenas quando existente quantitativo remanescente ou, independente dessa condição, para novo período, com o restabelecimento dos quantitativos inicialmente previstos.

Indispensável, reafirma-se, que essas condições estejam claramente previstas no edital e que não se ultrapasse o período de um ano de vigência do registro, sob pena de se infringirem os princípios regedores do procedimento licitatório.

6.3 “Carona”

A utilização por um órgão administrativo do sistema de registro de preço alheio “vulgarizou-se sob a denominação de *carona* que traduz em linguagem coloquial a idéia de aproveitar o percurso que alguém está desenvolvendo para concluir o próprio trajeto, sem custos”.²³⁵

O Decreto Federal nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, foi o primeiro a admitir a adesão por órgão não participante, chamado “carona”. Posteriormente, a introdução do § 3º no artigo 8º, pelo Decreto nº 4.342, de 23 de agosto de 2002, estabeleceu limites a essa adesão, prevendo que as contratações adicionais não poderiam ultrapassar a cem por cento dos quantitativos registrados, por órgão ou entidade.²³⁶

²³⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Carona em sistema de registro de preços**: uma opção inteligente para redução de custos e controle. Disponível em: <<http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2010.

²³⁶ Dispõe o art. 8º do Decreto nº 3.931/2001, alterado pelo Decreto nº 4.342, de 23/08/2002:

“Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.

§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da Ata de Registro de Preços, deverão manifestar seu interesse junto ao órgão gerenciador da Ata, para que este indique os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação.

§ 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da Ata de Registro de Preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento, independentemente dos quantitativos registrados em Ata, desde que este fornecimento não prejudique as obrigações anteriormente assumidas.

§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços.”

No âmbito do Estado de São Paulo, a adesão foi introduzida de forma mais ampla que a prevista na esfera federal. Tal se verifica pelas alterações introduzidas pelo Decreto nº 51.809, de 16 de maio de 2007, que facultou a utilização das atas de registro de preços de seus órgãos e entidades e de órgãos e entidades de outras esferas de governo, a saber, União, Distrito Federal, outros Estados e Municípios.

Pressionado pelas decisões do Tribunal de Contas do Estado, o Estado de São Paulo editou o Decreto estadual nº 54.939, de 20 de outubro de 2009, estabelecendo limites mais rígidos para adesão às suas atas e às atas de órgãos ou entidades de outras esferas de governo.

O Município de São Paulo também admite a possibilidade de uso de suas atas, mas apenas pelos órgãos dos Poderes daquela esfera de governo, conforme previsto na Lei nº 13.278, de 07 de janeiro de 2002, regulamentada pelo Decreto nº 44.279, de 24 de dezembro de 2003. Adota postura diversa quanto se trata de ata alheia, admitindo que seus órgãos dela se utilizem, sem qualquer limite em quaisquer das hipóteses.

Essa possibilidade de utilização dos preços registrados por órgão ou entidade não participante do sistema, atualmente, constitui um dos temas mais polêmicos envolvendo a aplicação do sistema de registro de preços, suscitando debate intenso na doutrina, com julgados que se tornaram referências e verdadeiros precedentes jurisprudenciais.

No plano jurisprudencial, destaca-se o Acórdão nº 1487/2007,²³⁷ proferido pelo Tribunal de Contas da União, em 01 de agosto de 2007. No relatório e no voto do Ministro Relator Valmir Campelo, registram-se vários argumentos contrários à prática de adesão, conhecida como “carona”.

Nesse sentido, o TCU considerou a contratação adicional, não prevista originalmente, potencialmente danosa aos cofres públicos, na medida em que produz a elevação dos quantitativos originalmente previstos sem a correspondente redução do preço unitário pago pela Administração, o que seria lógico pela regra de mercado fundada na economia de escala, segundo a qual, quanto maior a quantidade de unidades a serem fornecidas, menor o custo individual de cada uma e, conseqüentemente, menor o preço.

Argumenta que os licitantes teriam condições de oferecer preços mais vantajosos se destinada a licitação a contratar um montante superior àquele demandado inicialmente pelos órgãos participantes.

²³⁷ O Acórdão nº 1487/2007, Plenário, publicado no DOU em 03/08/2007, não considerou a prática da adesão ilegal, apenas recomendou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que não se autorizasse adesão quando irregular a licitação para registro de preços; também recomendou a reavaliação das regras regulamentares sobre o sistema de registro de preços, visando estabelecer limites para a adesão a registro de preços por outros órgãos e entidades, a fim de preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública.

A despeito disso, não julgou ilegal essa espécie de adesão aos preços registrados, limitando-se a recomendar que essa prática seja revista, com a alteração da regulamentação pelo Executivo federal.

A Corte de Contas do Estado de São Paulo, de sua parte, em exame prévio de edital,²³⁸ considerou irregular a previsão da figura do “carona” que, somada a outras irregularidades, acarretou a anulação do certame.

O voto do Conselheiro-Relator, Cláudio Ferraz Alvarenga, acolhido pelo Plenário em sessão de 03/12/2008, afirmou com ênfase que a figura do “carona”, nos termos instituídos por decreto, viola o princípio constitucional da licitação, que exige, como regra, que as contratações públicas sejam precedidas de processo de licitação em que se assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Afirmou ainda que a figura do *carona* “[...] afronta os princípios da legalidade, isonomia, economicidade, vinculação ao instrumento convocatório e competitividade” e “é campo fértil para o administrador ímprobo”, pois possibilita negociações espúrias com o detentor da ata, levando à celebração do contrato com aquele que lhe ofereça vantagem ilícita, em grave afronta aos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

Em decisão mais recente, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no acórdão proferido no Processo TC-023456/026/08, em 17/03/2009, reafirmou seu posicionamento contrário à prática conhecida como “carona”, decidindo pela irregularidade do ajuste, representada pela adesão à Ata de Registro de Preços nº 002/07, decorrente de Pregão para Registro de Preços nº 035/07, da Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo – PRODESP.

O acórdão afirma que a configuração da contratação mediante adesão “não está sendo bem recebida por este Tribunal, uma vez que tal admissão fraudula o princípio informador da licitação insculpido na Constituição Federal, consoante o art. 37, XXI.”

