

**REGISTRO DE PREÇO – CONSIDERAÇÕES
SOBRE O INSTITUTO E SEU CABIMENTO**

**LOG PRICE - CONSIDERATIONS ABOUT THE
INSTITUTE AND ITS PLACE**

Thulio Caminhoto Nassa

*Advogado – Pós-Graduado, Especialista e Mestre em Direito Administrativo
pela PUC/SP - Professor Assistente do Curso de Pós-Graduação em Direito
Administrativo da PUC/SP.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico; 2 Conceito, Finalidade e Distinções; 3 O Cabimento Atual do Registro de Preço: Compras e Serviços; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O artigo científico ora proposto tem por finalidade descrever o sistema denominado “Registro de Preço”, a fim de que dele possam ser extraídas algumas afirmações conceituais e certas conclusões que estejam apoiadas em premissas jurídicas mais sólidas.

Nesse mister, será necessário fornecer uma visão histórica de sua positivação jurídica, para que, em ato lógico subsequente, possamos aferir a real acepção que o Direito, hodiernamente, o concebe.

A partir desta constatação, destacaremos que o registro de preço consiste num *sub-procedimento*, ou *procedimento especial*, que é utilizado para determinados casos num procedimento maior denominado licitação pública, sempre que a Administração não puder precisar, de antemão, as quantidades a serem executadas de um objeto após a conclusão do certame.

Sustentaremos, destarte, que o registro de preço não tem valor em si mesmo, pois, rigorosamente, serve ao procedimento licitatório modificando-o apenas em sua parte conclusiva (ao invés de firmar um contrato típico com quantitativo vinculado, que seria a conclusão normal do procedimento, firmar-se-ia uma “ata de preços” do qual a Administração não se vincula).

Nessa linha, defenderemos que a “ata do registro de preço” não constitui espécie contratual, razão pela qual não se aplicaria o regime jurídico deste, enfrentando as divergências doutrinárias em sentido contrário, e, por fim, defenderemos a ampliação de sua hipótese de incidência também quando o objeto contratado se refira à serviços.

PALAVRAS CHAVE: Registro de Preço. Licitação. Ata.

ABSTRACT: The scientific article, the proposed aims at describing the system called “Log Price”, so that it can be extracted from some conceptual statements and certain conclusions that are supported on more solid legal assumptions.

In this mister, you must provide a historical overview of its legal assertiveness, so that in subsequent logical act, we can assess the real meaning as the law in our times, the designs.

From this observation, we will emphasize that the record price is a sub-procedure, or special procedure, which is used for certain cases a procedure called the largest public bidding, where the Administration can not specify in advance the quantities to be executed of an object after the conclusion of the event.

Sustenance, thus, that the record price has no value in itself because, strictly, serves the bidding process by modifying it only in the concluding part (instead of signing a contract with typical quantitative bound, which would be the normal conclusion of procedure, it would establish a “record prices” which the Administration does not bind).

Along this line, we will hold that the “minutes of the record price” is not kind contract, why not apply the legal arrangements, facing the doctrinal differences in the opposite direction, and ultimately defend the expansion of its case of incidence also when the object refers to the contracted services.

KEYWORD: Log Price. Public Bidding. Minute.

INTRODUÇÃO

O direito brasileiro sempre concebeu o registro de preço como um *sub-procedimento*, ou *procedimento especial*, que é utilizado para determinados casos num procedimento maior denominado licitação pública.

Pode-se afirmar, destarte, que o registro de preço não tem valor em si mesmo, pois, rigorosamente, serve ao procedimento licitatório.

Nessa linha, a primeira premissa deste trabalho científico será definir, ainda que sucintamente, o que vem a ser o procedimento licitatório, a fim de que, posteriormente, possamos emitir conclusões lógico-jurídicas sobre o registro de preço que dele se irradia.

Lembremo-nos, pois, que a *descrição científico-dogmática* de determinado objeto jurídico, tal como sugere Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Miguel Reale, acarreta a delimitação primeira do instituto jurídico que o envolve, ou seja, da completude do sistema e de seus pontos de partida, a fim de permitir, com coerência, o conhecimento dedutivo das espécies nele inseridas.¹

Nesse mister, dentre as inúmeras e excelentes definições de procedimento licitatório (ou licitação, tal como é comumente designado), adotamos a valiosa síntese oferecida por Celso Antonio Bandeira de Mello, segundo o qual define-o:

como um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõe assumir.²

Extrai-se do conceito acima três pontos centrais que nos permitirá visualizar o objeto “licitação pública”. São eles:

- a) *procedimento concorrencial* (caracterizado por um critério de disputa objetiva entre interessados para contratar com o Poder Público);

1 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas. p. 47/51. Miguel Reale, em *Lições Preliminares de Direito*. 21. ed. Saraiva. p. 83-84.

