

AS INOVAÇÕES JURÍDICAS TRAZIDAS PELO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS DA UNIÃO

JOSE KAERIO FRANÇA LOPES¹

RESUMO: A preocupação básica deste estudo é apresentar as inovações trazidas pelo sistema de registro de preços nas licitações públicas, com ênfase no Decreto Federal n. 7.892/13, haja vista que a União é sempre o primeiro ente federativo a regular o tema, servindo de modelo para os regulamentos a serem editados pelos estados e municípios. O estudo foi redigido sempre traçando um paralelo com o procedimento comum da licitação, ou seja, apresentando apenas as diferenças do sistema de registro de preços em relação à forma tradicional de licitar. Ademais, este artigo, além de analisar o fundamento e a relevância jurídica do registro de preços nas licitações federais formalizadas por meio de pregão eletrônico, também tece comentários acerca da eficácia ou não deste procedimento especial, sobre a óptica de redução de preços para a Administração e segurança jurídica na relação firmada, haja vista que o risco é fator determinante para formulação de preços do fornecedor. Destarte, considerando as contribuições de diversos autores, este artigo discutirá todas as peculiaridades do registro de preços, sempre concluindo se existe ou não viabilidade econômica e legal neste procedimento.

Palavras-chave: registro de preços, adesão de ata, cadastro de reserva.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar os impactos e as inovações criadas pelo sistema de registro de preços (SRP) nas licitações públicas federais, em especial, após a publicação do Decreto Federal n. 9.488/18, abordando as principais diferenças deste instrumento jurídico em relação à forma tradicional de licitar.

A importância da análise do registro de preços sobre enfoque das contratações federais, se dá em razão de que a União é o ente federativo vanguardista na regulamentação deste instituto jurídico, sempre inovando em seus decretos regulamentares sobre o assunto, bem como tornando tais regulamentos moldes para a criação dos decretos estaduais e municipais que vierem a existir.

Outro aspecto importante a ser salientado, seria a análise sobre uma possível inconstitucionalidade dos decretos federais, haja vista que para alguns doutrinadores a figura do órgão não participante e da adesão à ata de registro de preços (ARP)

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Luciano Feijão (FLF), especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes – UCAM e especializando em Direito Tributário pela Faculdade UniBF.

inovam o ordenamento jurídico, fazendo com que o Executivo, por meio de decreto regulamentar, usurpe a competência do Legislativo, o qual deveria tratar a matéria por meio de lei.

Também cabe apresentar estudos sobre a relação entre o registro de preços e o princípio da adjudicação compulsória, ou seja, se há no presente caso uma mitigação ou uma violação de tal princípio, previsto na Lei n. 8.666/93.

Outro aspecto a ser abordado é cotejar o SRP com a forma tradicional de licitar, abordando em especial os contornos jurídicos das inovações trazidas pela União, como por exemplo, a ata cadastro de reserva. Embora tragam mais agilidade e dinâmica ao licitar, tais inovações carecem de maiores estudos, principalmente para conceder maior segurança jurídica e transparência nas suas relações.

Destarte, esse estudo mostra-se relevante ao passo que o SRP modulou bastante a forma de licitar, trazendo maior agilidade nas contratações públicas e menos burocracia.

Ora, atualmente o número de licitações SRP deixou de ser exceção e acabou se tornando a regra, conforme dados abaixo:

Figura 1 – Quantidade de processos, valor das compras homologadas, média e mediana de preços de todos os pregões federais, SRP ou não, para aquisição de materiais.



FONTE: **Painel de Preços – portal do Ministério do Planejamento.**

Figura 2 – Quantidade de processos, valor das compras homologadas, média e mediana de preços de todos os pregões federais, apenas SRP, para aquisição de materiais.



FONTE: **Painel de Preços – portal do Ministério do Planejamento.**

Figura 3 – Quantidade de processos, valor das compras homologadas, média e mediana de preços de todos os pregões federais, SRP ou não, para contratação de serviços.



FONTE: **Painel de Preços – portal do Ministério do Planejamento.**

Figura 4 – Quantidade de processos, valor das compras homologadas, média e mediana de preços de todos os pregões federais, apenas SRP, para contratação de serviços.



FONTE: **Painel de Preços – portal do Ministério do Planejamento.**

As informações acima são referentes a todas as licitações federais na modalidade pregão eletrônico. Daí, ao cotejar o valor total de compras homologadas via pregões, seja SRP ou não, com aquele homologado apenas por pregão SRP, percebe-se que para compra de materiais, o SRP representa 97% de todo o orçamento homologado em pregões; já no caso de prestação de serviços, o SRP permeia o percentual de 34%.

Seguindo este raciocínio e com base nos dados apresentados nas tabelas acima, verifica-se que atualmente existe uma alta adesão dos órgãos e agentes públicos ao sistema de registro de preços nas licitações públicas, principalmente quando se trata de aquisições de bens, relevando assim, a maciça gama de dinheiro açambarcada pelos procedimentos licitatórios envolvendo esse sistema, o que expõe a importância de realizar maiores estudos sobre o tema.

DESENVOLVIMENTO

Preliminarmente, antes de adentrar com maior profundidade ao tema, cabe esclarecer certos questionamentos sobre o tema, quais sejam: o que é sistema de registro de preços; como e quando se aplica e; qual(is) o(s) diploma(s) legal(is) que o fundamenta(m).

