

CONTROVÉRSIAS DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS¹

Alexandre Manir Figueiredo Sarquis

Doutorando e Mestre em Ciência Econômica pela UnB
Auditor do TCE/SP

Rosemeire da Silva Cardoso Ramos

Advogada e Pós-Graduanda em Gestão de Políticas Públicas pela USP
Agente da Fiscalização Financeira do TCE/SP

Introdução. 1. Aspectos conceituais e aplicabilidade do SRP. 1.1. Demanda Aleatória. 1.2. Qualidade, condições e quantidades usuais do mercado. 1.3. Incerteza quanto à existência de recursos orçamentários. 1.4. Obras e serviços comuns, continuados e de engenharia. 1.5. A questão do “tapa-buracos”. **2. Limites do SRP.** 2.1. Modalidade licitatória vinculada. 2.2. Reequilíbrio econômico-financeiro. 2.3. Vigência da ata. 2.4. Verificação da compatibilidade dos preços registrados. 2.5. Indicação de prévia dotação orçamentária. 2.6. Prorrogação de prazo e acréscimo de 25% do contrato. 2.7. Critério de menor preço por item e aglutinação de bens ou serviços. **3. “Adesão legal” e “Carona”.**
Conclusão

Palavras-chave: direito administrativo, licitações, contratos, sistema de registro de preços, contrato de fornecimento, carona, controle externo, Lei 8.666/93, Decreto 3.931/01, Decreto 47.945/03.

INTRODUÇÃO

Licitação é o procedimento administrativo por meio do qual a administração seleciona a proposta mais vantajosa para contratos de fornecimento de bens, serviços, alienações, concessões e obras de engenharia. É rotina administrativa que carece de robusta estrutura para ser conduzida, cada vez mais aparelhada e capacitada.

A qualificação exigida para promover licitações decorre tanto do mercado, cujos produtos e instrumentos se sofisticam, quanto das leis, regulamentos e requisitos de controle externo, que exigem cada vez mais conhecimento dos operadores. Outro encargo para os que estão vinculados à necessidade de licitar é o lapso temporal do concurso

¹ Doravante serão utilizadas as siglas SRP para abreviar Sistema de Registro de Preços, ARP para Ata de Registro de Preços e TCE/SP para Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Os autores agradecem os comentários oferecidos pelos amigos e professores Abilio Augusto Martins, Beatriz Camasmie Curiati Salione, Cristina del Pilar Pinheiro Busquets, Fernando Novaes Precendo, José Antonio Pereira Neves, Marcos Renato Böetcher, Marcus Augusto Gomes Cerávolo, Pedro Arnaldo Fornacialli, Rosy Maria de Oliveira Leone, Samy Wurman e Sérgio Ciqueira Rossi, isentando-os das impropriedades eventualmente existentes nesta última versão.

licitatório, pois ele exige maior planejamento do administrador que não pode simplesmente adquirir assim que constata uma necessidade.

Licitar custa, qualquer administrador pode dizer, e há um limite para a economia que pode ser alcançada com cada real adicional despendido na tarefa de buscar a proposta mais vantajosa.

Neste cenário prospera o discurso pelo SRP e suas virtudes. Anuncia-se que, uma vez registrados os preços, não há obrigatoriedade de repetir o procedimento ou proceder à contratação, o que reduz a necessidade de planejamento das compras e de estoques. Da mesma forma, não é necessária a existência de dotação orçamentária, o que simplifica o processamento contábil. Além disto, existindo preços registrados em outro órgão da administração, há permissivo para que a licitação seja abreviada ou mesmo evitada. São diversas as faculdades do SRP e o legislador expressamente o sugeriu, pedindo sua utilização “sempre que possível”.

É paradoxal que o mesmo princípio da eficiência possa ser invocado tanto para justificar a licitação, quanto para afastá-la.

Registro de preços é, portanto, tema que remete a controvérsias relevantes e que sustenta compromisso entre vantagens e prejuízos potenciais. A jurisdição se faz premente. O TCE/SP foi instado a se manifestar dezenas de vezes sobre o tema, o que depura sua lição e a torna clara, uma vez reiterada.

Nessa conjuntura, buscaremos esclarecer a aplicabilidade do sistema, assim como reproduzir alguns dos ensinamentos que o TCE/SP oferece para as questões que decorrem do SRP e, ao final, dar uma palavra sobre a polêmica figura do “carona”.

Este é um trabalho de interpretação do que pensa a Corte de Contas paulista, por meio dos seus julgados, na compilação dos autores. Foi necessário introduzir certa dose de teoria para aproximar os assuntos, sendo que esta interpolação é doutrinária e não representa, necessariamente, a posição do TCE/SP acerca da matéria aqui discutida. Os julgados colacionados, de outra forma, representam o entendimento da Corte em seus respectivos contextos.