2 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. Malheiros. p. 514.

- b) procedimento que visa a obtenção de *melhor proposta ao interesse público* (o procedimento, portanto, é mero instrumento para alcance do melhor ao interesse público, ou seja, é um simples meio e não um fim em si mesmo);
- c) *procedimento isonômico* (deve assegurar iguais oportunidades de participação).

Referido procedimento licitatório é regulado de forma geral pela atual Lei Federal 8.666/93, a qual, no seu artigo 22, arrola como modalidades: a) concorrência pública; b) tomada de preço; c) carta convite; d) concurso; e) leilão; os quais contém ritos diferenciados, com maior ou menor complexidade, e que são definidos em função do valor daquilo que a Administração pretende contratar (no caso dos três primeiros), ou do objeto (cabíveis para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, no caso do concurso; ou para a venda de bens, no caso de leilão).

Têm como características comuns, segundo o art. 43, a existência dum rito composto por duas fases, sendo a primeira delas a *fase de habilitação*, na qual se verificam os requisitos de aptidão para a execução do futuro contrato (requisitos jurídicos, técnicos, fiscais e econômicos), e a segunda correspondente à *fase de proposta*, na qual os licitantes habilitados disputarão entre si a melhor oferta (menor preço, melhor técnica, ou a combinação dos dois), aferindo-se, enfim, o vencedor da disputa.

Registra-se ainda a existência da modalidade denominada Pregão prevista especialmente pela Lei Federal 10.520/02 e cabível apenas para *bens e serviços de natureza comum* (classificação pelo objeto; art. 1º)³. Nela, tem-se como principais diferenças em relação ao procedimento das demais modalidades a inversão de ordem entre as fases de habilitação e proposta, bem como a oportunidade de ofertar lances sucessivos de preço (art. 4º)⁴.

3 Lei Federal 10.520/02.

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

4 Art. 4. [...] VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;
VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;
[...] XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

Após homologado o certame e adjudicado seu objeto ao vencedor da disputa, a Administração, pelo dever de vinculação ao instrumento convocatório e (artigos 3º e 41), deverá celebrar o contrato conforme as quantidades pré-estabelecidas no Edital da Licitação e seus anexos.

E assim, exatamente nesse momento, é que apareceria, inserido no procedimento licitatório, o *rito especial* do registro de preço.

Isto porque, segundo disposto no §4º do art. 15 da Lei Federal 8.666/93, a parte final do procedimento licitatório, em vez de seguir o curso normal da assinatura do contrato, resultaria numa “ata de preços registrados”, da qual a Administração não teria mais a obrigação de contratar as quantidades previamente estipuladas e vinculadas.⁵

Estabelecemos, destarte, as premissas básicas necessárias para descrever o objeto denominado licitação pública e suas modalidades procedimentais, inserindo, pois, o registro de preço nessa categoria.

E assim, de acordo com esse panorama, sobretudo adstrito às finalidades da licitação (que visa promoção de disputa entre interessados, obtenção de melhor proposta, e ampliação da isonomia, como já visto) é que o registro de preço deverá ser concebido e desenvolvido cientificamente, sob pena de, caso contrário, se afastar de sua própria razão de ser no mundo jurídico.

1 HISTÓRICO

O registro de preço foi expressamente positivado no ordenamento jurídico brasileiro, para todas as esferas federativas⁶, por intermédio do Decreto-lei 2.300/86, no qual, no curso do seu art. 14, assim prescrevia:

Art 14. As compras, sempre que possível e conveniente, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção e assistência técnica;

II - ser *processadas através de sistema de registro de preços*;

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado.

5 § 4º 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 às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

6 Registra-se que a lei paulistana (Lei 10.395, de 17/12/70), já previa o registro de preço no âmbito do respectivo Estado. Daí dissemos que o Decreto-lei 2.300/86 é pioneiro se considerarmos a positivação em âmbito nacional.

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado,

§ 2º Os preços registrados serão periodicamente publicados no Diário Oficial da União, para orientação da Administração.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto.

Tinha por finalidade tomar dos interessados *no curso de um processo licitatório* de compras um registro de seus preços oferecidos, mas com a peculiaridade procedimental de que, no final do certame, não resultariam diretamente num contrato, mas que apenas serviriam apenas para “*orientação da Administração*”.