Sobre o conceito de SRP, cabe destacar as definições jurídicas apresentadas por grandes doutrinadores, vide abaixo:

1. Sistema de Registro de Preços (SRP): informa o decreto que se trata de um conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras.

Já esposamos que o SRP não é uma licitação, mas sim um mecanismo para sua implantação.

Trata-se, no dizer da norma, de um conjunto de procedimentos.

Diríamos que se consubstancia num procedimento, residindo nele a licitação (concorrência ou pregão). (BITTENCOURT, 2019, p. 46)

O Sistema de Registro de Preços é um procedimento auxiliar, inovador, arrojado e corajoso, pois traz nova roupagem ao processo de licitação pública inserindo um rol de vantagens, que vão desde a obrigatoriedade de planejamento das compras, como a possibilidade de economicidade, em vários aspectos, não só na aquisição do bem ou serviço, mas na economia processual. (FURTADO *et al*, 2019b. p. 324)

Analisando os conceitos acima apresentados, percebe-se que o sistema de registro de preço não é modalidade licitatória, mas sim um procedimento administrativo que se acopla a uma modalidade de licitação, pregão ou concorrência, de forma a relativizar o procedimento tradicional, com o intento de dar maior celeridade e eficiência às contratações públicas.

O SRP inova a forma de licitar, trazendo à gestão pública, regras e procedimentos muito similares ao modelo produtivo japonês *just in time* – JIT².

As hipóteses de cabimento do SRP, ou seja, quando é permitida sua utilização, encontram-se previstas no art. 3º do Decreto Federal n. 7.892/13, vide a redação da norma:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

A hipótese do inciso III visa proporcionar melhores resultados econômicos, estratégicos e operacionais, pois objetiva aumentar o vulto da licitação e, conseqüentemente, o poder de negociação da Administração, além de garantir padronização e logística mais eficiente durante a execução contratual.

Basicamente, invocar-se-á tal inciso quando o órgão público realizar contratações compartilhadas com outros órgãos (inciso III), ou seja, quando um órgão licitar sua demanda acrescida da demanda de outros órgãos públicos, podendo estes estarem vinculados a ele ou não.

Todavia, utilizar-se-á as demais hipóteses quando o órgão fizer uso do modelo JIT, entre outras palavras, visa evitar estoques, seja porque não tem como quantificar exatamente a necessidade do órgão (inciso IV); ou a necessidade do bem/serviço é

² [...] o conceito de JIT se expandiu, e hoje é uma filosofia gerencial que procura não apenas eliminar os desperdícios, mas também colocar o componente certo, no lugar certo e na hora certa. As partes são produzidas em tempo de atenderem às necessidades de produção, ao contrário da abordagem tradicional de produzir para caso as partes sejam necessárias. O JIT leva a estoques bem menores, custos mais baixos e melhor qualidade do que os sistemas convencionais. (ROSSETI *et al.*, 2008. p. 2).

contínua, repetindo-se ao longo do tempo (inciso I); ou ainda, quando a obtenção dos bens ou serviços ocorrer de acordo com o surgimento da demanda (inciso II).

Como já dito outrora, o SRP trata-se de um procedimento acoplado a uma modalidade licitatória, portanto, partindo-se deste pressuposto, cabe elencar quais são esses procedimentos, estabelecendo um comparativo com a forma tradicional de licitar.

A primeira diferença é que o registro de preços traz uma relativização do princípio da adjudicação compulsória³.

Existe uma leve sutileza nesse aspecto, pois na licitação tradicional, onde se figura a adjudicação compulsória, o adjudicatário tem mera expectativa de direito na contratação, não obstante, uma vez a Administração decidindo por contratar o objeto licitado, nasce ao adjudicatário o direito adquirido em figurar como parte contratada no ajuste pretendido, sendo vedado ao órgão público realizar nova licitação ou contratar outra empresa.

Noutra esteira, o SRP tem uma tratativa diferente, uma vez concluída a licitação com esse tipo de procedimento, o adjudicatário também possui, de início, apenas mera expectativa de direito. Contudo, se a Administração decidir por contratar o objeto licitado, o adjudicatário não terá direito adquirido, mas sim, apenas direito de preferência, ou seja, o órgão público pode realizar uma nova licitação ou contratar um outro fornecedor vencedor de outra licitação, desde que os valores sejam mais vantajosos à Administração, pois, caso não seja, aí sim deverá contratar o adjudicatário do SRP inicial.

A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa a licitações. Contudo, é assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições. (BRASIL, 2010. p. 245)

Outra peculiaridade do SRP é a possibilidade de aquisição parcial dos quantitativos licitados. Ora, se o intento do registro de preços é criar um modelo produtivo *just in time* nas contratações públicas, seria ilógico exigir que a Administração fique obrigada a adquirir o quantitativo integral registrado na ata.

³ Importante destacar que o adjudicatário não tem direito adquirido à celebração do contrato, mas mera expectativa de direito. Isso porque, mesmo após a adjudicação, a Administração não é obrigada a celebrar o contrato, cabendo-lhe avaliar a conveniência e oportunidade da contratação.

Se, entretanto, houver celebração do contrato com preterição da ordem classificatória, é nula a contratação (art. 50 da Lei n. 8.666/93), passando o adjudicatário a ter direito adquirido de figurar no contrato. (MAZZA, 2013, p. 331).

