

Título : REGISTRO DE PREÇOS: FORMAÇÃO DO CADASTRO DE RESERVA COM PREÇOS DIFERENTES DOS APRESENTADOS PELO VENCEDOR

Autor : André Luiz Alves de Magalhães

REGISTRO DE PREÇOS: FORMAÇÃO DO CADASTRO DE RESERVA COM PREÇOS DIFERENTES DOS APRESENTADOS PELO VENCEDOR

ANDRÉ LUIZ ALVES DE MAGALHÃES

Procurador do Estado da Bahia e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.

RESUMO

O texto aborda mecanismo de formação do cadastro de reserva pelo Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, responsável, no âmbito federal, pela atual regulamentação do art. 15, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, que consiste, sinteticamente, na equalização de todas as propostas ao preço ofertado pelo licitante vencedor.

Aludindo às singularidades do decreto federal, bem assim, à solução que fora adotada na modalidade pregão para as hipóteses de substituição do adjudicatário original, o autor defende a possibilidade de regulamentação própria e diversa pelas unidades federadas, citando como exemplo a peculiar solução feita pelo Estado da Bahia em seu regulamento do sistema de registro de preços.

1) O Sistema de Registro de Preços

A Lei nº 8.666/1993, ao instituir normas para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal), determinou a adoção preferencial do sistema de registro de preços no processamento das compras públicas (art. 15, II), remetendo sua regulamentação a decreto de execução (art. 15, §3º).

Com Marçal Justen Filho, “o Sistema de Registro de Preços (SRP) é uma das mais úteis e interessantes alternativas de gestão de contratações colocada à Administração Pública”, consistindo, segundo seu entendimento, em “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” ¹.

O Decreto nº 7.892/2013, responsável, no âmbito federal, pela atual regulamentação do art. 15, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, conceitua o Sistema de Registro de Preços, como o “conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras” (art. 2º, I).

Sem olvidar as múltiplas considerações que este procedimento auxiliar provoca, a encetar por sua controversa natureza jurídico-contratual, perpassando pela polêmica admissão da denominada “carona”, interessa-nos, neste trabalho, um aspecto peculiar do sistema, qual seja, a formação do cadastro de reserva.

Com efeito, pretendemos identificar como foi regulada, no âmbito da norma federal, a fixação do quadro de preços pertinente ao sistema de registro de preços, a fim de sindicar eventual condicionamento das demais unidades federadas à adoção dos mesmos parâmetros e critérios presentes no modelo federal, ao que procederemos a seguir.

2) O cadastro de reserva

É preciso situar, de logo, que o sistema de registro de preços difere dos procedimentos usais de contratação, porquanto eles, em regra, conduzem à adjudicação do objeto a um único proponente, ao passo que o registro tem como uma de suas potencialidades a formação de vínculo com a rede de fornecedores que se mostre necessária a atender às demandas da Administração

Ademais, o registro de preços também se singulariza pelo peculiar mecanismo que permite a preservação do vínculo dos licitantes classificados no procedimento licitatório, o que torna possível a substituição do adjudicatário originário, nas hipóteses em que este não puder honrar o compromisso.

É desse último propósito que cuida o art. 11 do Decreto nº 7.892/2013, ao determinar, *verbis*:

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

I - **serão registrados** na ata de registro de preços **os preços e quantitativos do licitante mais bem classificado** durante a fase competitiva;

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.

(...)

§ 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**. (Grifamos.)

Sinteticamente, o sistema de registro de preços adotado no âmbito federal, em face do regulamento da Lei nº 8.666/1993, tem como características:

i) A adoção do preço e do quantitativo do licitante melhor posicionado na licitação, após promovidos os exames de classificação e habilitação (art. 11, I, e § 4º);

ii) A formação de cadastro de reserva com os licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais aos do licitante vencedor na sequência da classificação do certame (art. 11, II);

iii) A possibilidade de acionamento do cadastro de reserva, em face de necessidade eventual e futura de substituição do primeiro colocado da ata, nas hipóteses previstas nos arts. 20 e 21 do Decreto (art. §1º), quando então será processada a habilitação do fornecedor subsequente (art. §3º);

A solução adotada pelo Decreto nº 7.892/2013 tem provável inspiração no art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, que, nas hipóteses de recusa do adjudicatário à contratação, admite a convocação dos “**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”. (Grifamos.)

