

Título : SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS: COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DA HABILITAÇÃO DOS FORNECEDORES DO CADASTRO DE RESERVA

Autor : André Magalhães

DOCTRINA – FEV/2021

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS: COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DA HABILITAÇÃO DOS FORNECEDORES DO CADASTRO DE RESERVA

ANDRÉ MAGALHÃES

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

RESUMO

O texto aborda a disciplina da habilitação dos fornecedores do cadastro de reserva constante do Decreto nº 7.892/2013, que regulamenta o art. 15, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, dispendo sobre o sistema de registro de preços.

Observando que as leis licitatórias definem expressamente a competência para o julgamento da habilitação, os autores defendem a necessidade de preservação da atribuição da comissão de licitação ou do pregoeiro, conforme o caso, para proceder ao exame dos documentos apresentados.

Enfocam, ainda, os efeitos da edição do Decreto nº 10.024/2019 no procedimento do registro de preços decorrente de licitação realizada na modalidade pregão na forma eletrônica, haja vista a determinação, constante deste diploma, de remessa dos documentos de habilitação pelos licitantes juntamente com a proposta de preços.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos) determina a adoção preferencial do sistema de registro de preços no processamento das compras públicas (art. 15, inc. II), cometendo sua regulamentação a decreto de execução (art. 15, § 3º) ¹.

O Decreto nº 7.892/2013, regulamento do sistema de registro de preços ora em vigor, disciplina o “conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras” (art. 2º, inc. I).

Embora este procedimento auxiliar permita múltiplos enfoques, examina-se neste artigo um aspecto singular sistema, qual seja, a formação do cadastro de reserva, e, mais especificamente, o regime de habilitação dos fornecedores interessados em integrá-lo.

Nos termos do art. 11, §3º, do Decreto nº 7.892/2013, a habilitação dos fornecedores do cadastro de reserva tem lugar se e quando for necessária a substituição do primeiro colocado da ata (art. 11, §1º), momento em que, consoante previsão normativa, será processada a regularidade do fornecedor subsequente.

Sucede que, a despeito de a norma executiva não estabelecer a forma de processamento deste julgamento, deve-se atentar para a necessária salvaguarda do juízo natural da licitação, em face das regras legais definidoras de competência, bem assim para a preservação do exercício do direito ao contraditório e ampla defesa por todos os concorrentes.

Neste artigo, pretende-se sindicat a juridicidade do art. 11, §3º, do Decreto n º 7.892/2013, diante

das normas de competência definidas na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 10.520/2002, avaliando-se, outrossim, os efeitos que decorrem do Decreto nº 10.024/2019, norma responsável pela nova regulamentação do pregão eletrônico.

É que, com o advento do Decreto nº 10.024/2019, institui-se a determinação da remessa prévia dos documentos de habilitação por todos os licitantes (art. 6º, III, art. 19, II e art. 26), antes somente exigida do detentor da melhor oferta, com importante impacto na habilitação dos fornecedores integrantes do cadastro de reserva nas licitações destinadas ao sistema de registro de preços.

2. A HABILITAÇÃO DOS INTEGRANTES DO CADASTRO DE RESERVA

O registro de preços é um mecanismo peculiar de contratação, por permitir a formação de vínculo com a rede de fornecedores que se mostre necessária a atender às demandas da Administração, viabilizando, assim, a substituição do adjudicatário originário, nas hipóteses em que este não puder honrar o compromisso.

Extrai-se, com efeito, do art. 11 do Decreto nº 7.892/2013:

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. (Grifamos.)

No que respeita aos fornecedores interessados em integrar cadastro de reserva, dispõe a norma que a avaliação de sua habilitação se dará apenas por ocasião da substituição do primeiro colocado da ata (art. 11, §3º).

A referida disposição, todavia, deve ser avaliada no contexto do fluxo regular do desenvolvimento do procedimento licitatório, em obediência, ademais, à competência do agente legal responsável pelo exame de habilitação.