Numa licitação tradicional, como já mencionado outrora, vigora-se o princípio da adjudicação compulsória, ou seja, a Administração não é obrigada a contratar, todavia, caso faça, vincular-se-á ao fornecedor vencedor da licitação e, conseqüentemente, deverá também contratar o quantitativo total licitado, salvo fato superveniente que impossibilite o feito.

Veja o que assevera JACOBY FERNANDES (2015):

Lamentavelmente, porém, o Governo vem provocando verdadeiro contingenciamento do orçamento, liberando cotas trimestrais, e sempre no final do exercício as maiores cifras, de modo que o gestor acaba devolvendo ao erário cifras que eram efetivamente necessárias ao bom andamento do serviço, apenas por impossibilidade de concretizar em curto espaço de tempo, o longo percurso burocrático da licitação.

[...]

Com a adoção do Sistema de Registro de Preços, a Administração deixa a proposta mais vantajosa previamente selecionada, ficando no aguardo da aprovação dos recursos orçamentários e financeiros.

Não há necessidade de que o órgão tenha prévia dotação orçamentária, porque o Sistema de Registro de Preços, ao contrário da licitação convencional, não obriga a Administração Pública, em face à expressa disposição legal nesse sentido, como visto no subtítulo 1.1.4. do capítulo 1 deste título.

No sistema convencional de licitação, a Administração tem que ter prévia dotação orçamentária, porque há um compromisso que só em caráter excepcional pode ser revogado e anulado. (p. 91-93.)

Como decorrência lógica dessa faculdade em contratar o quantitativo integral da ata, tem-se que no SRP é prescindível indicar previamente os recursos orçamentários previstos da despesa, até porque a filosofia desse procedimento reside em formalizar apenas um catálogo de preços, cuja a aquisição ocorre de acordo com o surgimento da demanda. Portanto, seria ilógico exigir que a Administração apresente previamente uma estimativa orçamentária, sendo que o órgão não sabe nem se utilizará os quantitativos da ata⁴.

⁴ Apenas é prescindível apresentar a dotação orçamentária previamente ao licitar, e não ao longo de toda contratação, ou seja, para licitar por meio de SRP não necessita da dotação orçamentária, contudo para contratar,

Também por decorrência lógica desse modelo *just in time*, tem-se uma diferenciação em relação ao procedimento tradicional no tocante ao prazo de vinculação licitante ofertante da proposta.

Ressalta-se a redação da Lei n. 8.666/93, a qual disciplina o tema nas licitações tradicionais:

Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

[...]

§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

Outrossim, ainda sobre esse assunto, segue também o disposto na Lei n. 10.520/02, art. 6. "O prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, se outro não estiver fixado no edital. "

Em contrapartida, note o que versa o Decreto Federal n. 7.892/13:

Art. 12. O prazo de validade da ata de registro de preços não será superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações, conforme o inciso III do § 3º do art. 15 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 1º É vedado efetuar acréscimos nos quantitativos fixados pela ata de registro de preços, inclusive o acréscimo de que trata o § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 2º A vigência dos contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços será definida nos instrumentos convocatórios, observado o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 3º Os contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços poderão ser alterados, observado o disposto no art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

a administração está obrigada a indicar tais recursos orçamentários. Nesse sentido, ressalta-se o posicionamento do TCE MG no Acórdão n. 932692 – 1. Câmara, com destaque para o seguinte excerto do voto: Por não gerar compromisso de contratação, na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil.

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

Em síntese tem-se três situações distintas. Na primeira, a Lei n. 8.666/93, a qual aplica-se a todas as licitações tradicionais, salvo pregão, disciplina que o licitante somente se vincula a sua proposta no prazo de sessenta dias.

No segundo caso, tem-se a Lei n. 10.520/02, a qual permite que a Administração, em pregões tradicionais, estipule discricionariamente o prazo da proposta, aplicando-se o prazo de sessenta dias na hipótese de omissão editalícia.

Já no terceiro caso, o Decreto Federal n. 7.892/13 permite ao poder público determinar o prazo de validade da proposta, a qual se formalizará em ata específica, desde que não seja tal prazo superior a 12 meses⁵.

Ademais, destaque-se ainda algumas observações importante acerca do decreto supracitado em que o normativo permite prorrogar inúmeras vezes a vigência da ata de registro de preços, contudo essas prorrogações somente serão autorizadas desde que a vigência inicial da ata somada, com todas as prorrogações, não ultrapasse o lapso temporal de 12 meses.

Expõe-se ainda que é vedado ao órgão aditivar os quantitativos constantes na ata de registro de preços, mesmo que utilize os fundamentos e percentuais do art. 65 da Lei n. 8.666/93.

Não obstante, uma vez formalizado o contrato, tal vedação contida na ata é afastada em relação ao contrato, ou seja, o órgão pode formalizar aditivo, alterando as obrigações do contrato, mas não na ata.

Como já exposto outrora, o SRP permite realizar contratações compartilhadas entre os órgãos públicos, inclusive de entes políticos diferentes, através de uma fase preliminar denominada intenção de registro de preços - IRP.

A fase de IRP consiste em: o órgão que realiza a licitação, denominado órgão gerenciador, divulga sua relação de itens que deseja licitar, enquanto isso, os outros órgãos públicos interessados, denominados órgãos participantes, adicionam sua demanda aos itens divulgados pelo órgão gerenciador.