Questionou-se, na ocasião, qual o sentido dessa expressão “*orientação à Administração*”. Para alguns, seria a de mera referência de preço, servindo unicamente como base de preço para instruir e referenciar novos processos licitatórios. Para outros, contudo, o registro não poderia se resumir a uma simples pesquisa de preço, já que, nesse caso, seria desnecessário obtê-lo por meio de um licitação realizada apenas para este fim.

Ficamos com a segunda assertiva. Efetivamente, a finalidade do referido procedimento seria a obtenção dum registro público e classificatório por meio de licitação, segundo o qual o Poder Público poderia se orientar em momento futuro para contratar diretamente o proponente do menor preço, isto é, sem a necessidade de realizar novas e sucessivas licitações sempre que surgisse uma demanda.

Um dos muitos exemplos de sua utilidade poderia ser observado na aquisição de peças de manutenção/reparo de automóveis ou de maquinários, já que, nesses casos, o Poder Público não tinha como precisar a quantidade a ser utilizada futuramente (*afinal: como saber quantas peças iriam quebrar?*), e, portanto, seria muito prejudicial às necessidades administrativas ter de aguardar o surgimento específico de cada demanda para se dar início a um novo procedimento licitatório.

Ademais, a ausência do sistema de registro de preço também poderia gerar desperdício de recursos públicos, já que, sem ele, o Poder Público, como visto, teria de firmar contratos decorrentes de licitações em quantidades pré-fixadas mas cuja necessidade de execução ainda não se apresentava definida.

Definia-se, destarte, o registro de preço como *procedimento especial*, inserido na licitação da época para o caso específico no qual o certame, por imprevisão das quantidades, não pudesse resultar automaticamente em contrato.

Daí, falava-se em registro ao final do procedimento licitação, como “orientação à Administração”. Esse, pois, era o sentido e a inteligência do dispositivo legal mencionado.

Entretanto, interessante anotar que, a par de sua inegável utilidade, a implantação efetiva do registro de preço não ocorreu sob a égide do aludido Decreto-lei 2.300/86.

Isto porque no período subsequente à sua edição, o Brasil enfrentava uma inflação galopante que tornava os preços registrados totalmente obsoletos e inadequados quando fossem utilizados futuramente – *aliás, não seria possível sequer estabelecer critérios seguros de atualização diante da inconstância econômica*. Desta feita, foi apenas com o aceno do final da crise inflacionária que o registro de preço retoma sua real serventia, agora regulamentada de forma muito mais clara pelo artigo 15 da Lei Federal 8.666, de 1993, *suso* transcrito:

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

[...]

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

[...]

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 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.

§ 4º 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 às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

§ 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

Com efeito, o registro de preço da Lei Federal 8.666/93, diante do novo cenário de melhor estabilidade econômica, iniciado em 1994 com o *Plano Real*, passa, finalmente, a ser útil e, deveras, empregado com mais frequência pelos entes federativos.

A nova legislação sepultou de vez as dúvidas existentes sobre o emprego do registro de preço, na medida em que deixou claro, no inciso I do §3º do art. 15, que o registro *será precedido de licitação na modalidade específica da concorrência pública*, bem como que a Administração, nos termos do §4º do art. 15, *não estaria obrigada a contratar as quantidades licitadas*, aperfeiçoando cada vez mais sua caracterização como uma ferramenta especial vinculada a um procedimento licitatório.

A partir daí, surgem novas e profícuas regulamentações tendentes a ampliar ainda mais sua incidência.

Tal situação ocorreu na esfera federal principalmente com o advento do Decreto 2.743, de 21/8/98, posteriormente com o Decreto 3.931, de 11/9/01, e finalmente, com o Decreto 4.342/02 que estendeu o cabimento do registro de preço também na contratação de serviços e obras – *e não apenas para compras, tal como consta expressamente no art. 15 da Lei Federal 8.666/93*.

No âmbito do Município de São Paulo, merece destaque a Lei Municipal nº 13.278, de 07 de janeiro de 2002, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 44.279, de 24 de dezembro de 2003.

2 CONCEITO, FINALIDADE E DISTINÇÕES.

O registro de preço, surgido em 1986 e aperfeiçoado em 1993, tem por finalidade a realização de uma licitação adaptada para atender uma demanda administrativa futura, cuja ocorrência é sabida, mas cujas quantidades exatas apenas se afigurarão em momento posterior.

Por isso, se caracteriza por um *procedimento especial* no qual a licitação, já processada pela modalidade normal da concorrência

pública ⁷, apenas resultaria numa “ata classificatória de propostas”, e não diretamente num contrato administrativo típico.