Solução semelhante se observa na hipótese de dispensa de licitação regulada pelo art. 24, X, da Lei nº 8.666/1993, em que se admite, em razão de rescisão contratual, a “contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento (...) 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”.

O Decreto nº 7.892/2013, ao regular o registro de preços, trilhou o mesmo sentido, condicionando a substituição do adjudicatário vencedor à aceitação, pelos licitantes subsequentes, do preço inicialmente registrado.

Essa solução normativa não deixa de ser controvertida, uma vez que a composição dos preços, em mercado de livre concorrência é determinada, em regra, pelas condições passíveis de serem ofertadas por seu proponente, considerados os custos diretos e indiretos incidentes sobre a atividade, o regime de tributação a que está sujeito, as leis de oferta e procura, a disponibilidade de estoque entre outros.

A aceitação dessa sujeição pelo licitante, todavia, pode se explicar por uma estratégia de mercado, notadamente pela circunstância de que as atas de registro de preços gerenciadas pela União são destinadas, não raro, a um número relevante de órgãos e entidades participantes, contemplando expressivos itens e quantitativos, os quais são potencializados pela multiplicação permitida com a adoção do carona.

Essa realidade, todavia, será mais dificilmente verificada no âmbito das demais unidades federadas, notadamente nos Municípios de pequeno porte, caso em que poderá produzir efeito oposto, inviabilizando a composição do cadastro de reserva, em face da impossibilidade real da uniformização das propostas, agravado pelo fato de ata de registro de preços poder vigorar durante o prazo de 12 (doze) meses, sem que haja qualquer obrigatoriedade de contratação.

3) A solução adotada pelo pregão

O pregão adotou solução diversa para a hipótese de recusa à contratação pelo adjudicatário, como deflui do exame do conteúdo do art. 4º, incisos XVI, XXII e XXIII da Lei nº 10.520/2002, a saber:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro **examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes**, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, **o adjudicatário será convocado para assinar o contrato** no prazo definido em edital; e

XXIII - **se o licitante vencedor, convocado** dentro do prazo de validade da sua proposta, **não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI**. (Grifamos.)

Como se observa, na modalidade pregão, sendo necessária a substituição do adjudicatário originário, são respeitadas as condições da proposta do licitante convocado em substituição, cabendo registrar que, nesta modalidade, **a fase de disputa de lances tende a aproximar as ofertas finais dos contendores**, o que não ocorre nas modalidades convencionais.

Se essa é a solução prevista para as contratações em geral decorrentes do pregão, não parece haver impedimento à admissão de preços diferentes no cadastro de reserva de registro de preços, porque se trataria, em um como no outro caso, da substituição do fornecedor originário.

4) A possibilidade de regulamentação diversa pelas unidades federadas

A circunstância de o Decreto federal nº 7.892/2013 não admitir a diferenciação dos preços da ata (art. 11, §2º) não constitui obstáculo à possibilidade de regulação diversa pelas unidades federadas.

Com efeito, de acordo com Jessé Pereira Torres, a “organização de um sistema de registro de preços é matéria operacional que o art. 115 (sic) incumbe aos órgãos da Administração no âmbito de suas respectivas competências, daí não se revestirem de caráter geral os §§1º a 5º do art. 15”.²

Segundo Marçal Justen Filho, o art. 15 da Lei nº 8.666/1993, conquanto auto-aplicável, admite a regulamentação do sistema de registro de preços para atender “as peculiaridades regionais”, o que denota a possibilidade de expedição de decreto de execução pelas unidades federativas. Assevera o i. professor:

É inútil a regulamentação? A resposta é negativa. Há certos tópicos que somente poderão ser objeto de aplicação mediante prévia regulamentação. Assim, por exemplo, o registro da pluralidade de produtos e fornecedores não está previsto na Lei. A aplicação direta da Lei 8.666/1993 não comporta obter **seleção de diversos produtos equivalentes, com preços distintos**. Essa solução **pode ser introduzida através de regulamento, tal como fizeram inúmeros entes federativos**. Isto não significa afirmar, porém, que o registro de preços apenas possa ser aplicado mediante prévia regulamentação³. (Grifamos.)