1. Aspectos conceituais e aplicabilidade do SRP

O sistema não foi concebido pela Lei 8.666/93, uma vez que já figurava no Decreto-Lei 2.300/86, e na Lei paulista que o inspirou, a 10.395/70, cujo projeto fora elaborado por equipe chefiada pelo Exmo. Sr. Secretário da Justiça Hely Lopes Meirelles e recebido na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo pelo seu então presidente, o Exmo. Sr. Orlando Zancaner. Certamente o instituto foi derivado da expressão norte-americana “price registry”, que nada mais é do que “tabela de preços”.

Nenhuma das justificativas para a elaboração da Lei 10.395/70 (exposição de motivos 2/86 e mensagem 114/70) comenta diretamente acerca do sistema. Todavia,

para alguns doutrinadores, sua existência pode ser percebida desde a expedição do Decreto 4.536/22 (Art. 52), o Código de Contabilidade da União².

A partir dos diversos instrumentos normativos que permeiam o SRP, concebe-se a idéia de que, desde o seu início, o que se pretendia era uma visão minimalista do procedimento licitatório. E essa forma de entender o sistema encontra-se presente na opinião dos precursores da matéria, a exemplo de Antonio Marcello da Silva³, para quem a principal vantagem era a eliminação de sucessivas licitações, ou seja, em seu âmago estava a compreensão de que os preços seriam reutilizados em contratações não conhecidas no momento da realização do procedimento.

No entanto, apesar de frequentar intermitentemente leis e regulamentos desde 1922, o sistema encontrou utilização firme somente após o ano de 2001, quando, de fato, se formou infraestrutura propícia: a rede de computadores tornou a informação registrada disponível; a estabilidade de preços deu utilidade para o tabelamento; e o Decreto Federal 3.931/01 contornou com clareza um instituto poderoso e flexível para o procedimento de compras e contratação de serviços na Administração Pública.

Embora a Lei 8.666/93 cuide de regras gerais, é pacífica a opinião de que nem todas as suas disposições são gerais. No caso específico do SRP, a regra é específica e o Decreto que o regulamenta deve ser local⁴.

Consoante entendimento exarado em decisão do TCE/SP, “a utilização do sistema de registro de preços visa, primordialmente, a redução da instauração de diversas licitações para o mesmo objeto, porquanto se concentra em um único procedimento a

² Art. 52. Para os fornecimentos ordinarios ás repartições publicas, poderá o Governo estabelecer o regimen de concurrencias permanentes, inscrevendo-se, nas contabilidades dos Ministerios e nas repartições interessadas nos fornecimentos, os nomes dos negociantes que se propuzerem a fornecer os artigos de consumo habitual, com a indicação dos preços offerecidos, qualidade e mais esclarecimentos reputados necesarios.

§ 1º A inscrição far-se-á mediante requerimento ao chefe da repartição ou ao Ministro, conforme determinação regulamentar, acompanhado das informações necessarias ao julgamento da idoneidade do proponente, indicação dos artigos e preços dos fornecimentos pretendidos.

§ 2º Julgada dentro de 10 dias a idoneidade do proponente, será ordenada a sua immediata inscrição si este se subordinar ás condições exigidas para o fornecimento.

§ 3º Os preços offerecidos não poderão ser alterados antes de decorridos quatro mezes da data da inscrição, sendo que as alterações comunicadas em requerimento só se tornarão effectivas após 15 dias do despacho, que ordenar a sua anotação.

§ 4º O fornecimento de qualquer artigo caberá ao proponente que houver offerecido preço mais barato, não podendo, em caso algum, o negociante inscripto recusar-se a satisfazer a encomenda, sob pena de ser excluido o seu nome ou firma do registro ou inscrição e de correr por conta delle a differença. (Decreto 4.536/22)

³ SILVA, Antonio Marcello da. **Contratações Administrativas**, Ed. Revistas dos Tribunais, 1971.

⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública**. 7ª edição. Ed. Renovar, 2007. p. 192.

possibilidade de realizar diversas aquisições, recorrentes e necessárias, durante certo lapso, em face de os preços permanecerem à disposição da Administração.”⁵

Para o TCE/SP é imprescindível que: a) haja planejamento nas aquisições de bens e serviços pretendidos pela administração pública; b) a escolha da modalidade licitatória seja pautada em critérios que assegurem a adoção mais adequada à satisfação do interesse público envolvido; e c) não se admita o uso do SRP em casos que demandem a rápida transmissão do objeto desejado, mas, apenas nas licitações de bens e prestação de serviços para eventuais e futuras contratações.