Além disso, assevera que “o decreto regulamentar ou de execução é o que visa a explicar a lei e facilitar sua execução, aclarando seus mandamentos e orientando sua aplicação. Tal decreto comumente aprova, em texto à parte, o regulamento a que se refere”. E conclui: “somente à lei caberia dispor sobre a forma de contratação nos termos em que o Decreto Estadual nº 51.809/07 regulamenta. Os primados básicos da administração pública estão sendo desobedecidos, sobretudo o princípio constitucional da licitação”.

²³⁸ Processo TC-038240/026/08, Acórdão do Plenário, decisão proferida em exame prévio de edital, em 03/12/2008, publicado no DOE de 12/12/2008.

De acordo com as palavras do Relator do v. acórdão, “é por esse e por outros motivos que o plenário da Corte vem fortalecendo entendimento pela inviabilidade de utilização do “carona”, nos termos ora instituído por decreto, nas contratações públicas [...]”.

Ainda no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, foi apreciada situação peculiar, porquanto se referia à contratação por adesão aos preços registrados por órgão de outra esfera de governo. Ao apreciar essa situação no Processo TC-029098/026/08, em sessão de 03/2/2009, o relator votou pela regularidade da contratação; porém, consignou em seu voto as seguintes ponderações:

À margem do julgamento favorável, permito-me tecer comentário tocante ao Decreto Estadual n. 51.809/07. Como se percebe, com a edição do aludido diploma o Poder Público Estadual está autorizando os entes públicos a se valerem de procedimento de licitação de órgãos não sujeitos à jurisdição desta Casa, de modo que não se pode aferir se a ata de registro de preços utilizada está amparada em procedimento legal e regular.²³⁹

O relator desse processo, Conselheiro Renato Martins Costa, demonstrando preocupação com essa situação em que o Tribunal de Contas do Estado é instado a examinar a regularidade de um contrato que decorreu de um procedimento licitatório de órgão não sujeito à sua jurisdição, bem como com outras questões envolvendo a regulamentação do sistema de registro de preços, sugeriu a feitura de estudos acerca do tema para possibilitar manifestação segura do Tribunal.

A sugestão foi acolhida pela Presidência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, instaurando-se o processo TCA-008073/026/09, sob a coordenação do Secretário-Diretor Geral, para realização de estudos relativos à aplicabilidade do Decreto Estadual nº 51.809/07, em vista da faculdade de aproveitamento de ata de registro de preços por outro órgão público, bem como da possibilidade de se prorrogar por mais 01 (um) ano o prazo de validade da ata.

No entanto, tal processo não teve seguimento, pois, em sessão de 18/11/2009,²⁴⁰ o próprio Conselheiro Renato Martins Costa, após apresentar o relatório²⁴¹ em seu voto, propôs o arquivamento do mesmo, por entender que

²³⁹ TC-029098/026/08, Sessão de 03/2/2009. Acórdão publicado no DOE em 10/02/2009.

²⁴⁰ TCA-008073/026/09, Tribunal Pleno, Sessão de 18/11/2009. Acórdão publicado no DOE de 02/12/09, com trânsito em julgado em 17/12/09.

²⁴¹ Ao relatar o processo, o Conselheiro registrou o entendimento do Secretário-Diretor Geral daquela Corte de Contas, coordenador dos estudos, contrário ao mecanismo da adesão, chamado de “carona”, por considerá-lo incompatível com os princípios da legalidade, vinculação ao edital, isonomia e economicidade, caracterizando, também, dispensa de licitação fora das hipóteses previstas na Lei nº 8.666/93.

apenas a riqueza das situações de fato e de direito que venham a ser apreciadas em cada caso concreto sujeito à nossa jurisdição, seja na esfera estadual, seja na órbita municipal, já que várias Prefeituras estão a lançar mão dos mesmos institutos aqui iluminados, apenas tais análises, repito, podem levar o Tribunal à formação de jurisprudência segura e refletida, orientadora das ações administrativas empreendidas.

Estabelecer parâmetros rígidos desde logo pode significar indevidos alargamentos ou estreitamentos de interpretações, impeditivos de nossa apreciação mais livre de todos um universo de situações concretas, que seguramente extrapolam os limites de um balizamento prematuro e, por isso mesmo, inconveniente.²⁴²

Registre-se que o arquivamento do aludido processo foi proposto depois da edição do Decreto Estadual nº 54.939, de 20 de outubro de 2009, que alterou, em parte, a disciplina instituída para a aplicação do sistema de registro de preços na Administração Estadual, limitando a utilização dos preços registrados pelo “carona”, e estabelecendo condições para adesão aos preços registrados por órgãos e entidades não sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Destaque-se que a principal alteração introduzida por esse Decreto consistiu em limitar as contratações adicionais que, no seu conjunto, não podem ultrapassar a cem por cento dos quantitativos registrados, valendo essa regra também para a adesão aos preços registrados por outras esferas de governo. O órgão estadual que queira aderir a uma ata de registro de preços de outra esfera de governo deve certificar-se de que a adesão àquela ata não ultrapassou, no seu conjunto, a 100% do quantitativo registrado inicialmente.

Ainda segundo esse novo decreto, o órgão ou entidade da Administração Estadual que utilizar preços registrados pela União, Distrito Federal, outros Estados e Municípios, deverá instruir o ato de adesão com cópia integral do processo administrativo da licitação que deu origem à ata de registro de preços, acompanhado da declaração do órgão ou entidade da Administração Estadual interessada na adesão.

Nessa declaração, o órgão ou entidade da Administração Estadual deverá atestar que consultou o Órgão Gerenciador e obteve a informação de que o certame foi julgado regular pelo respectivo Tribunal de Contas ou, caso não tenha havido ainda julgamento, que o

Segundo o Secretário-Diretor Geral, o mecanismo de adesão poderia facilitar a prática de atos contrários à ética e interesse público, propiciando livre escolha de determinado fornecedor, em desrespeito à regra da igualdade, tendo consignado também a dificuldade de fiscalização dos atos praticados por outras esferas de governo. Sua proposta foi de encaminhamento dessas conclusões ao Chefe do Executivo do Estado, para apreciação da conveniência de revogação do Decreto Estadual nº 51.809/07.