Para melhor visualização, imagine que um órgão "A" queira licitar 200 resmas de papéis e 100 caixas de caneta. Daí, o órgão "B" adiciona 100 resmas de papéis e 50 caixas de caneta e o órgão "C" 70 resmas de papéis apenas. Destarte, o órgão "A"

⁵ Para JACOBY FENRANDES (2015, p. 77), embora a lei verse sobre vigência da ata e não especifique validade da proposta, assim como faz os demais normativos, o entendimento doutrinário é que o legislador confundiu os institutos jurídicos, tratando-os como sinônimos.

licitará 370 resmas de papéis e 150 caixas de caneta, permitindo, assim, reduzir os custos unitários dos itens, em razão de economia de escala.

Veja o que a doutrina disciplina sobre o assunto:

O Decreto nº 7.892/2013, de forma inovadora, criou e regulamentou o instituto da Intenção de Registro de Preços – IRP, ferramenta já existente no portal *Comprasnet*. Como será visto, a finalidade do IRP é informar aos demais órgãos públicos a intenção de um dos órgãos do governo de realizar o registro de preços somando a demanda de todos os outros órgãos públicos que tiverem interesse em participar do registro de preços.

Aplicando corretamente o IRP, haverá maior transparência nas contratações públicas e redução do esforço da licitação. (JACOBY FERNANDES, 2015, p. 100)

Embora parte da doutrina considere uma enorme vantagem do SRP, em especial pelo ganho de escala dada pelo IRP, decorrente do enorme quantitativo licitado, outros doutrinadores acreditam exatamente no sentido inverso, ou seja, que tal procedimento de contratação gera perda de economia de escala.

Destaca-se os argumentos de JUSTEN FILHO (2014, p. 258) acerca do tema:

Na realidade da atividade econômica, o preço unitário numa venda de dez mil unidades não é idêntico àquele numa operação de um milhão de unidades. E isso porque o custo unitário de dez mil unidades é muito superior ao custo unitário de um milhão de unidades.

Mas o preço ofertado pelo licitante numa licitação de SRP deve ser honrado em face de qualquer quantitativo solicitado e mesmo que não haja a contratação do montante integral previsto. Portanto, o licitante se encontrará no dilema de ofertar ou um preço unitário mais reduzido calculado em face do quantitativo total previsto ou um preço médio (que seja suficiente para reduzir o seu prejuízo caso haja contratações em quantitativos mais reduzidos). Usualmente, o licitante opta pela segunda alternativa.

Justen Filho argumenta que licitar uma quantidade maior de itens não necessariamente significa economia de escala *per se*. Isso porque o SRP permite ao órgão adquirir quantitativo inferior ao licitado, ou seja, gera uma obscuridade ao fornecedor de quanto será efetivamente contratado, evitando assim, que este

mergulhe no preço por medo de cotar seus custos com base em uma demanda que não se concretizará na realidade.

Realmente é temerário ao fornecedor basear-se unicamente nos quantitativos licitados no momento da formulação da proposta. Não obstante, com o devido planejamento na fase interna da licitação, é possível superar essa insegurança jurídica e permitir efetiva redução nos custos da licitação SRP.

Pode-se citar como medidas de planejamento para minimizar a insegurança jurídica: anexar ao edital o histórico de consumo; estipular quantitativos mínimos de tiragem do objeto; não permitir a participação ou criar lote específico para os órgãos participantes geograficamente distantes; estabelecer percentual mínimo de aquisição dos itens registrados na ata, dentre outros mecanismos de planejamento.

Além da figura do órgão gerenciador e participante, o decreto federal também criou a figura do órgão não participante.

Órgão não participante é aquele que não participa das fases interna e externa da licitação, seja como órgão participante, seja como órgão gerenciador, mas acaba aderindo e contratando quantitativo dos itens constantes na ata de registro de preços, por meio de um procedimento administrativo denominado adesão à ata de registro de preços, ou, como é popularmente conhecido, “carona”.

Segundo o dispositivo, desde que devidamente justificada a vantagem, a ARP, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do Órgão Gerenciador, sendo facultada aos órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais a adesão a atas da Administração Pública federal (§9º do art. 22).

A prática popularizou-se no âmbito das ligações através da denominação “carona”, ou seja, a participação daqueles que, não tendo compartilhado da competição (não constando, em decorrência, da ata), consultam o Órgão Gerenciador, solicitando o uso da ARP. (BITTENCOURT, 2019, p. 51)

Note a diferença entre os atores envolvidos na SRP: primeiramente o órgão gerenciador realiza a licitação e divulga seus quantitativos, no caso da União, pelo portal SIASG-NET. Daí, os órgãos participantes cadastram suas demandas, as quais são unificadas pelo gerenciador, que pratica os demais atos processuais.

Uma vez concluída a licitação, cada órgão fica responsável por empenhar, gerenciar e executar seus quantitativos separadamente.

Neste diapasão, o órgão não participante visualiza a ARP; pede autorização ao gerenciador para efetuar uma "carona" nela, caso este autorize, aquele empenha, gerencia e executa os quantitativos autorizados.

Embora seja um processo relativamente simples, a "carona" traz consigo várias discussões jurídicas, cabendo tecer comentários sobre cada uma delas.

O primeiro ponto a se abordar é que o fornecedor vencedor da ARP não é obrigado a fornecer seus quantitativos ao não participante, portanto cabe a este consultar o fornecedor se este aceita ampliar sua oferta ao caroneiro.