Diante deste panorama, notamos que o sistema do registro de preço emerge como *procedimento especial*, vinculado e integrante do procedimento licitatório, com o propósito de otimizar a finalidade da licitação na obtenção de proposta mais vantajosa, sempre que não for possível definir, na conclusão do certame, as quantidades contratuais a serem executadas.

Esse é o cerne e a finalidade jurídica do registro de preço: otimizar o já existente procedimento licitatório.

Modifica-o apenas em sua parte conclusiva, ou seja, no momento da contratação e definição das quantidades, para que a proposta obtida seja realmente vantajosa ao Poder Público.

Por esta característica, o registro de preço não consiste em nova modalidade de licitação, mas apenas e tão somente numa ferramenta especial utilizada na parte final do certame.

Nessa linha, a doutrina nacional especializada, em sua grande maioria, também afasta o registro de preço como espécie de modalidade licitatória ⁸.

Feitos tais esclarecimentos, propomos o seguinte conceito de registro de preço: *procedimento especial, inserido no curso das modalidades licitatórias da concorrência ou do pregão, e que tem por finalidade, nos casos de imprevisão da demanda futura, fazer com que a conclusão ordinária do certame não resulte imediatamente na assinatura de contrato administrativo, mas apenas na obtenção de cadastro de preço e características do objeto ofertado pelos interessados, por meio de uma Ata, da qual a Administração Pública não se obriga em utilizar.*

Outro ponto que merece destaque no conceito de registro de preço é a necessidade de não confundir-lo com espécie típica de *contrato administrativo*. E isto tudo serve não apenas para estabelecer uma

⁷ Pelo advento do art. 11 da Lei Federal 10.520/02, registra-se que o registro de preço também pode ocorrer no curso da modalidade licitatória do pregão.

⁸ O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles já enxergava que “*para a adoção do registro é necessário procedimento licitatório, na modalidade da concorrência ou do pregão e regulamentação através de decreto do Poder Executivo.*” (Licitação e Contrato Administrativo, Malheiros, 14. ed. p. 67). Para o eminente Marçal Justen Filho, o registro deve ser obtido “*mediante seleção em um procedimento licitatório*” (Comentários à Lei de Licitação e Contrato Administrativo, Dialética, 11. ed. p. 144). De outra parte, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, afirma que o “*sistema de registro de preço é um procedimento especial de licitação*”, o que nos daria a impressão de enxergá-lo como um nova modalidade licitatória. Contudo, o próprio autor conclui ressaltando que o “*sistema de registro de preço se efetiva por meio de uma concorrência ou pregão*”, isto é, para o autor a expressão “*procedimento especial de licitação*” não afasta a característica marcante de que tal procedimento é parte integrante de uma modalidade licitatória, ainda que a modifique especialmente.

“batalha de palavras” ou de rótulos, mas, efetivamente, para evitar a incidência de conseqüências que seriam atribuíveis à outras figuras jurídicas.

Como exemplo da mencionada utilidade na separação dos objetos, bastaria lembrar que o art. 65, I, alínea “a”, da Lei Federal 8.666/93, apenas autorizaria a incidência de alteração qualitativa do objeto, pela Administração, se e quando estiver diante de um contrato administrativo e não meramente de uma proposta ou de qualquer ato estabelecido nas fases anteriores (tal como a celebração da “Ata de Registro de Preço”).

De qualquer sorte, o fato é que controvérsia sobre a classificação do registro de preço decorre da dificuldade de conceituar a natureza da chamada “Ata do Registro de Preço”.

Isto porque, a “Ata de Registro de Preço” consiste na formalização das características e dos valores do objeto tal como a Administração Pública e o licitante vencedor do certame devem manter, em caso de contratação futura, propiciando a sensação de que já se estabeleceria, nesse momento, um *típico contrato administrativo*.⁹

Contudo, ao recorrermos um pouco mais à fundo na doutrina civilista conseguiremos separar a natureza da relação jurídica havida por uma proposta, pré-contrato ou até mesmo por uma ata, tal como a vinculação ao preço e condições nela estabelecidos, com a relação jurídica que seria tipicamente contratual.

Para Arnold Wald, “os dois elementos imprescindíveis para a formação do contrato são a solicitação ou proposta e a aceitação”, sendo esta última a concretização das negociações preliminares em contrato (Obrigações e Contratos, RT, 14ª Ed., p. 203).

Ou seja, a proposta – *tal como feita no curso de um processo licitatório ou até mesmo entre particulares* – pode gerar realmente conseqüências jurídicas previstas em lei, mas, pela falta da aceitação contratual, ainda não gera todos os efeitos tipicamente contratuais.