Uma clara vantagem do SRP pode ser reconhecida na otimização do controle do estoque, sem perda de produtos em função da validade ou condições de armazenamento, fatores que contribuem sobremaneira para mitigar o desperdício, possibilitando ao gestor público a alocação de recursos em necessidades mais urgentes.

1.1 Demanda aleatória

O princípio da anualidade informa a contabilidade pública e a sua prestação de contas. O consumo de qualquer bem ou serviço, no entanto, está submetido à incerteza. Alguns serviços, por sua própria natureza ou forma de consumo, estão mais sujeitos à previsibilidade. Para exemplificar tal situação, citamos o consumo de energia elétrica auferido em um edifício público de um mês para o outro, que pode apresentar variações tão pequenas quanto 2%.

Em situação diversa, encontrar-se-ia um pequeno hospital com um contrato de remoção aérea de pacientes levados a tratamento intensivo: o serviço poderia ser utilizado uma única vez no espaço de um ano para, no ano seguinte, ser utilizado duas, três, ou mesmo nenhuma vez, em uma variação muitas vezes superior a 100%.

A Lei 8.666/93 consentiu variações de 25% como normais em contratos administrativos, aceitando até 50% no caso de reformas. Nesta magnitude, certamente, a demanda não é tida por aleatória⁶. No entanto, variações esperadas acima dessas podem, ou não, ser assim consideradas.

Dito isso, tem-se como surpreendente apenas a demanda que, além de imprevisível, exija satisfação imediata ou breve, pois se ela pode aguardar a solução de um torneio licitatório regular, então este deve ser o caminho a ser escolhido.

⁵ TC-004531/029/09 - SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO MARCOS RENATO BÖTTCHER - PRIMEIRA CÂMARA - SESSÃO DE 01/09/2009.

⁶ O sentido de “aleatório” utilizado aqui não é o mesmo da ciência estatística, pois nela uma variável sujeita a qualquer nível de incerteza é aleatória, ao passo que neste artigo classificamos como aleatória a variável que apresentar incerteza superior à razoável.

De igual maneira, deve restar claro que os métodos de previsão usuais na administração não socorreriam o administrador a se antecipar. Por exemplo, não poderia se declarar surpreso o administrador levado a adquirir nova ambulância por exaustão da vida útil da anterior. Bens e serviços cuja demanda seja aleatória são patentes candidatos a serem licitados com a utilização do SRP.

1.2 Qualidade, condições e quantidades usuais de mercado

O SRP causará a lavra de uma ata na qual os objetos serão ladeados por preços, basicamente. Algumas condições, tais como frete, seguro, apresentação, impostos, local e horário de entrega, quantidades mínimas e máximas dos lotes, ou outras indispensáveis para o fornecimento pretendido, poderão ser criteriosamente lançadas por ocasião de eventual ajuste. Nada impede que seja celebrado contrato administrativo quando da efetivação do pedido, desde que sua minuta conste do instrumento convocatório do certame.

É essencial, entretanto, que a qualidade do produto, as condições e quantidades almejadas sejam usuais no mercado, de forma a constituir transação rotineira para os fornecedores envolvidos. A contratação não poderá, por exemplo, implicar em mobilização e desmobilização relevantes.

Um mesmo objeto poderá ter a licitação para seu provimento sugerida pelo SRP ou não, a se considerar diferentes quantidades, qualidades ou condições. Pode-se registrar o preço da resma de papel A4 em uma entidade, enquanto, em outra, o SRP pode estar desaconselhado, notadamente, quando o certame visa precipuamente a impressão de periódicos e necessita do objeto em lotes, condições de entrega, de apresentação ou de qualidade diferentes dos usualmente encontrados no mercado.

Em suma, a pergunta a se fazer é a seguinte: o mercado possibilita, nas quantidades, condições e qualidades solicitadas, que o objeto pretendido se amolde a contratações individuais e autônomas por um determinado preço? Se sim, o SRP pode ser uma opção desejável.

Evidentemente, é imperativo que o fornecimento se dê em unidades, afastando, portanto, qualquer característica subjetiva de avaliação, tal como ANS⁷, BDI⁸, bônus de performance ou outros que caracterizem a inviabilidade do tabelamento de preços.

⁷ Acordo de Nível de Serviço, ou ANS, é pacto acessório ao contrato administrativo que especifica níveis de bonificação ou penalidades a serem aplicadas de acordo com a avaliação dada ao objeto executado.