²⁴² TCA-008073/026/09, Tribunal Pleno, Sessão de 18/11/2009. Acórdão publicado no DOE de 02/12/09, com trânsito em julgado em 17/12/09.

certame contou com a manifestação favorável do órgão jurídico competente e não pende qualquer impugnação nas esferas administrativa e judicial.

Esse novo Decreto foi uma clara tentativa de responder ao Tribunal de Contas, com o propósito de reverter a orientação jurisprudencial daquela Corte acerca dos temas polêmicos envolvendo a aplicação do sistema de registro de preços, notadamente sobre a adesão e prorrogação do prazo de validade dos preços registrados.

Todavia, fato é que esse novo regulamento não logrou êxito em afastar os principais fundamentos presentes nas decisões do E. Tribunal de Contas que repudiam a prática da adesão, por considerá-la afrontosa ao princípio da licitação e, quanto à prorrogação do prazo de validade do registro por período superior a um ano, por violar o princípio da legalidade, em face da regra estabelecida no artigo 15 da Lei nº 8.666/93.

No tocante à adesão ou “carona”, o novo decreto somente estaria em harmonia com o entendimento do Tribunal de Contas se houvesse suprimido essa prática. Mas não foi o que aconteceu. Apenas foram estabelecidos limites à adesão, restringindo as contratações adicionais resultantes dessa prática, na totalidade, a 100% do quantitativo registrado.

Não há dúvida de que o estabelecimento desse limite à adesão representou um avanço; porém, não eliminou o principal vício apontado nos julgados do Tribunal de Contas, qual seja, a inobservância do princípio da licitação, por possibilitar que um órgão não participante do sistema e, por conseguinte, da licitação, contrate com o detentor do preço registrado. Trata-se, em verdade, de hipótese de dispensa de licitação não prevista em lei; portanto, de vício inequívoco de legalidade.

Se não tivesse havido o arquivamento do processo instaurado para estudar os pontos polêmicos envolvendo o sistema de registro de preços, difícil imaginar como o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo poderia considerar constitucional a prática do carona — apenas porque limitada, no seu conjunto, a 100% do quantitativo registrado —, afastando seu próprio fundamento de que a adesão representa violação ao princípio da licitação, além de ao princípio da economicidade.

Está claro que o aludido órgão de controle externo preferiu não traçar diretrizes a respeito do assunto, remetendo à decisão casuística da matéria. Essa postura é nociva à boa administração, porquanto mantém a insegurança jurídica presente na aplicação do sistema de registro de preços.

Ainda que a competência das Cortes de Contas para estabelecer vedação ou permissão de conduta, com efeitos gerais e abstratos, seja vista com reserva, as súmulas servem de

orientação ao exercício da atividade administrativa, pois o agente público sabe que seus atos serão julgados à luz das diretrizes traçadas por essa normativa.

Os órgãos de controle externo de todas as esferas da federação têm se mostrado excessivamente cautelosos no julgamento dos casos que envolvem a aplicação do sistema de registro de preços e dos regulamentos que lhe servem de fundamento.

No campo doutrinário, o tema também gera polêmicas e divergências. De um lado há os que se posicionam a favor da figura do “carona”. Dentre esses, destaca-se Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, para quem “carona” é o órgão não participante do sistema de registro de preços, “aqueles [órgãos] que, não tendo participado na época oportuna, informando suas estimativas de consumo, requereram, posteriormente, ao órgão gerenciador, o uso da Ata de Registro de Preços”.²⁴³

À sua própria indagação acerca da natureza jurídica do procedimento de “carona”, responde que “é a extensão da proposta mais vantajosa a todos os que necessitam de objetos semelhantes, em quantidade igual ou menor do que o máximo registrado”.²⁴⁴ Entende que a Constituição

em nenhum momento obriga a vinculação de cada contrato a uma só licitação ou, ao revés, de uma licitação para cada contrato [...] é juridicamente possível estender a proposta mais vantajosa conquistada pela Administração Pública como amparo a outros contratos.²⁴⁵

Afirma que a finalidade da licitação “não é servir aos licitantes, mas ao interesse público; a observância da isonomia não é para distribuir demandas uniformemente entre os fornecedores, mas para ampliar a competição visando a busca de proposta mais vantajosa”.²⁴⁶

No tocante às restrições ao “carona”, refere-se à aquisição até o limite de quantidades registradas. O sentido dessa restrição é explicitado pelo autor ao tratar das vantagens que a prática da adesão pode oferecer para o fornecedor:

b) pode fornecer para todos os caronas. De fato pode acontecer de um Sistema de Registro de Preços ser tão bem elaborado que vários órgãos pretendam ser caronas. Observe que embora haja limite individual para cada carona, não há limite dos números de caronas. Exemplificando: imaginando que a Caixa Econômica Federal faça o registro de 10.000 resmas de papel. A Polícia Federal resolva comprar 3.000 resmas, a Embrapa 10.000, o INSS

²⁴³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. v. 7, p. 670.

²⁴⁴ Ibidem, p. 672.

²⁴⁵ Ibidem, p. 672.

²⁴⁶ Ibidem, p. 673.

7.000, o IBAMA 10.000, o TSE 5.000. Todos podem, um a um, formular consulta ao gerenciador da ata, no caso, a Caixa Econômica Federal, e ir adquirindo, desde que o fornecedor aceite fornecedor (sic) para todos eles, sem prejudicar a demanda inicial definida pela Caixa. No final o fornecedor terá vendido 45.000 resmas de papel.²⁴⁷

Marçal Justen Filho contrapõe-se ao pensamento de Jacoby acerca da figura do “carona”. Na sua concepção

“carona” consiste na contratação fundada num sistema de registro de preços em vigor, mas envolvendo uma entidade estadual dele não participante originalmente, com a peculiaridade de que os quantitativos não serão computados para o exaurimento do limite máximo.²⁴⁸

Afirma o autor que essa prática impõe como única restrição o limite de 100% do quantitativo máximo objeto do registro por entidade,²⁴⁹ podendo valer-se dessa solução qualquer órgão alheio ao sistema, independentemente de órbita federativa.