9 Nesse quesito, anote-se que Marçal Justen Filho, administrativista de escol, muito embora não conceitue o registro de preço como espécie comum de contrato, adota posição divergente ao defini-lo como “um contrato normativo, expressão que indica uma relação jurídica de cunho preliminar e abrangente, que estabelece vínculo jurídico disciplinando o modo de aperfeiçoamento de futuras contratações entre as partes.” (Comentários à lei de Licitação e Contratos Administrativos, Dialética, 11. ed. p. 114).

Já Marcio Cammarosano prefere a seguinte definição: “[...] a Ata de Registro de Preço e as contratações que dela podem advir compõe um conjunto, uma verdadeira relação contratual complexa, que, na lição de Orlando Gomes (1989, p. 155), começa com o pré-contrato, ou contrato preliminar, e desenvolve-se com as contratações parciais subsequentes.” (Artigo intitulado “Sistema de Registro de Preço: Breves Considerações”, publicado na Revista do Advogado AASP n° 107, p. 136).

Deveras, a simples “Ata de Registro de Preço”, por força de lei (§4º do art. 15 da Lei Federal 8.666/93)¹⁰, ainda não ostenta o elemento da aceitação pelo interessado, e, como conseqüência, não reúne a primeira característica necessária para a tipificação do contrato, isto é, a exigibilidade, consistente na capacidade das partes exigir judicialmente a execução do conteúdo nela depositado, sob pena de responsabilização.

Nesse sentido, recorrendo uma vez mais ao escólio de Arnold Wald, veremos que a obrigação contratual se perfaz com “[...] o vínculo jurídico temporário pelo qual a parte credora (uma ou mais pessoas) pode exigir da parte devedora (uma ou mais pessoas) uma prestação patrimonial e agir judicialmente sobre o seu patrimônio, se não for satisfeita espontaneamente.” (Obrigações e Contratos, RT, 14. ed. p. 26).

Assim, considerando que no momento da proposta ou da celebração da “Ata” ainda não há obrigação a ser satisfeita espontaneamente, mas apenas uma proposição a ser seguida no caso de celebração contratual, também não haveria que se falar em exigibilidade. De outro lado observamos, *mutatis mutandis*, que o contrato, este sim, já poderia ser exigido desde o momento em que é exteriorizado ou formalizado, conforme consta, aliás, expresso no art. 66 da Lei Federal 8.666/93.

A mesma situação também pode ser observada no ato de ingresso no certame licitatório. Com efeito, o licitante que entrega sua documentação de participação e proposta de preço já aceita as regras pré-estabelecidas no Edital de Licitação e, assim, dá ensejo a efeitos jurídicos vinculantes em caso de celebração de futuro contrato. Todavia, a par destes efeitos jurídicos, resta óbvio que o simples ato de ingresso no certame não teria o alcance de estabelecer uma relação tipicamente contratual entre as partes, já que, inexoravelmente, faltaria o elemento da aceitação final e da exigibilidade.

Isso tudo já seria suficiente para demonstrar a diferença jurídica entre as figuras da “Ata” e do contrato.

Entretanto, ainda há outros elementos de consideração que devem ser analisados.

Para José Roberto Dromi, ao classificarmos uma relação jurídica como “contrato administrativo” deveríamos somar sempre as características gerais e comuns aos contratos com as características específicas do regime jurídico administrativo, senão vejamos: “[...] o contrato é um instituto jurídico, que se adjetiva ou qualifica de civil, comercial,

10 § 4º 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 às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

trabalhista, administrativo, etc., quando se somam, as suas características básicas e genéricas, as notas que o especificam dentro de seu gênero, quanto a sua forma, sujeitos, consentimentos, etc.” (Instituciones de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ástrea, 1983, p. 350/351).

Deveras, no campo do direito administrativo, e, mais especificamente, no campo do “contrato administrativo”, a diferença entre a “Ata de Registro de Preço” e o instrumento contratual típico deste ramo do direito se mostrará ainda muito mais acentuada.

A configuração de “contrato administrativo” exigiria a incidência do chamado regime jurídico de direito administrativo, donde impera, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, a *supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos* (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 25^a Ed., p. 55). A partir deles, os contratos administrativos recebem a especialíssima característica das *prerrogativas exorbitantes*, nas quais a Administração, em nome do interesse público, poderá unilateralmente alterar o vínculo inicial estabelecido (peculiaridade esta que seria impensável nos contratos privados ou até mesmo nos simples ajustes que são estabelecidos livremente pelos particulares).