⁸ Bonificações e Despesas Indiretas, ou BDI, representa o rateio dos custos não inclusos nas composições de custos unitários diretos ou corresponde ao rateio dos custos indiretos e do lucro aplicado ao custo direto. Geralmente é apresentado sob a forma de percentual, e sua composição, que contempla impostos diretos, margem de lucro e taxa de administração.

1.3 Incerteza quanto à existência de recursos orçamentários

Não é aleatória, como no sentido colocado acima (item 1.1), a demanda cuja incerteza esteja na capacidade de se pagar pelos bens ou serviços, ou mesmo quanto à existência de recursos financeiros.

A bem da verdade, esse exemplo constitui outro caso em que o SRP pode ser proveitoso. Municípios compelidos ao contingenciamento de suas transferências e convênios, certamente, podem experimentar esta incerteza.

Portanto, é útil a escolha do SRP em tal circunstância, mas, cumulativamente a esta duvidosa provisão, devem estar presentes outros requisitos indispensáveis ao uso do instituto, como os já mencionados anteriormente.

1.4 Obras e serviços comuns, continuados e de engenharia

O caráter de imprevisibilidade emprestado ao SRP evidencia que a regra geral,⁹ instituída pela Lei 8.666/93, está direcionada às compras. Desta forma, a jurisprudência do TCE/SP, por interpretação extensiva e sistemática, reconhece a utilização do instituto para serviços somente nos casos em que não se apresente a demanda por execução continuada ou a complexidade geralmente atribuída às contratações de engenharia.

Nesses moldes, o SRP se torna aceito somente para serviços de pequenos reparos e de pouca monta, desde que caracterizados pela condição de imprevisíveis, mas passíveis de mensuração. Atividades de fácil manejo e execução, não destacadas pelas especificidades das obras e serviços de engenharia.¹⁰

É certo que a adoção do SRP para serviços de engenharia já contou com o visto do TCE/SP, notadamente nas situações onde se verificou tanto a ausência de complexidade do objeto, quanto a existência de padrões para o desempenho exigido na execução contratual¹¹, não se admitindo, contudo, a eleição desse instituto para a prestação de serviços semelhantes aos de manutenção e conservação do sistema viário, pontes, viadutos, implantação e operacionalização de “sistema de gestão e fiscalização de trânsito” e outros mais que demandem a elaboração de projeto básico e orçamento detalhado.¹²

⁹ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

II - ser processadas através de sistema de registro de preços; (Lei 8.666/93)

¹⁰ TC-033635/026/11 – CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 09/11/2011.

¹¹ TC-000299/001/09 - CONSELHEIRO FULVIO JULIÃO BIAZZI - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 29/04/2009.

¹² TC-019250/026/05 E TC-019267/026/05 - CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 03/08/2005; TC-003367/003/07 - CONSELHEIRO ROBSON MARINHO - SEGUNDA CÂMARA - SESSÃO DE 05/05/2009; TC-028973/026/09 - CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 30/09/2009; TC-034912/026/09 - CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE

No mesmo sentido, os entendimentos do TCE/SP caminham para a inviabilidade de adoção do SRP quando o objeto pretendido recai sobre a consecução de serviços a serem prestados continuamente à população, como se percebe nos casos de conservação e higiene de escolas, hospitais, ou asseio e manutenção de logradouros públicos, onde não há como conceber que a manutenção de adequadas condições de limpeza esteja submetida a regime que se caracteriza pela eventualidade, pela impossibilidade de mensuração objetiva dos quantitativos e pela não obrigatoriedade da contratação.¹³

Ressalte-se ainda que o TCE/SP considera também inadequada a escolha do SRP para contratação de empresas especializadas em eventos, especialmente, quando os editais de licitação especificam os serviços pretendidos de forma pormenorizada, não deixando qualquer margem de incerteza no tocante aos quantitativos exigidos e as datas programadas para a realização dos festejos.¹⁴

1.5 A questão do “tapa-buracos”

Em razão de suas peculiaridades, os serviços de engenharia já receberam diferentes julgamentos do TCE/SP. Nesse sentido, há decisão admitindo o SRP nos casos que fixaram referências e padrões de produção, distribuição, custo, qualidade e execução, já que a existência de parâmetro aferível torna viável o Instituto para tais serviços, dada a semelhança com as compras de bens mencionadas pela Lei 8.666/93.¹⁵

Notadamente, há relutância do TCE/SP em aceitar indiscriminadamente o SRP para serviços de engenharia, por considerar o vulto e a complexidade que muitas vezes permeiam as atividades desta natureza, ou seja, porque a execução de um contrato vultoso, em sua grande maioria, exige domínio no conhecimento técnico de cunho intelectual e foco na capacidade econômica da empresa licitante para viabilizar os custos que envolvem a sua operacionalização.¹⁶

Neste contexto, já houve inclusive a rejeição do Instituto para serviços de engenharia reservados à recuperação do sistema viário, os conhecidos tapa-buracos,

11/11/2009; TC-032915/026/11 – CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 09/11/2011.