Mostra-se possível, pois, a expedição de regulamentação diversa pelas unidades federadas, no que respeita à formação do cadastro de reserva, como fez o Estado da Bahia, por exemplo, ao editar o Decreto nº 19.252/2019, em que consignou solução híbrida, a saber:

Art. 16 - Serão incluídos na ata de registro de preços, na forma de anexo, os licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais aos do licitante vencedor, observada a sequência da classificação do certame.

§ 1º - A inclusão a que se refere o *caput* deste artigo tem por objetivo a formação de cadastro de reserva no caso de impossibilidade de atendimento pelo primeiro colocado da ata.

§ 2º - A formalização do cadastro de reserva será feita mediante a juntada da ata de realização da sessão pública da licitação que contenha a informação **dos licitantes que aceitaram praticar os mesmos preços ofertados pelo vencedor do certame, observado, na licitação realizada sob a modalidade pregão, o disposto nos §§ 6º e 7º do caput deste artigo**, conforme o caso.

(...)

§ 4º - O edital de licitação disciplinará o modo de aferição da regularidade das propostas e documentos de habilitação dos fornecedores que comporão o cadastro de reserva, para a hipótese de ser necessária a substituição do fornecedor originário.

(...)

§ 6º - Nas licitações para registro de preços realizadas sob a **modalidade pregão**, além dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor, **será admitida a inclusão**, no anexo da ata a que se refere o *caput* deste artigo, **dos licitantes cujos preços, ao final da etapa de lances, atendam ao disposto no § 1º do art. 15 deste Decreto, e que tenham manifestado interesse em integrar o cadastro de reserva nesta condição**, conforme disciplinado no edital.

§ 7º - As licitações para registro de preços destinadas à aquisição de bens e serviços comuns da área da saúde a que se refere a Lei Federal nº 10.191, de 14 de fevereiro de 2001, observarão, na modalidade pregão, o disposto no art. 2-A daquele diploma. (Grifamos.)

Como se extrai do texto normativo em referência, nas licitações para registros de preços desenvolvidas pela modalidade concorrência (art. 16, **caput** e §1º) a formação do cadastro de reserva será regulada do mesmo modo preconizado pela União, estando condicionada, portanto, pela uniformização dos preços.

No entanto, nos registros de preços oriundos de pregão, além da oportunidade deferida aos licitantes subsequentes de igualar o preço do vencedor, melhorando a sua posição na lista de classificação, é admitida a composição do cadastro de reserva com aqueles que desejem manter os seus próprios preços, desde que, evidentemente, estes se mostrem adequados às balizas previamente definidas pela Administração.

5) Conclusão

A formação do cadastro de reserva preconizada pelo Decreto nº 7.892/2013, responsável, no âmbito federal, pela atual regulamentação do art. 15, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, consiste,

sinteticamente, na equalização de todas as propostas ao preço ofertado pelo licitante vencedor.

Ante as especificidades do mercado local, é possível às unidades federadas adotar solução diversa, admitindo, ao menos nos registros de preços desenvolvidos sob a modalidade pregão, preços diferentes dos que foram propostos pelo adjudicatário vencedor, devendo, para tanto, ser editado regulamento próprio.

¹ Marçal Justen Filho, in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 16ª ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 255.

² Jessé Torres Pereira Júnior, in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª. Ed. rev. Atual. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, p. 179

³ Op. cit. p. 259.

Como citar este texto:

MAGALHÃES, André Luiz Alves de. **Registro de preços: formação do cadastro de reserva com preços diferentes dos apresentados pelo vencedor**, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 16 set. 2020.

Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.