Dentre as prerrogativas exorbitantes, podemos citar o art. 58 da Lei Federal 8.666/93, que assim explicita:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Nesse sentido, é evidente observar que a mera celebração da “Ata de Registro de Preço” não faz incidir as prerrogativas exorbitantes supramencionadas. Ora, a Administração não poderá alterar a qualidade ou quantidade do item ofertado pelo licitante ainda no curso do certame ou antes da celebração do contrato, da mesma forma em que não poderá fiscalizar-lhe, aplicar sanções, ocupar bens e instalações, dentre tantas outras atividades que seriam típicas apenas na seara contratual administrativa.

Portanto, entendemos que a “Ata do Registro de Preço”, muito embora tenha papel de pré-estabelecer a qualidade e o preço do bem ou serviço oferecido pelo licitante - *e quiçá outras condições, como prazo e local de entrega* – não reunirá todos os elementos necessários para a configuração de uma relação contratual administrativa, carecendo-lhe: a) do aperfeiçoamento do ciclo contratual; b) da exigibilidade; c) e da incidência das prerrogativas exorbitantes.

Daí que concluímos que o “Ata de Registro de Preço” não configura espécie contratual perfeita, e muito menos contrato administrativo, muito embora sobre ela a legislação de regência possa atribuir alguns efeitos.

Tem, portanto, natureza de ato jurídico (ainda não é contrato) que obriga as partes sobre o conteúdo ali depositado, com exceção das quantidades, se e quando houver aceitação para que ela resulte numa celebração contratual.

Ao traçarmos essa importante distinção, emergirá, como conseqüência natural, uma importantíssima situação prática, qual seja, a de que o prazo de validade de “Ata do Registro de Preço” (um ano, conforme inc. III, do §3º, do art. 15 da Lei Federal 8.666/93) não se confundirá com o prazo de vigência e de prorrogação do contrato que poderá ser firmado futuramente (nesse caso, o prazo de vigência do contrato deverá ser vinculado à vigência do crédito orçamentário, e poderá ser prorrogado, no caso de serviços continuados, em até sessenta meses, consoante a disciplina do art. 57 da Lei Federal 8.666/93).

Ademais, também é relevante registrar que a celebração da “Ata”, por força do citado §4º do art. 15 da Lei Federal 8.666/93, não gera obrigação de execução do objeto registrado e, portanto, não cria obrigação orçamentária de despesa para o ente público. Isso também a difere substancialmente do contrato e faz com que, à luz do art. 58 c/c art. 61 da Lei Federal 4.320/64¹¹ (Lei de Finanças Públicas), seja desnecessário emitir a chamada “nota de empenho”, a qual serviria para congelar do orçamento verba pública que poderia ser aproveitada no atendimento de outra necessidade.

3 O CABIMENTO ATUAL DO REGISTRO DE PREÇO: COMPRAS E SERVIÇOS

O art. 15 da Lei Federal 8.666/93, que regula o sistema do registro de preço, contém previsão expressa de sua incidência apenas para o caso de “compras”, o que pode levar o intérprete mais desavisado

11 Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição. Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

ou apegado à literalidade na conclusão de que tal procedimento não seria cabível para aquisição de “serviços” pela Administração Pública.¹²

Em outras palavras: o silêncio legislativo quanto ao cabimento para aquisição de serviços poderia ser interpretado como vedação?¹³

A resposta a essa questão dependerá, naturalmente, da premissa segundo a qual a competência administrativa deve decorrer de um comando literal do Legislativo ou da premissa segundo a qual esta competência pode resultar da finalidade da lei, ainda que implícita, mas interpretada sistematicamente?

Certamente somos partidários da segunda premissa, o que motivamos por duas razões bastante simples: a) a primeira, de que a atividade legislativa é insuficiente, e, portanto, jamais conseguirá prever e regular de forma expressa todos os fatos da vida cotidiana; b) a segunda, pela qual a atividade administrativa é dinâmica e valorativa, comportando extrair dos comandos legais a real finalidade e o sentido que a sociedade espera.

Nesse ínterim, o princípio da legalidade a que se submete a Administração (art. 37 da Constituição da República) não significa que o administrador deve agir segundo a letra da lei, *mas segundo sua finalidade, seu espírito*.

Para Afonso Queiróz, também apoiado em Magalhães Colaço, “*o fim da lei é o mesmo que o seu espírito e o espírito da lei faz parte da lei mesma. Forma com o seu texto um todo harmônico e indestrutível, e a tal ponto, que nunca podemos estar seguros do alcance da norma, se não interpretarmos o texto da lei de acordo com o espírito da lei.*” (Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo, Coimbra Editora, 1940, p.72).