Com efeito, na forma do art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 8.666/1993, é da competência da *comissão, permanente ou especial*, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes. Por idêntico, a Lei nº 10.520/02 atribui ao *pregoeiro* a prática do ato (art. 3º, IV c/c art. 4º, inc. XXIII e inc. XVI). Eis o que dispõem as normas:

Lei nº 8.666/1993:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, **examinar e julgar todos os documentos** e procedimentos relativos às licitações e ao

cadastro de licitantes.

Lei nº 10.520/2002:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, **o pregoeiro** e respectiva equipe de apoio, **cuja atribuição inclui, dentre outras**, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a **habilitação** e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

(...)

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;

(...)

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, os estatutos licitatórios consagram a competência da comissão e do pregoeiro para o exame da habilitação, sendo oportuno realçar, no caso do pregão, que o inc. XXIII do art. 4º, além de ratificar esta atribuição, estabelece a restauração do mesmo rito procedimental adotado para a primeira proposta.

Esta determinação, além de versar competência para julgamento definida em lei (princípio da legalidade) revela, no processo administrativo, o princípio do juízo natural, segundo o qual determinada demanda deve ser apreciada por julgador imparcial definido institucionalmente antes da ocorrência do fato ², aplicável a “qualquer análise em que se pressuponha um procedimento legitimamente organizado, objetivando garantir a coerência lógica, como fundamento de validade da própria decisão” ³

Tal providência encontra agasalho também nos princípios da isonomia, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade e do julgamento objetivo, que, a par de conferir efetividade ao caráter competitivo da licitação, imprime segurança jurídica ⁴ ao respectivo processo licitatório.

Ocorre que, no limite, o órgão gerenciador da ata necessitaria devolver ao órgão responsável pela licitação (pregoeiro ou comissão de licitação) os autos do procedimento licitatório, a fim de restaurar a fase de julgamento de habilitação, e, com isto, assegurar a interposição de recursos e o seu regular processamento.

Vê-se, de logo, que, a observância destes requisitos no sistema de registro de preços seria de difícil operacionalização, uma vez que, como o prazo de validade da ata pode chegar a um ano (art. 15, §3º, inc. III), a substituição do fornecedor poderá ocorrer em data muito distante da sessão de julgamento, inviabilizando, por completo, a restauração da fase de habilitação.

Como cediço, o procedimento licitatório compreende uma sucessão de atos pré-definidos no instrumento convocatório, que, ultrapassados, implicam preclusão, o que afasta a possibilidade de o agente interromper o seu avanço para retroceder e refazer o ato praticado, sem que haja violação aos princípios constitucionais que norteiam a Administração.

Neste cenário, considerando que a convocação dos licitantes para substituir o fornecedor originário é passível de ocorrer em qualquer momento durante a validade do registro, faz-se necessário

identificar como assegurar o julgamento da habilitação pelo agente competente e, ao mesmo tempo, permitir o amplo acesso dos concorrentes aos documentos apresentados e o manejo dos meios de defesa e recursos inerentes.

3) O INCIDENTE DE FORMAÇÃO DO CADASTRO DE RESERVA

A formação do cadastro de reserva tem nítida feição de um procedimento acessório a ser desenvolvido durante o rito da licitação.

Com o propósito de preservar o julgamento da habilitação pelo agente competente e assegurar o manejo dos meios de defesa e recursos inerentes, uma solução possível seria a fixação, como ato-condição à integração ao cadastro reserva, a concordância dos interessados em se submeterem ao exame de habilitação, com o que, somente passariam a figurar na condição de substitutos os licitantes submetidos ao julgamento pelo juízo natural.

Na modalidade concorrência e no pregão presencial, este expediente não revela maior dificuldade, uma vez que os licitantes, ao acorrerem ao certame, já terão procedido à juntada dos documentos de habilitação, com o que bastaria à comissão de licitação ou ao pregoeiro, conforme o caso, proceder ao seu julgamento.