A figura do “carona”, no seu entendimento, afrontaria o princípio da legalidade, que seria o vício mais evidente, pois não se trata de sistemática prevista em lei, mas apenas em regulamento.

Identifica outros vícios, a saber:

- (i) Ofensa ao princípio da vinculação ao edital, porque não são respeitados os quantitativos aí determinados; além disso, são firmados ajustes com quem não participou da licitação e do sistema original;
- (ii) Infração à disciplina da habilitação, porque as exigências são estabelecidas em função do objeto, que depois se desconfigura com a prática do carona, em razão do acréscimo ilimitado do quantitativo;
- (iii) Criação de hipótese de dispensa de licitação por decreto, quando se trata de matéria que deve ser disciplina por lei, por imposição constitucional. A licitação realizada para a implantação do sistema de registro de preços não produz efeitos em relação ao “carona”, na medida em que o vencedor do certame pode se recusar a contratar com ele, hipótese inaplicável aos participantes do sistema; além disso,

²⁴⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. v. 7, p. 675.

²⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 207.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 207.

as quantidades fornecidas aos “caronas” não são computadas para fins de exaurimento dos limites do registro;

(iv) Infração ao limite legal de acréscimo quantitativo, pois esse é elevado de forma ilimitada com a prática do carona;

(v) Ofensa ao princípio da economicidade, na medida em que os ganhos de escala são transferidos para o particular;

(vi) Ofensa ao princípio da isonomia, pois não são observadas as condições e limites estabelecidos para a contratação.²⁵⁰

Além dos vícios apontados, Marçal identifica problemas relacionados com desvios éticos, entendendo que a “consagração do ‘carona’ favorece a prática da corrupção”,²⁵¹ na medida em que é dada ampla discricionariedade ao ente de escolher entre utilizar ou não um registro de preços.

Na esteira, Joel de Menezes Niebuhr associa a prática da adesão a uma “medida antijurídica, inconstitucional e ilegal, que não deve ser permitida em qualquer situação”,²⁵² entendendo que o *carona* expõe os princípios da moralidade e da impessoalidade a risco excessivo e despropositado, abrindo as portas da Administração a todo tipo de lobby, tráfico de influência e favorecimento pessoal, acrescentando:

[...] “carona” é o júbilo dos lobistas, do tráfico de influência e da corrupção, especialmente num país como o nosso, com instituições e meios de controle tão frágeis. Os lobistas e os corruptores não precisam mais propor o direcionamento de licitação; basta proporem o carona e tudo está resolvido.²⁵³

Toshio Mukai, de forma igualmente enfática, assevera que a figura do carona caracteriza contratação sem licitação e, por conseguinte, cometimento do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93.²⁵⁴

De fato, pode-se facilmente questionar a constitucionalidade da figura do “carona”, que foi criada por Decreto, pois, no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, é determinada a obrigatoriedade de licitar.

²⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 207-212

²⁵¹ Ibidem, p. 210

²⁵² GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 134.

²⁵³ Ibidem, p. 124.

²⁵⁴ MUKAI, Toshio. O efeito “carona” no Registro de Preços: um crime legal? **Fórum de Contratação e Gestão Pública** – FCGP, Belo Horizonte, v. 8, n. 87, p. 70-73, mar. 2009, p. 72.

A licitação é um princípio e uma regra que comporta exceções previstas em lei. Seu objetivo é assegurar igual oportunidade aos que pretendem contratar com o Poder Público, selecionando proposta mais vantajosa e que satisfaça o interesse público.

As exceções referem-se às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação. A primeira corresponde a situações definidas em lei em rol exaustivo em que, mesmo havendo possibilidade de competição, se determina a conveniência e oportunidade de não se realizar licitação para a contratação, facultando-se ao administrador público a opção por essa via ou pela licitação. A inexigibilidade, ao contrário, se impõe por situações em que a competição se mostra inviável.

O sistema de registro de preços é um excelente instrumento jurídico de auxílio à boa administração pública, pois, durante um determinado período, os preços registrados permanecem válidos, possibilitando rápida contratação para satisfação das necessidades públicas.

Note-se, porém, que os preços são ofertados em função da quantidade estimada para o fornecimento. A utilização dos preços registrados por quem não participou da implantação e da respectiva licitação para o registro de preços, eleva o quantitativo fixado no ato convocatório. No âmbito da União e do Município de São Paulo, essa quantidade pode ser ultrapassada até o limite da capacidade do fornecedor. No Estado de São Paulo, por força do Decreto nº 54.939, de 20/10/2009, limitou-se em 100% (cem por cento) do quantitativo inicialmente registrado, pelo conjunto das adesões.

A contratação adicional, não prevista originalmente, é potencialmente danosa aos cofres públicos, pois há perda de economia de escala, na medida em que há elevação do quantitativo fornecido em razão das adesões sem a correspondente redução do preço. Ganha o fornecedor, perde a Administração e os licitantes que participaram do certame. Portanto, há flagrante violação aos princípios da economicidade e da isonomia.

O “carona” não participa do certame, não compõe a estrutura do sistema de registro de preços; logo, não poderia utilizar os preços registrados para fins de contratação. Os regulamentos, ao admitirem essa medida, o fazem contrariando norma constitucional consagradora do princípio da licitação, criando uma hipótese de dispensa de licitação não prevista em lei.

Enfim, o procedimento de adesão previsto nos regulamentos é inconstitucional e ilegal e impede que o sistema de registro de preços cumpra sua finalidade imanente de servir de instrumento para a boa administração pública.

6.4 A função regulamentar no sistema de registro de preços

6.4.1 Regulamentação condicionada, ou não, à edição de lei local

O art. 15 da Lei nº 8.666/93, estabelece, em seu § 3º, que “o sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais [...].”