¹³ TC-000966/001/09 - CONSELHEIRO EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 21/10/09.

¹⁴ TC-001296/007/10 – CONSELHEIRO FULVIO JULIÃO BIAZZI – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 10/02/2010.

¹⁵ TC-015304/026/04 - CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA - SEGUNDA CÂMARA - SESSÃO DE 22/10/2008; TC-033519/026/11 – CONSELHEIRO FULVIO JULIÃO BIAZZI – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 09/11/2011.

¹⁶ TC-000064/001/10 E TC-000088/001/10 – CONSELHEIRO CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 24/03/2010; TC-027567/026/10 - CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 18/08/2010.

quando reconhecidamente distante o caráter ordinário que deve estar presente na atividade pretendida.¹⁷

A teor da jurisprudência do TCE/SP, o administrador que pretende registrar preços para manutenção de sistema viário, conservação asfáltica ou outros serviços conhecidos como “tapa-buracos”, deverá estar convicto de que: a) não haverá necessidade de mobilização ou desmobilização importantes; b) a unidade cujo preço será registrado é usual do mercado; c) a fixação de lotes mínimos e máximos imprimirá segurança para a formulação de propostas; e d) o edital não estabelecerá quantificações indeterminadas para fornecimento, nem serviços incertos para execução, a exemplo da sinalização e do desvio de fluxos urbanos. Portanto, na medida do possível, deve a administração utilizar-se de referências e padrões de mercado, tais como as normas ABNT aplicáveis.

2. Limites do SRP

Apesar de geralmente conferir vantagens aos procedimentos administrativos para aquisição de bens e serviços, o SRP tem suas limitações.

2.1 Modalidade licitatória vinculada

No SRP, o certame licitatório deverá ser processado nas modalidades concorrência ou pregão¹⁸, ambas no tipo “menor preço”. Todavia, excepcionalmente, poderá ser adotada a concorrência do tipo “técnica e preço”, a critério do órgão gerenciador do registro de preços e mediante despacho devidamente fundamentado pela autoridade máxima do órgão licitante.

No âmbito Federal, a divulgação de pregão realizado para o sistema de registro de preços, independentemente do valor estimado, será feita também em jornal de grande circulação nacional ou regional¹⁹. Na esfera estadual, entretanto, as regras são as da Lei do pregão, que estão vinculadas apenas ao valor total a ser registrado.

¹⁷ TC-029815/026/11 - SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO ALEXANDRE MANIR FIGUEIREDO SARQUIS - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 05/10/2011; TC-033081/026/11 - SUBSTITUTA DE CONSELHEIRO CRISTIANA DE CASTRO MORAES - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 26/10/2011.

¹⁸ 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; (Lei 8.666/93)

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 nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico. (Lei 10.520/02)

¹⁹ Brasil. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 4ª Edição. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. fl.282.

Cabe observar que, na esfera Federal, o critério de julgamento também pode se encontrar vinculado. Embora o “menor preço” seja a regra (art. 46 da Lei 8.666/93), o Decreto Federal 3.931/01 (§1º do art. 3º) permitiu expressamente o tipo “técnica e preço” em licitações do SRP.

No entanto, esta permissão não foi recepcionada no regulamento paulista. Inclusive, o TCE/SP já determinou a anulação de concorrência para constituição de ARP por entender inaplicável o julgamento por “técnica e preço”²⁰, mesmo sendo o objeto serviço de informática, para o qual a lei pede expressamente a utilização do referido critério²¹.

2.2 Reequilíbrio econômico-financeiro

Os contratos somente têm sentido quando fazem Lei entre as partes. Esta justiça contratual, conhecida como *pacta sunt servanda*, é relativizada em contratos de trato sucessivo ou execução diferida, pois implícita está a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, a convenção não permanece caso se alterem as condições originais.

Desta forma, a comutatividade do Contrato é direito subjetivo do contratado, mas está sujeita, por supremacia do interesse público, no caso de contratos administrativos, ao regime de direito público.

Na hipótese de contratos decorrentes do SRP essa condição se faz mais pronunciada, mesmo porque se assume que os objetos licitados pelo Sistema tenham preços estáveis, reduzindo a chamada “álea ordinária”.