Ou então, de forma ainda mais clara diante do princípio da legalidade, assevera Celso Antonio: “*Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais do que isso: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática*

12 A Lei Federal 8.666/93 define compras e serviços nos incisos II e III do art. 6º, da seguinte forma:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

13 Registra-se que muitas pessoas jurídicas de direito público interno vêm disciplinando a matéria e estabelecendo regulamentação própria de modo a conter previsão expressa sobre o cabimento do Registro de preço para aquisição de serviços. Nesse sentido, destacamos os Decretos Federais 3.931/2001 e 4.342/2002, incidentes no âmbito da Administração Federal.

de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob o pretexto de cumpri-la.” (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 25. ed. p. 106)

Pois bem, eleita a premissa acima - *em prol do espírito da lei e não de sua literalidade* -, restaria analisar se a incidência do “registro de preço” para a aquisição de serviços resulta, portanto, da finalidade desejada pela normal legal de regência ou não, ainda que não haja disposição literal nesse sentido.

Nesse mister, o art. 3º da Lei Federal 8.666/93 já nos fornece de forma bem satisfatória a finalidade do procedimento licitatório, senão vejamos: Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da *isonomia* e a selecionar a *proposta mais vantajosa* para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos *da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

Logo, a finalidade do procedimento licitatório - *que é meio, mero instrumento* - é a de alcançar os valores acima arrolados, dentre os quais, destacamos, para o Registro de Preço, o da *vantajosidade* e o da *isonomia*.

Isto porque, já fora demonstrado que o Registro de Preço tem cabimento para evitar que a Administração celebre um contrato cujas quantidades, por imprevisão natural, possam não ser necessárias, ou também para que a Administração possa realizar um certame público antes de eventuais necessidades futuras e emergenciais, evitando assim as famigeradas contratações diretas ou fracionadas cartas convites.

Em outras palavras: é um mecanismo que evita desperdício de recurso (em prol da vantajosidade) e que evita contratações sem licitação ou por modalidades fracionadas (em prol da isonomia).

Suponha, por exemplo, que o Administrador inerte (ou até mesmo desonesto) simplesmente poderia esperar a ocorrência de uma necessidade específica cuja demanda não era previsível em quantidades exatas, tal como a ruptura de um cano ou a rachadura de uma parede em um determinado prédio, para “justificar” a realização de contratos emergenciais sem licitação ou, quando muito, para realizar sucessivas e fracionadas cartas convites com apadrinhados.

Ou então, de outro turno, poderia realizar licitações com quantitativos superestimados, mobilizando e desperdiçando recursos públicos em execuções de serviços ou em aquisições de produtos cujas

quantidades pré-estabelecidas contratualmente não se confirmariam necessárias na fase de execução.

Desta feita, resta evidente, nesses casos – *que o objeto da licitação não permite adequada estimativa das ocorrências futuras, e, conseqüentemente, da quantidade necessária* – que o sistema das licitações sem o registro de preço se tornaria inadequado e distante das finalidades do art. 3º da Lei Federal 8.666/93, provocando frustração aos princípios da ampla licitação, da isonomia e da economicidade pública.

Por essas razões é que o registro de preço consiste num procedimento *necessário à finalidade da Lei Federal 8.666/93* sempre que houver imprevisão de quantidades da demanda futura, *independentemente se o objeto pretendido é a compra de um bem ou a aquisição de um serviço.*

Ora, alguém duvidaria da utilidade e pertinência do registro de preço, em prol da isonomia e vantajosidade, para a aquisição de serviços de reparo automotivo, sobretudo quando a Administração, no momento do certame, não teria como precisar quais peças ou quais carros irão quebrar ?

Exemplo ainda pior seria o de *serviços de manutenção e adequações prediais*, com ou sem atividades de responsabilidade de engenheiro, já que, deixando de lado o Registro de Preço para esses casos, o administrador seria forçado, sempre que desse curto em determinada instalação elétrica, ou que descolasse um piso, a realizar contratações diretas emergenciais (sem licitação) ou sucessivas e fracionadas cartas convites (sem a devida amplitude de participação).

Soma-se à pertinência na utilização do Registro de Preço, em prol das finalidades legais mencionadas, o fato de que o preço registrado deverá ser publicado trimestralmente na imprensa oficial (§2º do art. 15 da Lei Federal 8.666/93), além do que poderá ser impugnado por qualquer cidadão (§6º do art. 15 da Lei Federal 8.666/93), isto é, propiciando maior transparência e controle.

Talvez por receio de enorme transparência, infelizmente deixa-se de realizar o Registro de Preço em larga escala, preferindo, na maior parte dos casos, as contratações emergenciais ou as cartas-convites sucessivas.