Por idêntico, no que concerne ao pregão eletrônico, a recente modificação levada a efeito pelo Decreto nº 10.024/2019 oportuniza a mesma providência, uma vez que este diploma trouxe disciplina bastante inovadora no rito licitatório, ao instituir a determinação da remessa prévia dos documentos de habilitação (art. 6º, III, art. 19, II e art. 26) por todos os licitantes, o que antes somente se exigia do detentor da melhor oferta, conforme se colhe da norma:

Art. 6º A realização do pregão, na forma eletrônica, observará as seguintes etapas sucessivas:

I - planejamento da contratação;

II - publicação do aviso de edital;

III - apresentação de propostas e de documentos de habilitação;

(...)

Art. 19. Caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica:

I - credenciar-se previamente no Sicaf ou, na hipótese de que trata o §2º do art. 5º, no sistema eletrônico utilizado no certame;

II - remeter, no prazo estabelecido, exclusivamente via sistema, **os documentos de habilitação** e a proposta e, quando necessário, os documentos complementares;

(...)

Art. 26. Após a divulgação do edital no sítio eletrônico, os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, concomitantemente com **os documentos de habilitação exigidos no edital**, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública. (Grifamos.)

Como se vê, a determinação de remessa prévia dos documentos de habilitação milita a favor da possibilidade de se proceder a formação do cadastro de reserva com aqueles que desejarem integrá-lo, concordando em submeter-se ao exame de regularidade documental.

Do ponto de vista operacional, em qualquer das modalidades enfocadas, este assentimento poderia ser colhido no mesmo momento definido no art. 11, inc. II do Decreto nº 7.892/2013, que disciplina a inclusão na ata de registro de preço, na forma de anexo, do “registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais aos do licitante vencedor na sequência da classificação do certame”.

Caberá ao edital, portanto, disciplinar o incidente de formação do cadastro de reserva, para efeito de nele serem incluídos os fornecedores que concordarem em se submeter ao exame de habilitação.

4) CONCLUSÃO

O diferimento do exame de habilitação, determinado pelo art. 11, §3º, do Decreto nº 7.892/2013, dos fornecedores interessados em integrar cadastro de reserva deve estar em harmonia com os princípios da legalidade, isonomia, da igualdade, da impessoalidade da publicidade e do julgamento objetivo.

Haverá de ser preservado o juízo natural da licitação, em face da regra definidora de competência na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 10.520/2002, assegurando-se, ainda, o exercício, por todos os contendores, do direito ao contraditório e à ampla defesa.

É possível fixar-se, como ato-condição à integração ao cadastro reserva, o assentimento dos interessados em se submeterem ao exame de habilitação, com o que, somente passariam a figurar na condição de substitutos os licitantes submetidos ao julgamento pelo juízo natural.

A concordância para submeter-se ao exame de habilitação poderia ser colhida no mesmo momento em que os licitantes são instados a manifestar aceitação quanto ao preço a ser praticado pela vencedora (art. 11, inc. II, do Decreto nº 7.892/13).

¹ O Projeto de Lei nº 1292/1995 (PL 4253/2020), aprovado em 10.12.2020 pelo Plenário do Senado, na mesma linha adotada pela Lei nº 8.666/1993, determina que o planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o “processamento por meio do sistema de registro de preços, quando pertinente” (art. 40, inc. II). A proposição em referência, ademais, insere o sistema de registro de preços entre os procedimentos auxiliares das licitações e das contratações (art. 71, inc. IV) e apresenta disciplina específica para seu processamento (arts. 81 a 85), sem prejuízo de remeter determinadas situações a regulamentação futura.

² Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXVII.

³ ANDRADE, Fábio Martins de. Voto de qualidade no Carf ofende princípio do juiz natural. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-fev-07/fabio-andrade-voto-qualidade-carf-ofende-principio-juiz-natural>. Acesso em 10/12/2020.

⁴ Segundo Canotilho, “*Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas [...]*” (CANOTILHO. Direito Constitucional, 6. Ed., p. 373 *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 453)

Como citar este texto:

MAGALHÃES, André. Sistema de registro de preços: competência para o julgamento da habilitação dos fornecedores do cadastro de reserva, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 09 fev. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.