Ao realizar "carona", os quantitativos contidos nesse procedimento não interferem nos quantitativos dos demais órgãos, ou seja, em uma licitação de 100 canetas, sendo 50 para o gerenciador e 50 para os participantes, caso o caroneiro formalize adesão de 40 canetas, é como se aumentasse os quantitativos da ARP para 140 canetas, de forma que tanto os participantes como o gerenciador poderiam, cada um, ainda adquirir as 50 canetas.

Segundo FURTADO (2015a), o Decreto Federal n. 3.391/01, primeiro normativo que regulou o SRP, trouxe apenas uma única limitação acerca do "carona", qual seja, cada órgão não participante não poderia aderir mais de 100% quantitativos registrados na ARP.

O doutrinador acima ainda expõe que essa flexibilidade exacerbada da adesão fragilizava bastante a competitividade dos certames, pois poderia o fornecedor combinar quantitativos previamente com outros órgãos para reduzir e garantir sua economia de escala e, ainda, ganhar todas as licitações.

Nessa situação, foi, conforme assevera Furtado, necessário que o Tribunal de Contas da União interferisse, o qual determinou ao Ministério do Planejamento a reavaliação da figura do "carona", de forma a estabelecer limites sobre sua utilização.

Diante disso, houve alteração do Regulamento do SRP, passando a vigor o Decreto n. 7.892/13, o qual permaneceu com a primeira limitação, e criou uma segunda, a qual asseverava que o total de quantitativos aderido por todos os órgãos interessados não poderia superar ao quádruplo dos quantitativos contidos na ARP.

Retomando o exemplo anterior das canetas, sob a égide do primeiro decreto, poderiam haver inúmeras adesões, desde que cada uma delas não superasse individualmente o limite de 100 canetas. Com a nova redação regulamentar, esse primeiro limite se manteve, todavia definiu-se um outro, o número total de adesões não poderá superar o quádruplo do registrado, ou seja, quando o gerenciador perceber que já foram aderidas 500 canetas, este fica vedado a conceder novas autorizações.

Em 2018, houve alteração do decreto vigente pelo Decreto Federal n. 9.488/18, o qual alterou os quantitativos impostos pelos limites. Destarte, com a nova redação, o órgão não participante somente poderá aderir até 50% do total registrado na ARP e, o total de adesões não poderá superar o dobro dos quantitativos da ata.

Utilizando-se ainda o exemplo das canetas, cada órgão não participante somente poderá aderir até 50 canetas, devendo o total de adesões não superar o número de 200 canetas.

Outro ponto a se destacar no referido decreto federal é que foi vedado ao ente de maior abrangência aderir a ata do de menor área de atuação, não sendo a recíproca verdadeira, ou seja, a União não poderá aderir ARP's dos estados e municípios, não obstante, poderão os municípios e estados aderir as ARP's da União.

Ainda sobre o tema, muitos doutrinadores acreditam que o instituto jurídico do "carona" deveria ser normatizado por lei, e não regulamento. Portanto, segundo eles, o decreto federal seria inconstitucional.

Inicialmente, cabe destacar que a própria Lei n. 8.666/93 permite flexibilizar a normatização do SRP, via Decreto. Segue o texto legal:

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

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

I - seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano. (BRASIL, 1993. **Grifo nosso**)

Por sua vez, ressalta-se o que pensam alguns doutrinadores acerca da flexibilização normativa para regular o "carona":

Quem poderia, em tese, criar a carona é o Poder Legislativo, por meio de Lei, em obediência ao princípio da legalidade. O carona jamais poderia ter sido criado, como malgrado foi, pelo Presidente da República, por mero regulamento administrativo.

No Estado Democrático de Direito não se deve governar por decreto, mas por lei, conforme preceitua o princípio da

legalidade, festejado de modo contundente e irrefutável pela Constituição Federal. (NIEBURH, 2006, p. 15)

[...] o inciso XXI do art. 37 da CF ficou aberta e escancaradamente violentado, pois esses órgãos ou entidades, que no curso da execução de uma Ata de Registro de Preços, podem adquirir os bens ou serviços licitados pelo órgão gestor e pelos outros convidados a participar, em última análise, estão adquirindo bens ou serviços sem ter participado de qualquer licitação. Eis aí a figura do "carona", como a doutrina já apelidou esses órgãos ou entidades que, por essa via, compram bens ou contratam serviços sem licitação, o que é frontalmente contra o disposto no inciso XXI do art. 37 da CF. (MUKAI, 2007, p. 96)

[...] a Constituição Federal define os limites desse procedimento, mas em nenhum momento obriga a vinculação de cada contrato a uma só licitação, ou, ao revés, de uma licitação para cada contrato. Essa perspectiva procedimental fica ao alcance de formulações de modelos: no primeiro, é possível conceber mais de uma licitação para um só contrato, como na prática se vislumbra com o instituto da pré-qualificação em que a seleção dos licitantes segue os moldes da concorrência, para só depois licitar-se o objeto, entre os pré-qualificados; no segundo, a figura do carona em registro de preços ou a utilização de licitação por mais de um órgão, como permite o art. 112 da Lei 8.666/1993. Desse modo é juridicamente possível estender a proposta mais vantajosa conquistada pela Administração Pública como amparo a outros contratos. (JACOBY FERNANDES, 2009, p. 673)

Veja a divergência doutrinária, pois, para alguns doutrinadores, o "carona" cria novas relações jurídicas, ou seja, cria deveres e obrigações não previstos inicialmente pela lei.