Nesse sentido, constitui prática corrente a regulamentação das disposições das leis nacionais pelos entes federativos, mediante decreto, sem o acolhimento prévio da matéria por leis locais. Existem, porém, divergências doutrinárias sobre a viabilidade dessa medida, face ao princípio constitucional da autonomia das entidades federadas.

Alice Gonzalez Borges²⁵⁵ e Eliana Goulart Leão sustentam que tal decreto somente pode ser editado depois de exercida a competência legislativa, com a edição de uma lei local que adote o sistema de registro de preços. A propósito, destaca esta última:

De acordo com o ordenamento jurídico em vigor, a implantação do sistema de registro de preços nos estados, municípios e Distrito Federal, será possível por intermédio da promulgação de uma lei local que o adote, a qual deverá ser regulamentada, em termos de procedimento, por decreto, expedido de acordo com os interesses e conveniências da Administração interessada, desde que seguidas as diretrizes básicas traçadas, pela Lei Federal, no art. 15. Este “iter” institucional do sistema nas pessoas políticas dos três níveis de governo é embasado no princípio constitucional da autonomia das entidades federadas, preconizado pela Constituição Federal de 1988, no art. 18, caput, que reza:

[...]

A autonomia outorgada pela nossa Lei Maior no mandamento transcrito significa a independência política, administrativa e financeira das entidades de direito público componentes da Federação Brasileira.²⁵⁶

Em sentido contrário, Toshio Mukai entende que

[...] as normas gerais do Decreto-lei 2.300/86 são cogentes a estados e municípios, independentemente de adaptações legislativas destes às normas mencionadas daquele. Em outros termos, as normas estaduais e municipais existentes, que colidirem com as normas gerais do Decreto-lei n. 2.300/86,

²⁵⁵ BORGES, Alice Gonzales. **Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 30.

²⁵⁶ LEÃO, Eliana Goulart. **O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações**. Campinas: Brookseller, 1996, p. 101.

deverão ser afastadas, para darem lugar à aplicação direta da norma geral federal.²⁵⁷

A Constituição Federal, em matéria de licitação e contratação públicas, reservou à União a competência privativa para editar normas gerais e, aos Estados, Municípios e Distrito Federal, a faculdade de suplementá-las pela via legislativa em aspectos de interesses regionais e locais, quando necessário.

As diretrizes nacionais sobre o sistema de registro de preços irradiam seus efeitos sobre todos os entes federativos independentemente de acolhimento por lei local. Por conseguinte, é dispensável a atuação do legislador local apenas para referendá-las. A edição de lei local constitui uma faculdade reservada para a hipótese de suplementação das normas gerais.

O foco da discussão, portanto, deveria ser a omissão do legislador local em não suplementar as diretrizes nacionais quando tal medida se faz necessária. Em relação ao registro de preços, o exercício da competência legislativa local seria recomendável, pois as normas nacionais dizem muito pouco.

No Município de São Paulo essa competência foi exercida de forma acurada, pois não se limitou a reproduzir as diretrizes nacionais. O Estado de São Paulo, no entanto, manteve a disciplina instituída pela Lei nº 6.544/89, anterior à Lei nº 8.666/93, preservando, em linhas gerais, o cunho genérico presente nas diretrizes nacionais.

Daí deflui que, se por um lado a ausência de lei local dispondo sobre o registro de preços não constitui a prática legislativa mais adequada, por outro não representa óbice à regulamentação da matéria pelo Chefe do Executivo do respectivo ente federativo.

6.4.2 Necessidade, ou não, de decreto regulamentar

Extrai-se do comando legal contido no § 3º, do art. 15 da Lei nº 8.666/93 que o sistema de registro de preços deve levar em conta as peculiaridades regionais que podem ser mais bem atendidas se for esse sistema instituído por decreto do Chefe do Executivo.

Cumprido, portanto, examinar se a edição do decreto é necessária ou se a disciplina legal é suficiente para a implementação do referido sistema.

²⁵⁷ MUKAI, Toshio. **Estatuto jurídico de licitações e contratos administrativos**. São Paulo. Saraiva, 1990, p. 10.

A doutrina, majoritariamente, considera desnecessária essa regulamentação, entendendo que a disciplina instituída por lei é autoaplicável. Nessa linha, J. C. Mariense Escobar assevera ser possível a adoção do sistema de registro de preços com a observância dos princípios e normas gerais que embasam a licitação, ressaltando:

É possível, pois, tendo em vista o que dispõe a respeito a Lei n. 8.666/93, sem dúvida auto-aplicável, adotar-se, desde logo, o procedimento do registro, contanto que na ausência de texto regulamentar específico não haja transgressões a quaisquer dos princípios e normas de caráter geral que embasam a licitação.²⁵⁸

No mesmo sentido Marçal Justen Filho pontua:

[...] a disciplina constante da Lei é perfeitamente suficiente para instituir-se o sistema de registro de preços. Não há necessidade de veiculação de outras regras complementares. A quase totalidade das soluções nele contidas pode ser explícita ou implicitamente extraída do sistema da Lei n. 8.666. [...] a função regulamentar é inerente à edição do ato convocatório da licitação. O edital é instrumento pelo qual se adaptam para o caso concreto as regras gerais contidas na lei e se exercitam as competências discricionárias atribuídas às autoridades administrativas. Em toda licitação, o ato convocatório desempenha essa função de natureza regulamentar. [...] No caso específico do registro de preços, a Lei n. 8.666/93 é bastante minuciosa e completa. [...] contém todas as normas essenciais para introdução do registro de preços.²⁵⁹

Todavia, como anteriormente apontado, a disciplina legal instituída em nível nacional e local é vaga, imprecisa e diz muito pouco; por isso, com todo respeito às opiniões contrárias, ousamos discordar da afirmação de que os dispositivos contidos na lei federal são suficientes para instituir o sistema de registro de preços nas diferentes unidades federativas.

A implementação do sistema de registro de preços não é tarefa simples. São inúmeros os aspectos a serem considerados para que ele atinja suas finalidades de imprimir eficiência às contratações públicas. Assim, o exercício da função regulamentar não pode ser dispensado.²⁶⁰

²⁵⁸ ESCOBAR, João Carlos Mariense. **O sistema de registro de preços nas compras públicas: teoria e prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 31.

²⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 195.

²⁶⁰ Nesse sentido, o Conselheiro do Tribunal de Contas de Minas Gerais Sebastião Helvecio, ao mencionar o Decreto 3.931/01, aduziu ser recomendável aos Municípios a regulamentação do procedimento de registro de preços no âmbito de sua autonomia administrativa, por meio de ato normativo próprio, observando-se sempre os comandos centrais sobre o tema inseridos na Lei 8.666/93 e na Lei 10.520/02, que regula o Pregão. (TCE/MG, Consulta nº 812.445, Rel. Cons. Sebastião Helvecio, 21.07.10).

6.4.3 Limites da função regulamentar no registro de preços

A Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar. Alguns autores, porém, passaram a sustentar que o regulamento autônomo no direito brasileiro foi restabelecido para a hipótese específica inserida na alínea “a” do inc. VI do artigo 84, que contém certo paralelismo com atribuições semelhantes da Câmara dos Deputados (art. 51, IV), do Senado (art. 52, XIII) e dos Tribunais (art. 96, I, “b”).

Carlos Pinto Coelho Motta alinha-se a essa corrente doutrinária. Sustenta que o Decreto nº 3.931/01, que regulamentou o sistema de registro de preços no âmbito federal, encontra respaldo no art. 84, inc. VI, “a”, da Constituição Federal, possuindo, “além da natureza de atribuir execução ao art. 15, da LNL, a de decreto autônomo, podendo dispor sobre situações não disciplinadas em lei”.²⁶¹

Adotando posição diversa, Celso Antônio Bandeira de Mello observa que o regulamento previsto no art. 84, VI, “a”, não é equivalente aos regulamentos independentes ou autônomos do direito europeu, cuja compostura é muitíssimo mais ampla. Trata-se de mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências já criados por lei.²⁶²

Almiro do Couto e Silva é taxativo: “Não há, em nenhuma hipótese ou circunstância, lugar para o poder regulamentar geral, ao estilo francês, para os regulamentos autônomos, ou para fonte originária do direito que não seja a lei”.²⁶³

O regulamento, para Celso Antônio Bandeira de Mello, é

ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.²⁶⁴

A seu turno, anota Seabra Fagundes que “o seu objetivo é, tão-somente, facilitar, pela especificação do processo executório da lei e pelo desdobramento minucioso do conteúdo

²⁶¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 202.

²⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 342-343.

²⁶³ COUTO E SILVA, Almiro do. Importação de bens usados: Proibição: Regulamento autônomo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 205, p. 305-315, jul./set. 1996, p. 311, *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 495.

²⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 343.

sintético da lei, a execução da vontade do Estado expressa em ato legislativo”. Revestindo o aspecto de norma geral, abstrata e obrigatória, tal como a lei, com a mesma não se confunde, pois “não acarreta, e aqui dela se distancia, modificação à ordem jurídica vigente”.²⁶⁵

De acordo com o Texto Constitucional, somente a lei pode impor obrigações aos administrados (art. 5º, II), não sendo tolerável que o Executivo, por meio de regulamentos, possa, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas.

Assim, os decretos não podem inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações, uma vez que essa competência está jungida à lei, consoante o princípio constitucional da reserva legal, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

Com efeito, os dispositivos constitucionais caracterizadores do **princípio da legalidade** no Brasil impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato **estritamente subordinado**, isto é, meramente subalterno e, ademais, **dependente de lei**.

Sendo assim, o decreto a que alude o § 3º do artigo 15 da Lei nº 8.666/93 não poderá estabelecer normas *contra legem* ou *ultra legem*, devendo limitar-se a regulamentar a lei visando sua fiel execução.

²⁶⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1967, p. 39.

7 CONCLUSÃO

1. Ao longo do presente estudo procurou-se demonstrar o que é o sistema de registro de preços e como ele vem sendo aplicado pela União, pelo Estado de São Paulo e pelo Município de São Paulo, a partir da legislação nacional, das leis locais e, sobretudo, dos regulamentos editados por esses entes federativos. Foram destacados os seus aspectos positivos e, paralelamente, buscou-se evidenciar os pontos polêmicos que têm suscitado debate doutrinário e jurisprudencial, especialmente no que tange à natureza jurídica desse instituto e à legalidade e constitucionalidade da disciplina regulamentar instituída.

2. A tímida normatização legal, somada à vagueza e à imprecisão das suas disposições, têm dificultado o exercício da função regulamentar por diversos entes federativos, notadamente os Municípios. Os mais estruturados administrativamente têm logrado certo êxito nesse intento, e os regulamentos mais recentes apresentam indiscutíveis avanços no que tange à estruturação do registro de preços.

3. Dentre os aspectos analisados, constatamos a dificuldade da doutrina em decodificar juridicamente o sistema de registro de preços. Divergências existem quanto à noção e à natureza jurídica. Alguns o consideram como um procedimento; outros como um sistema, havendo ainda quem a ele se refira como contrato ou cadastro, não se podendo apreender uma linha condutora entre eles.

Além disso, bastante comum confundir-se o registro de preços com modalidade de licitação e outros institutos que com ele guardam certa afinidade. Viu-se, no entanto, que o registro de preços estabelece, inexoravelmente, uma relação jurídica obrigacional entre a Administração e o titular do preço registrado. Essa questão deve ser enfrentada com a definição clara e precisa dos efeitos gerados por esse vínculo, que não apresenta caráter patrimonial, mas apenas normativo, de modo a não restar nenhuma dúvida quanto aos direitos e deveres de cada uma das partes.

4. Outra questão que sobressai do exame é a previsão contida nos regulamentos acerca da necessidade de formalização do registro de preços em documento que se convencionou

chamar “ata de registro de preços”. Embora a lei seja silente a respeito, há aceitação dessa figura pela doutrina e jurisprudência das Cortes de Contas, apesar de inexistir consenso quanto à sua natureza jurídica e efeitos. No presente estudo concluímos ser essa formalização desnecessária, pois os preços são selecionados mediante licitação, com o estabelecimento, no edital e nos respectivos anexos, das condições para os fornecimentos futuros e eventuais. Ademais, a publicação do resultado da licitação e a divulgação do preço que poderá ser utilizado durante certo período, são suficientes e desburocratizam o registro de preços, que tem como força motriz o princípio da eficiência. Na hipótese de atualização dos preços, a simples ciência aos participantes do sistema serve como orientação na formalização dos contratos decorrentes do registro de preços, sempre se observando os instrumentos previstos em lei.