Álea é risco e, por ordinário, deseja-se falar daquilo que é previsível. Nos contratos administrativos, corrige-se a avença original por flutuações previsíveis dos preços dos insumos somente após o lapso de um ano, por força do que dispõe a Lei do Plano Real²². Por outro lado, a chamada álea extraordinária é a possibilidade de ocorrência de fatos imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências indetermináveis que alterem severamente a simetria da relação contratual como originalmente avençada (art. 65, inciso II, alínea “d” da Lei 8.666/93).

²⁰ TC-012883/026/08 - CONSELHEIRO CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 03/12/2008

²¹ Art. 45. [...]

§ 4º Para contratação de bens e serviços de informática, a administração observará o disposto no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu parágrafo 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo.

²² Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano. (Lei 9.069/95)

Como a validade da ata é restrita a um ano²³, a compreensão existente no TCE/SP é de que não cabe a repactuação da avença. Afasta-se, com isto, a reforma do valor por álea ordinária em caso de Registro de Preços. Entretanto, será aceita a alteração dos preços registrados na eventualidade da álea extraordinária, desde que uma das partes contratantes esteja submetida à onerosidade excessiva da prestação, em patente desequilíbrio contratual²⁴.

2.3 Vigência da ata

Por expressa determinação legal, o prazo de validade da ata, como já dito antes, não poderá ultrapassar o período de um ano, computadas neste as eventuais prorrogações decorrentes de ata inicialmente firmada por tempo inferior. Logo, estabelecer a sua vigência para além dos doze meses é procedimento que fere o princípio da legalidade, decorrendo disso que até a simples previsão editalícia de prorrogar a vigência da ARP é, atualmente, aspecto em flagrante descompasso com a jurisprudência do TCE/SP²⁵.

Ressalte-se, entretanto, que até fevereiro de 2010²⁶, o TCE/SP adotou posições mais condescendentes, relevando tal irregularidade nos casos em que fora devidamente comprovada a economicidade do ajuste, assim como demonstradas as cautelas administrativas que asseguravam: a) o desempenho satisfatório da contratada na execução do objeto licitado; b) o compromisso da empresa em fornecer os produtos pelos preços fixados na ARP; e c) a pesquisa prévia atestando que os valores pactuados encontravam-se abaixo dos praticados no mercado, elementos que, por vezes, permitiram considerar a natureza singular dos casos analisados para excepcionar a regra geral aplicável²⁷.

2.4 Verificação da compatibilidade dos preços registrados

Muito embora os preços registrados sejam supostamente estáveis, que apenas a álea extraordinária possa ser arguida para a alteração, e de resultarem de regular certame

²³ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...] § 3o O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições: [...] III - validade do registro não superior a um ano. Lei 8.666/93.

²⁴ TC-001432/010/07 - CONSELHEIRO EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO – TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 09/11/2011.

²⁵ TC-038240/026/08 E TC-037165/026/08 - CONSELHEIRO CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 03/12/2008 E 17/12/08; TC-002307/003/07 - SUBSTITUTA DE CONSELHEIRO MARIA REGINA PASQUALE - PRIMEIRA CÂMARA - SESSÃO DE 31/08/2010.

²⁶ TC-044523/026/09 - SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO SÉRGIO CIQUERA ROSSI - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 03/02/2010 - NOTAS TAQUIGRÁFICAS.

²⁷ TC-007166/026/09 - SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO OLAVO SILVA JUNIOR - SEGUNDA CÂMARA - SESSÃO DE 26/05/2009; TC-037967/026/08 - CONSELHEIRO ROBSON MARINHO - SEGUNDA CÂMARA - SESSÃO DE 02/02/2010.

licitatório, os mesmos devem ser verificados na oportunidade da efetiva contratação, por meio de pesquisa, para se aferir a compatibilidade com os valores praticados no mercado. A validade da pesquisa é trimestral e deve ser assim mantida nos casos de Registros demandados com frequência.

2.5 Indicação de prévia dotação orçamentária

A jurisprudência do TCE/SP dispensa a documentação de existência de créditos orçamentários para realização de certame licitatório do SRP, pois o sistema não obriga a administração a firmar os contratos decorrentes da ata. Esta circunstância permite que o bloqueio preceda somente o efetivo pedido de compra ou autorização de fornecimento.²⁸

Dessa forma, o permissivo simplifica a realização do procedimento licitatório, mas dificulta o controle administrativo, uma vez que, para a realização do pedido, há que se promover a pesquisa de preços de mercado, o bloqueio de recursos orçamentários e a celebração de contrato ou ordem de fornecimento, com nota de empenho individualizada.

2.6 Prorrogação de prazo e acréscimo de 25% do contrato

A Nota de Empenho não é o único instrumento disponível para formalizar uma ordem de fornecimento processada pelo SRP. A administração pode também celebrar contratos, especialmente se condicionados à forma parcelada de entrega ou resultarem em obrigações futuras.