Destarte, o decreto não apenas estaria regulamentando a lei, mas também usurpando sua competência, ao passo em que inova o ordenamento jurídico.

Por outro prisma, há quem pense o contrário, como é o caso do ilustre doutrinador Jacoby Fernandes, o qual defende não haver inconstitucionalidade do referido decreto, haja vista que o "carona" se trata de um procedimento que apenas permite a um órgão utilizar registro de preços de outro órgão, não criando novas modalidades de licitação.

Acredita-se ser mais assertivo o posicionamento de Jacoby Fernandes, por dois motivos.

Primeiro, se o embasamento de que o “carona” é inconstitucional é porque ele cria relações jurídicas, e somente a lei poderia fazê-lo, então todo o decreto seria inconstitucional, pois este também cria relações jurídicas ao gerenciador e aos participantes, podendo citar a obrigatoriedade em divulgar a licitação; a obrigatoriedade do gerenciador autorizar ou negar, em prazo estabelecido, a inserção dos quantitativos cadastrados pelos participantes, dentre outros.

Segundo, o decreto não extrapola os limites da lei, pois essa é clara em autorizar que aquela normatize o assunto do procedimento do registro de preços, sendo assim, somente seria inconstitucional o regulamento em questão, caso versasse sobre modalidade de licitação, tipo de licitação, condutas do fornecedor e membros do setor de licitações, impugnações, recursos e outros assuntos relacionados ao procedimento da condução da sessão pública.

Ainda sobre o “carona, salientam-se dois questionamentos importantíssimos adotados pelo TCU, a fim de resguardar o interesse público e evitar a ocorrência de fraudes nas adesões de atas oriundas de licitações que tiverem seus itens agrupados em lotes.

O primeiro questionamento seria: o órgão não participante poderá aderir um ou alguns itens específicos quando a licitação se dá por lotes?

Versa o Acórdão n. 1.893/17 – Plenário⁶, do Relator Bruno Dantas, que a Corte de Contas da União entendeu ser proibido o aderente adjudicar alguns itens do lote licitado quando o fornecedor não tiver fornecido o menor preço para cada item individualmente.

Ilustrando o caso acima, imagine numa licitação de um lote único formado pela união de dois itens, em que o primeiro trata da aquisição de quatro mesas de escritório. O segundo item, trata da compra de 12 poltronas.

Nesse exemplo, durante a sessão pública, o fornecedor “A” apresentou lance de R\$300,00 para cada mesa, ou seja, R\$1.200,00 para o item 1; já para o item 2 apresentou valor de unitário de R\$100,00, totalizando R\$1.200,00.

Por sua vez, o fornecedor “B” ofertou lance de R\$500,00 para cada mesa, ou seja, R\$2.000,00 para o item 1; já para o item 2 apresentou valor de unitário de R\$90,00, totalizando R\$1.080,00.

⁶ Enunciado do acórdão: É indevida a utilização da ata de registro de preços por quaisquer interessados - incluindo o próprio gerenciador, os órgãos participantes e eventuais caronas, caso tenha sido prevista a adesão para órgãos não participantes - para aquisição separada de itens de objeto adjudicado por preço global de lote ou grupo para os quais o fornecedor convocado para assinar a ata não tenha apresentado o menor preço na licitação.

Como a licitação é por lote, a adjudicação se dá pelo menor preço, comparando os itens agrupados como se só um fosse. Portanto, "A" venceu com uma proposta de R\$2.400,00, enquanto "B" ficou em segundo com uma proposta de R\$3.080,00.

Diante dessa situação, o que o TCU veda, é que um órgão não participante venha aderir apenas o item 2 do fornecedor "A", pois nesse caso poderia dar azo a um jogo de planilhas, pois um licitante mergulharia no preço de um item para vencer o lote e depois compensaria a perda fornecendo inúmeras adesões dos outros itens os quais o preço não decaiu.

Então, o TCU entendeu que os órgãos participantes, não participantes e gerenciador devem manter a proporcionalidade do quantitativo do lote/grupo, caso queiram empenhar item que o fornecedor vencedor não tenha apresentado menor preço.

Frise que se o interesse da adesão for apenas do item o qual fornecedor efetivamente apresentou o menor preço individualmente, no exemplo acima, é o caso de se aderir apenas à mesa de escritório, sem poltronas. Destarte, não será necessário resguardar a proporcionalidade do grupo, porquanto que o preço do fornecedor para aquele item seja realmente o mais barato.

O segundo questionamento, o qual fora apresentado por meio de consulta formulada pela Câmara dos Deputados, indagou se seria possível, no caso de fornecedor vencedor do lote, que não apresentou menor proposta para item específico, aderir apenas a este item, contratando a empresa que apresentou melhor proposta, independentemente dela não ter sido a vencedora do lote?

Fazendo uso do exemplo das mesas de escritório e das poltronas, a indagação feita pela Câmara dos Deputados é se poderia aderir apenas as poltronas, mas ao invés de formalizar o contrato com a empresa "A", poderia sê-lo feito com "B", haja vista que para aquele item específico "B" apresentou menor preço.

O Acórdão n. 1.347/18 – Plenário⁷, Relator Bruno Dantas, foi no sentido de vedar tal ajuste, pois o SRP permite a contratação dos fornecedores melhor classificados na ata, não se permitindo contratação avulsa.