5. A validade do registro, fixada em até um ano pela lei, também não tem sido observada na regulamentação da matéria, pois comumente se prevê a prorrogação desse prazo com o restabelecimento dos quantitativos estimados para o fornecimento. A realidade tem demonstrado que é possível a dilatação de prazos de validade do registro de preços, sendo de interesse público a efetivação dessa medida.

Dessa forma, urge rever o dispositivo em vigor para que seja contemplada a possibilidade de prorrogação, quando demonstrada de forma inequívoca a vantagem dessa medida, com ou sem restabelecimento dos quantitativos, em homenagem ao princípio da legalidade.

6. Quanto ao objeto dos fornecimentos decorrentes do registro de preços, a jurisprudência e a doutrina não chegaram a um consenso a respeito. Há posições favoráveis e contrárias à adoção do registro de preços para serviços e obras, remanescendo dúvidas em relação aos serviços comuns para a modalidade concorrência, porquanto se entende possível tal objeto apenas para o pregão.

A se considerar o formato legislativo atual, a orientação traçada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo parece mais adequada, no sentido de excluir os serviços de natureza complexa e que possuam natureza especializada de engenharia. Todavia, há que se evoluir no tratamento legislativo da matéria, pois a questão demanda juízo técnico de adequação do objeto ao sistema de registro de preços, de maneira que poderia ser admitido para bens, serviços e obras, desde que evidenciada a viabilidade de sua implementação,

pressupondo, nesse caso, fundamentalmente a divisibilidade do objeto e a possibilidade de sua padronização.

7. Questão pouco debatida, mas que pode gerar consequências nefastas para o sistema de registro de preços, refere-se à previsão de registro de preço único constante dos regulamentos federal e do Estado de São Paulo, que compele os demais licitantes a um nivelamento de preços pelo da melhor oferta. No Decreto federal excepciona-se essa medida possibilitando-se o registro de um ou mais preços quando o objeto for de qualidade e desempenho superiores — mas essa condição permite um viés de subjetividade que pode comprometer a legalidade do ato. Vimos que o regulamento do Município de São Paulo, ente que possui larga experiência no trato da matéria, optou por estabelecer o registro de vários preços de acordo com a capacidade de fornecimento ou outro critério fixado no edital. Essa alternativa que melhor se coaduna com a sistemática do registro de preços na hipótese de subdivisão do quantitativo total em lotes, aqui entendida como fracionamento interno do quantitativo do item, sempre observada a compatibilidade dos preços ao mercado. Também é salutar a hipótese de cotação pela quantidade total do item, a fim de se obter um maior número de fornecedores registrados, com o aproveitamento de várias propostas, pois saberá o licitante que, em sendo chamado ante a necessidade de substituição do primeiro colocado, fornecerá pelo seu preço e não pelo preço deste último.

8. Outro aspecto polêmico refere-se à adjudicação no registro de preços, na medida em que a indefinição quanto à exigência, ou não, da prática desse ato na licitação para registro de preços gera insegurança tanto para a autoridade administrativa, que não sabe se deve ou não praticá-lo, quanto para o vencedor do certame, embora a este a ausência desse ato possa ser contornada com o direito que a lei lhe assegura de não ser preterido em igualdade de condições. Diante da falta de uniformidade de entendimento doutrinário a respeito, conveniente que a lei seja explícita a esse respeito.

9. A expressão “sempre que possível”, contida na Lei nº 8.666/93, é comumente invocada para afastar a obrigatoriedade de adoção do registro de preços, mesmo nos casos em que sua aplicação seria inconteste. Essa atitude, porém, é equivocada e não condiz com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Ou seja, podendo realizar uma única licitação, com as inúmeras vantagens que essa medida oferece em termos de agilidade e economicidade, optar pela contratação específica e múltipla fere frontalmente o princípio da

eficiência. É preciso inverter essa lógica administrativa, impondo ao gestor público o dever de justificar a não adoção do registro de preços quando ele, em tese, se apresenta viável. Assim, há que se estabelecer em lei a preferência pelo uso do sistema de registro de preços, com a comprovação da sua inviabilidade nas hipóteses em que, em tese, teria cabimento.

10. A organização funcional do sistema de registro de preços estabelecida com mais precisão nos regulamentos da União e do Estado de São Paulo, formando um tripé de figuras estruturantes (órgão gerenciador, órgãos participantes e gestor do contrato), cujas funções devem ser exercidas de forma coordenada e integrada, sem dúvida representa um grande avanço, porquanto direciona a Administração no sentido do planejamento, que deve ocorrer de maneira transparente para dar credibilidade ao sistema de registro de preços. Essa metodologia de funcionamento, todavia, foi rompida pelos próprios regulamentos ao estabelecerem a possibilidade de utilização do registro de preços por terceiros não participantes do sistema, vulgarmente denominados “caronas”, anulando a evolução que havia sido alcançada — o que, em certo sentido, desnaturou o instituto.

Acresça-se que a admissão dos “caronas” acarreta o fornecimento em quantidade muito superior à estimada inicialmente, o que é prejudicial para a Administração, pois há evidente perda de economia de escala.

Ademais, os “caronas” contratam com os titulares dos preços registrados sem que tenham participado da licitação, caracterizando hipótese de dispensa não prevista em lei, com violação flagrante dos princípios da licitação, da legalidade, da isonomia, da economicidade, do planejamento, dentre outros. Esses desvios devem ser coibidos, mediante a previsão, em lei nacional, das figuras que podem participar e interagir no sistema de registro de preços, utilizando como referência a estrutura organizacional concebida nos regulamentos da União e do Estado de São Paulo.