Neste caso, há julgados do TCE/SP que consideraram tanto a prorrogação de prazo quanto o acréscimo dos quantitativos originalmente pactuados, como regras inerentes a qualquer contrato administrativo, ante o juízo de que as alterações promovidas atendiam às normais legais incidentes²⁹.

Todavia, evoluindo na apreciação de contratos de fornecimento originados de ARP, o TCE/SP passou a considerar irregular a alteração porventura havida nos contratos provenientes do SRP, fazendo constar em sua jurisprudência que “Há de prevalecer o entendimento de que, formado o registro e subscrita a ata correspondente, qualquer fornecimento dela decorrente somente pode ocorrer nos exatos limites temporais da validade dos preços registrados, não cabendo, com isso, admitir-se qualquer hipótese de revisão de preços ou prorrogação de vigência, tanto da ata, como dos contratos dela decorrentes. Qualquer disposição diversa implica no desvirtuamento do instituto que, por

²⁸ TC-010019/026/07 - CONSELHEIRO FULVIO JULIÃO BIAZZI - TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 28/03/2007; TC-042913/026/06 - CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA - SEGUNDA CÂMARA - SESSÃO DE 31/03/2009.

²⁹ TC-028396/026/07 - SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO CARLOS ALBERTO DE CAMPOS - SEGUNDA CÂMARA - SESSÃO DE 09/09/2008; TC-000726/026/07 E 016910/026/07 - CONSELHEIRO CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA - PRIMEIRA CÂMARA - SESSÃO DE 17/03/09.

excelência, serve para conferir às compras de bens e serviços necessários à Administração dinâmica de fornecimento pontual contra o respectivo pagamento”.³⁰

Ressalte-se, no entanto, que no âmbito Federal, além do instrumento do contrato, pode também a ARP sofrer diretamente as alterações de que trata o art. 65 da Lei 8.666/93, a teor do que dispõe o art. 12 do Decreto 3.931/01. Este artigo foi reproduzido em algumas regulamentações estaduais, a exemplo do Decreto Estadual de Minas Gerais 43.652/03 (art. 12). A hipótese, porém, não foi recepcionada pelo ordenamento paulista (Decreto 47.945/03).

2.7 Critério de menor preço por item e aglutinação de bens ou serviços

A adoção do tipo menor preço por lote para aquisição de bens não encontra óbices legais, nem tampouco reprovação sumária no TCE/SP, eis que pode favorecer a administração tanto no que diz respeito à condução do certame, quanto ao gerenciamento dos contratos subsequentes.

Assim, em casos pontuais e quando devidamente justificados os aspectos técnicos, econômicos e logísticos que envolvem o objeto da licitação, o TCE/SP, mesmo no SRP, tem aceitado a eventual aglutinação de itens, importando também que o procedimento vise à garantia de maior competitividade nos certames e maior economia aos cofres públicos.

É de se observar, entretanto, que a ausência de critério na aglutinação do objeto pode, eventualmente, revelar-se prejudicial à competitividade e à economicidade almejada, pois tanto alija da disputa o licitante incapaz de fornecer todos os itens que compõem o lote, quanto embaraça a busca da Administração pela oferta de menor preço. Contudo, a aglutinação de bens ou serviços que não guardem perfeita relação entre si, pode ser resolvida com a admissão de empresas reunidas em consórcio.³¹

3. “Adesão legal” e “Carona”

Como já dito, o certame licitatório destinado ao registro de preços deverá observar as normas gerais da Lei 8.666/93, como também da Lei 10.520/02, quando a modalidade eleita for o pregão, pautando-se, ainda, em decreto que regulamente o SRP na esfera de governo em que o órgão ou entidade estiver inserida.

³⁰ TC-009656/026/11; TC-010285/026/11; e TC-010286/026/11 – CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 13/04/2011.

³¹ TC-004072/026/10 – CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 03/02/2010; TC-000064/001/10 e TC-000088/001/10 – CONSELHEIRO CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 24/03/2010; TC-044225/026/10 – CONSELHEIRO ROBSON MARINHO – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 02/02/2011; TC-009295/026/11 e TC-000128/012/11 – CONSELHEIRO EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO – TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 23/03/2011.

Quanto à operacionalização do SRP, o Decreto Federal nº 3.931/01 preconiza o “órgão gerenciador”, responsável pela licitação que antecede o registro de preços e pelo gerenciamento da ata dele decorrente, bem como institui o “participante”, órgão ou entidade que toma parte nos procedimentos iniciais do SRP e integra a ARP, situação entendida como “adesão legal”³², e prevendo, ainda, a existência de um terceiro, conhecido como “carona”³³, que poderá se utilizar da ARP depois de terminado o processo, ou seja, sem que tenha participado da elaboração ou condução do certame licitatório.