A última inovação trazida pelo SRP é a formação da ata cadastro de reserva de registro de preços.

⁷ Enunciado do acórdão: No sistema de registro de preços com critério de adjudicação pelo menor preço global por grupo (lote) de itens, não é admissível aquisição junto a empresa que apresentou a melhor proposta para determinado item, mas que não foi vencedora do respectivo grupo, uma vez que a licitação para registro de preços objetiva a convocação dos fornecedores mais bem classificados para assinar as atas, sendo possível, única e exclusivamente, contratação com as empresas vencedoras para fornecimento dos itens nelas registrados.

Segue o texto normativo do Decreto Federal n. 7892/13, após a alteração realizado em 2018:

Art. 11. Após a homologação da licitação, o registro de preços observará, entre outras, as seguintes condições: [...]

II - será incluído, na respectiva ata na forma de anexo, o registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais aos do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, excluído o percentual referente à margem de preferência, quando o objeto não atender aos requisitos previstos no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993; [...]

§ 1º O registro a que se refere o inciso II do **caput** tem por objetivo a formação de cadastro de reserva no caso de impossibilidade de atendimento pelo primeiro colocado da ata, nas hipóteses previstas nos arts. 20 e 21.

§ 2º Se houver mais de um licitante na situação de que trata o inciso II do **caput**, serão classificados segundo a ordem da última proposta apresentada durante a fase competitiva.

§ 3º A habilitação dos fornecedores que comporão o cadastro de reserva a que se refere o inciso II do **caput** será efetuada, na hipótese prevista no parágrafo único do art. 13 e quando houver necessidade de contratação de fornecedor remanescente, nas hipóteses previstas nos arts. 20 e 21.

§ 4º O anexo que trata o inciso II do **caput** consiste na ata de realização da sessão pública do pregão ou da concorrência, que conterá a informação dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor do certame.

Em um concurso público existem os concursados para cargos de provimento efetivo e os concursados pertencentes ao cadastro de reserva, que somente serão nomeados caso surjam novas vagas. Neste caso aplica-se a mesma lógica, ou seja, o fornecedor pertencente ao cadastro de reserva, em regra, não será contratado. Contudo, poderá acontecer sua contratação, caso haja "surgimento de vaga", ou seja, se porventura o licitante vencedor for excluído da ata.

Para isso, assim que concluir a licitação SRP, a Administração convocará os demais licitantes para saberem se possuem o interesse em ingressar na ata como cadastro de reserva.

Havendo aceitação dos fornecedores, esses deverão cotar seus preços em valor igual ao do fornecedor vencedor da ata, ou seja, para participar do cadastro deverão fazer o mesmo preço do primeiro colocado.

A formação de cadastro de reserva não se trata de uma nova ata, com prazos, quantidades ou valores diferentes, mas apenas um complemento da ata inicial, a qual somente será acionada se o fornecedor contratado não honrar com sua proposta.

Destarte, uma vez acionada a licitante pertencente ao cadastro, ela será contratada para o remanescente dos itens da ata, permanecendo inalterada a vigência da ARP, ou seja, não se reiniciam o prazo da ata e nem os quantitativos a serem contratados.

O Decreto é bastante sucinto ao normatizar o tema, o que acarreta em diversos questionamentos procedimentais e jurídicos.

É imperioso questionar acerca da habilitação da licitante pertencente ao cadastro de reserva.

O art. 11, § 3º do Decreto Federal n. 7.892/13 assevera que a empresa do cadastro de reserva somente terá seus documentos de habilitação analisados no momento da contratação. Esse dispositivo, segundo REOLON (2014), em que pese ter o escopo de desburocratizar e agilizar o procedimento licitatório, não permite aos operadores do direito fechar os olhos que essa postergação, em tese, fere a isonomia da licitação, haja vista que o licitante pode regularizar sua situação empresarial no interstício compreendido entre a sessão pública e o momento de sua convocação para ser contratado.

Contudo, não há, na prática, lesão à isonomia, pois o licitante vencedor tem o direito adquirido da preferência da contratação, enquanto no cadastro de reserva, mera expectativa de direito. Logo, é razoável que se exija os documentos de habilitação quando esse for convocado, pois é o momento em que se materializa seu direito de preferência em ser contratado, caso a Administração ainda utilize a referida ata.

Embora silente a legislação, por meio de analogia, também se estende o mesmo entendimento acerca da habilitação da empresa convocado no cadastro de reserva para os casos de análise de amostra.

REOLON (2014) acrescenta sobre o cuidado que a Administração deve ter ao formalizar o contrato com empresa do cadastro de reserva, devendo verificar se essa possui algum tipo de punição que acarrete rescisão contratual. Segundo o autor, ao formalizar o ajuste, deve-se analisar a existência de eventuais punições, seus efeitos e alcance, a fim de analisar se há algum impedimento legal para prosseguimento do feito.

AZEVEDO (2016) comenta que o licitante ao ingressar no cadastro de reserva deve ter muito cuidado para não ingressar numa armadilha.

O raciocínio do autor é de que numa licitação, principalmente SRP, a quantidade é um fator importante para determinar o preço. Daí, no momento da contratação, a empresa pertencente ao cadastro de reserva somente irá fornecer o remanescente da ata. Logo, é bem possível que esse quantitativo restante não seja capaz de amortizar os custos e auferir o lucro estimado na proposta, a qual foi calculada, levando em conta o quantitativo total da ata.