11. A participação de órgãos e entidades de outras esferas de governo no registro de preços é matéria que necessita ser disciplinada em lei nacional com a fixação dos parâmetros a serem seguidos, cuidando para que as regras não esbarrem na autonomia político-administrativa dos entes federados, o que inclui a previsão de facultatividade da participação. Ademais, a lei deve delimitar as competências dos órgãos de controle na fase de implantação — compreendendo a licitação —, bem como na fase de execução — em que são celebrados contratos decorrentes do registro de preços por órgãos e entidades de diversos entes federativos —, a fim de que não haja sobreposição de controle e conflito de competências.

12. O termo “cancelamento”, utilizado nos regulamentos para indicar a extinção do registro, é inadequado e equivocado. O registro de preços forma uma relação jurídica contratual. Logo, a extinção desse vínculo deve operar-se mediante rescisão, com a previsão em lei nacional das hipóteses específicas de sua ocorrência, tendo em vista as peculiaridades do instituto.

13. As propostas acima apresentadas e que sinalizam para uma nova conformação legislativa do sistema de registro de preços são fruto da pesquisa levada a efeito e da vivência profissional, podendo vir a servir de subsídio para o aperfeiçoamento dos projetos em andamento na Câmara Federal^{266 267} e no Senado Federal²⁶⁸ ou, mesmo, para a elaboração de um projeto de lei que vise disciplinar de modo especial esse instituto, o que seria salutar para introduzir uma cultura de eficiência na realização dos negócios públicos.

Vale registrar que não se pretendeu dar um tratamento exaustivo à matéria em lei nacional, de modo a inviabilizar a competência legislativa suplementar dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, mas apenas estabelecer uma disciplina mais adequada para o registro de preços, com diretrizes mais definidas e claras que permitam sua regulamentação sem grandes dificuldades pelos entes federativos, bem como sua implementação de forma mais sistemática.

²⁶⁶ Proposição: PL-7709/2007, de alteração de dispositivos da Lei nº 8.666/93 de autoria do Poder Executivo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=339877>. Acesso em: 09 set. 2010.

²⁶⁷ Proposição: PL-32/2007, de instituição do Código de Licitações e Contratos da Administração Pública e revogação das Leis nºs 8.666/93 e 10.520/02, de autoria do Deputado Augusto Carvalho – PPS-DF, Apensado ao PL-146/2003. <Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=340007>. Acesso em: 09 set. 2010.

²⁶⁸ Medida Provisória nº 489, de 12 de maio de 2010, prevendo a utilização do sistema de registro de preços nas contratações de bens, serviços e obras necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/489.htm>. Acesso em: 02 jul. 2010.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEM, Fábio Pedro. **Contrato preliminar**: eficácia nos negócios jurídicos complexos. 197 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** n. 5, 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04 set. 2010.

_____. Fase interna e fase externa da licitação. **Comentários Cintra do Amaral**, São Paulo, n. 13, 2000. Disponível em: <<http://www.celc.com.br/comentarios/13.html>>. Acesso em: 06 set. 2010.

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria geral dos sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Petrópolis: Vozes, 2008.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação de registro de preços**: comentários ao Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BONAFÉ, Marici Abreu. Pregão e registro de preços. *In*: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Valquíria Batista dos (orgs.). **Curso de direito administrativo econômico**. v. III. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES, Alice Gonzalez. **Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

CAMMAROSANO, Márcio. Sistema de registro de preços: breves considerações. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 107, dez. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. 7. ed. 13. tiragem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2003.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORRÊA, Neyde Falco Pires. **O registro de preços no direito brasileiro**. 2005. 212 folhas. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, São Paulo, 2005.

COSTA, André Lucirton. **Sistema de compras: a lei de licitação e a função compras da empresa privada**. 195 folhas. Dissertação (Mestrado em Administração) – Curso de Pós-Graduação da FGV/EAESP, São Paulo, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. (coord.). **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: vol. 3. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **O sistema de registro de preços nas compras públicas: teoria e prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FAYOL, Henri. **Administração industrial e geral**. São Paulo: Atlas, 1994.

FERNANDES, J. U. Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2009.

_____. **Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle**. Disponível em: <<http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2010.

FERRAZ, Sérgio; Dallari, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 15. reimpressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREIRAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Licitação para registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 125. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1987.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003

_____. Do procedimento licitatório: conceito, finalidades e princípios. **Licitar**, São Paulo, v. 10, 1998, p-11-20.

_____. Devido processo legal e o procedimento administrativo. **BDA**, São Paulo, n. 01, 1999, p. 25-36.

HOUAISS. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. _____. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. **Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Pregão: nova modalidade de licitação**. Disponível em: <<http://licitacao.com.br/artdescricao.asp?cod=10>>. Acesso em: 18 jul. 2010.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEÃO, Eliana Goulart. **O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações**. Campinas: Bookseller, 1996.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed.. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 10, 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br> Acesso em: 04 set. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MUKAI, Toshio. **Estatuto jurídico de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. O efeito “carona” no Registro de Preços: um crime legal? **Fórum de Contratação e Gestão Pública** – FCGP, Belo Horizonte, v. 8, n. 87, p. 70-73, mar. 2009, p. 72.

PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações públicas: comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PENA, Ana Maria Moliterno. **Microssistema: o problema do sistema no polissistema**. 195 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte. Fórum, 2009.

PETIAN, Angélica. **O regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito**. 196 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20**. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. **Manual prático das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTANA, Jair Eduardo. **Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços, manual de implantação, operacionalização e controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade de pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. 2. série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAYLOR, Frederick Winslow. **Princípios de administração científica**. São Paulo: Atlas, 1992.

TOLOSA FILHO, Benedicto de; PAYÁ, Renata Fernandes de Tolosa. **Entendendo, implantando e mantendo o sistema de registro de preços**. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 1999.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos: orientações básicas**. 3. ed. rev. atual e ampl. Brasília: TCU – Secretaria de Controle Interno, 2006.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Sistema de registro de preços: algumas considerações práticas. *In*: BITTENCOURT, Sidney (org.). **Temas controvertidos sobre licitações e contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Temas & Ideias, 1999.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)