O “carona”, embora inserido formalmente no ordenamento paulista por meio do Decreto Estadual 51.908/07, tem sido proibido nos julgados do TCE/SP³⁴, ante o juízo de que essa figura, na forma como instituída nos Decretos Federal e Estadual, burla preceito da Constituição Republicana de 1988, por afrontar os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes.

Isso porque, a utilização do “carona” possibilita a cada órgão que aderir à ARP, individualmente, contratar até 100% dos quantitativos nela registrados, situação que confere ganho imensurável ao licitante vencedor, pois as quantidades adquiridas por entidades que não participam do certame não são computadas para fins de exaurimento dos limites do registro de preços.

Nesse sentido, a interpretação do TCE/SP se harmoniza com o decidido pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 1487/2007³⁵, onde restou demonstrado “que a contratação adicional, não prevista originalmente, é potencialmente danosa aos cofres públicos. Daí se segue que a sua adoção envolve a assunção do administrador público do risco de produzir uma contratação equivocada. A comprovação de que a prática da “carona” produziu enriquecimento injusto e indevido para o fornecedor privado deve conduzir à severa responsabilização dos agentes estatais que a adotaram”.

De forma diversa, a “adesão legal” é procedimento destinado a reunir num único certame todos os órgãos que manifestarem interesse em adquirir bens e serviços que serão licitados, antes da publicação do edital, daí as expressões “órgão gestor” e “participante”, situação prevista no artigo 6º do Decreto 47.945/03 e aceita pelo TCE/SP, desde que os participantes não sejam estranhos à esfera de governo que promove a disputa pelos preços.

A condição imposta pelo TCE/SP para reconhecer a “adesão legal” conduz ao seguinte raciocínio: a se aceitar que esferas diferentes utilizem suas atas reciprocamente, possibilitar-se-ia que entes jurisdicionados por Tribunais de Contas distintos acatassem integralmente os atos praticados em seus ritos licitatórios, o que não se faz desejável, pois, como visto, o regulamento do Registro de Preços é, necessariamente, local.

³² Regrado pelo art. 3º, § 3º do Decreto Federal 3.931/01 e pelo artigo 6º do Decreto Estadual 47.945/03.

³³ Regrado pelo art. 8º do Decreto Federal 3.931/01 e pelo artigo 15A do Decreto Estadual 47.945/03.

³⁴ TC-038240/026/08 E TC-037165/026/08 - CONSELHEIRO CLAUDIO FERRAZ DE ALVARENGA - TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 03/12/2008 E 17/12/08.

³⁵ Acórdão nº 1.487/2007, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo.

4. Conclusão

O SRP é instituto antigo do direito brasileiro, mas apenas na última década foi, de fato, utilizado. Sua prática encontra-se em processo de apuração. O sistema guarda clara intenção reducionista do princípio da licitação, principalmente se considerado o “carona”, tido por ilegal pelo TCE/SP.

Há que se pesar que o SRP dispensa o bloqueio prévio de recursos e não obriga a administração a contratar, sendo apropriado para necessidades aleatórias, desde que o objeto pretendido seja facilmente encontrado no mercado em lotes, condições e qualidades usuais, de modo a ser razoável o estabelecimento de preço certo no registro em unidades de fornecimento.

O Instituto encontra outros limites peculiares de sua disposição legal: a) está condicionado à Concorrência ou ao Pregão; b) os preços registrados, quando da efetiva contratação, devem ser conferidos por meio de pesquisa de mercado com validade trimestral; e c) a alteração dos preços registrados será possível somente nas hipóteses previstas na Lei de Licitações e Contratos para álea extraordinária.

Para alcançar julgamento regular no TCE/SP, o edital de licitação que constitui Registro de Preços não poderá contemplar: a) a figura do carona; b) a possibilidade de prorrogação da ata além do limite de um ano; c) a alteração de prazo e quantitativos do contrato decorrente da ARP; d) a aglutinação de bens ou serviços de naturezas distintas; e d) a prestação de serviços de engenharia entendidos por complexos, incluindo os tapa-buracos que não se sujeitem à modicidade financeira do contrato, precisão dos quantitativos envolvidos e eleição dos locais onde se pretende a sua execução.

Embora controvertido em alguns aspectos, o SRP é alternativa que serve convenientemente às pretensões de celeridade e eficiência das aquisições públicas, devendo, portanto, ser utilizado pela administração “sempre que possível”.

SÃO PAULO, novembro de 2011