Nesse diapasão, mesmo que o preço se torne inexequível, em razão do diminuto remanescente contratual, a empresa do cadastro de reserva está obrigada a fornecer os itens da ARP, uma vez acionada.

A preocupação do autor é real, tanto que é plenamente visível pouca discussão doutrinária e jurídica acerca do tema.

Em se tratando de serviços continuados, é possível verificar que o instituto é mais eficaz, haja vista que a ARP e o contrato são autônomos entre si.

Destarte, se a empresa do cadastro de reserva é acionada, o prazo de vigência da ata não se renova, devendo manter-se o prazo original. Todavia, por se tratar de prestação de serviços, a vigência do contrato, por ser independente, poderá correr normalmente, inclusive podendo ser aditivada, se for o caso.

Imagine uma licitação SRP para serviço de manutenção de veículos por um ano. Nesse cenário, aciona-se o cadastro de reserva após o transcurso de 10 meses da vigência da ata. Já que o contrato é autônomo, a licitante é contratada pelos 2 meses restantes, podendo, em razão de ser serviço continuado, formalizar prorrogações contratuais de até 60 meses, assim como preconiza o art. 57, II da Lei n. 8.666/93.

No tocante a aquisição de bens, o cadastro de reserva somente passa a ser interessante ao fornecedor se, uma vez acionado, sua vinculação à formação do ajuste for obrigatória apenas se houver um remanescente mínimo previsto no edital, o qual, uma vez extrapolado, passa a tornar facultativa a obrigação do fornecimento do remanescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante exposto, conclui-se que o SRP trouxe inúmeros instrumentos inovadores às licitações públicas, principalmente reduzindo o excesso de burocracia e o engessamento da máquina pública.

É imperioso destacar que a inserção do *just in time* e a faculdade em se adquirir os itens da ata fizeram do SRP o modelo extremamente interessante à Administração

Pública, tanto que, atualmente, esse procedimento já representa quase 100% de todo montante licitado pela União, por pregão, para aquisição de bens e; 34%, quando se trata de serviços.

Embora o SRP implemente muitas inovações, tem-se ainda a necessidade de se criar uma lei, *strictu sensu*, que normatize de forma mais robusta e aprofundada o tema. Principalmente para garantir que haja segurança jurídica na relação firmada entre o órgão público e o particular, haja vista que quanto menor o risco, mais fácil é para o fornecedor poder reduzir seus preços.

Havendo maior normatização sobre o tema e planejamento na hora de se elaborar o edital, é plenamente perceptível que o SRP se torna um procedimento licitatório bastante célere e lucrativo, permitindo maior integração e flexibilidade entre os órgãos públicos, sendo cada vez mais escassa a utilização de licitação no modelo tradicional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JUNIOR, Edimário Freitas de. Compêndio sobre o sistema de registro de preços nas licitações. **Revista Controle**. Belo Horizonte, ano 14, n. 1, jan./jun. 2016. Disponível em: <DOI: <https://doi.org/10.32586/rcda.v14i1.319>>. Acesso em: 12 out. 2019.

AZEVEDO, Rodrigo Soares de. A armadilha do cadastro de reserva no registro de preço. **Licitante Vencedor**. 22 ago., 2016. Disponível em: <<http://licitantevencedor.com.br/2046-2/>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Decreto Federal nº 7.892/13, de 23 de janeiro de 2013. **Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 jan. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7892.htm>. Acesso em: 09 out. 2019.

Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da**

Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 09 out. 2019.

_____. Lei nº 10.520/02, de 17 de julho de 2002. **Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências**. Diário Oficial da

União, Brasília, DF, 17 jul. 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. **Painel de Preços**. Disponível em:
<<http://paineldeprecos.planejamento.gov.br/analise-servicos>>. Acesso em: 7/10/2019.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudências do TCU**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Brasília, DF, 2010. 910p.

BITTENCOURT, Sidney. Decreto nº 9.488/2018: alteração do regulamento federal de Registro de Preços. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 202, p. 44-49, out. 2018.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitação de Registro de Preços**. 5 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. P. 194

FERNANDES, J. U. Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERNANDES, J. U. Jacoby. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 638

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015a. P. 815

FURTADO, Madeline Rocha *et al.* **Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019b. P. 556

JUSTEN FILHO, Maçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1200

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 615

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 609.

MUKAI, Toshio. Registro de Preços em Nível Federal. Inconstitucionalidade do art. 8º (Figura do "Carona") do Decreto nº 3.931/2001. Possibilitação do cometimento de crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93. **Governnet Editora**. Curitiba. 2007. Disponível em: <<http://www.governnet.com.br/noticia.php?cod=1484>>. Acesso em: 3 nov. 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. "Carona" em Ata de Registro de Preços: atentado veemente aos princípios de direito administrativo. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Curitiba, n. 143, p. 13-19, fev. 2006.

REOLON, Jaques. A legalidade – ou não – do cadastro de reservas para registro de preços. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4079, 1 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31583>. Acesso em: 12 nov. 2019.

ROSSETI, Eraida Kliper et al. "sistema just in time: conceitos imprescindíveis". **Revista Qualitas Eletrônica**. ISSN -1677 4280, v. 7, n. 2, 2008. Acesso em: 14 out. 2019.