Defendemos, assim, que o registro de preço – *como mero procedimento especial* – poderia (e deveria) ser utilizado também para aquisição de serviços, sempre que não se pudesse definir, de antemão, as quantidades a serem executadas no futuro contrato, já que, nesses casos, conteria previsão implícita e sistemática do art. 3º da Lei Federal 8.666/93.

De outra sorte, relembremos que o Registro de Preço não constitui modalidade licitatória (tal como justificamos no item 3 deste artigo), e, portanto, sua incidência na aquisição de serviços não provoca violação ao §8º do art. 22 da Lei Federal 8.666/93, que assim dispõe: *§ 8º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo.*

Por fim, convém destacar, nesse particular, que a doutrina brasileira vem acenando pelo cabimento do registro de preço na aquisição de “serviços”. Ressaltamos, dentre elas (meramente por semelhança ao nosso pensamento), o escólio de Marçal Justen Filho, o que transcreveremos de forma um pouco mais extensa, tendo em vista a oportunidade de conhecê-lo com total fidelidade. Vejamos:

A solução do registro de preços, no tocante a serviços, relaciona-se com necessidades que não possam ser predeterminadas. Assim, por exemplo, imagine-se o atendimento à limpeza, que pode envolver variações de intensidade e local. Isso impede a pactuação de um contrato único, de cunho continuado. A Administração, pode necessitar dos préstimos do particular por algumas semanas ou dias, em certos locais. Depois disso, a contratação perderá objeto. Assim e ao invés de formular um contrato único, de objeto amplo e relativamente indeterminado, por prazo mais extenso e que pode importar no desperdício de recursos, a solução mais adequada será a realização de contrato específico, determinado e limitado à necessidade concretamente verificada. Para tal, a solução do registro de preços é a mais adequada.

Isso significa afirmar que práticas anteriores deverão ser revistas. A Administração costumava produzir contratações de serviços aptas a assegurar o atendimento de necessidades distintas e variadas, tendo em vista a ausência de adoção do sistema de registro de preços. Por exemplo, contratava “serviços de vigilância” por cinco anos, sem indicar precisamente onde, como e quando os serviços seriam desenvolvidos. Requisitavam-se vigilantes na medida da necessidade, alocando-se-os nos locais e durante o período da necessidade. Essa alternativa tornou-se inadequada em face da explícita consagração do registro de preços.

E o autor ainda reafirma:

[...] há situações diversas, em que a dimensão dos serviços é impossível de ser determinada de antemão e a aplicação da regra do art. 57, II, não é suficiente para assegurar ao Estado o desempenho satisfatório e eficiente de suas funções. Assim por exemplo, supõem-se serviços de manutenção de ruas ou limpeza de galerias

pluviais. É impossível determinar, antecipadamente, a dimensão, a localização ou a intensidade de tais serviços. Se a Administração realizar licitação com indicação precisa a propósito do objeto, acabará deixando de atender necessidades relevantes para o interesse estatal. Será, inclusive, responsabilizável em face dos usuários pelos defeitos do serviço. Como decorrência, a Administração acabaria produzindo contratação direta, sob modalidade emergencial, por não dispor de registro de preços de serviços e obras. E ninguém negaria que a contratação direta por emergência é muito menos compatível com os princípios constitucionais que disciplinam a atividade administrativa do que o registro de preços.

A sistemática do registro de preços possibilita uma atuação rápida e imediata da Administração Pública, com observância ao princípio da isonomia e garantindo a persecução objetiva da contratação mais vantajosa. Sem o registro e preços na área de obras e serviços, a Administração será constrangida a optar por solução mais vagarosa e menos satisfatória. Essa não é a vontade da Lei nº 8.666.¹⁴

De outro turno, registramos que os Tribunais de Contas, nessa mesma linha, também vêm aceitando amplamente o registro de preço para aquisição de serviço, de modo que citamos, no âmbito do TCU, o julgamento do processo nº 012.835/2002-9, e, no âmbito do TCE-SP, citamos o julgamento do processo nº TC 12472/026/07¹⁵.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprir registrar que tramita no Congresso Nacional, sem deliberação final, o Projeto de Lei nº 7709/2007, o qual, no que diz respeito ao sistema do Registro de Preço, propõe medidas que favorecem sua maior utilização entre todos os entes federativos, em especial pelo fato de permitir que Estados e sobretudo Municípios utilizem do Registro de Preço realizado pelo Governo Federal.

14 Comentários à lei de Licitação e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª Ed., p. 149 E 151. Citamos, no mesmo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (in Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 2005, p. 530), Diógenes Gasparini (in Direito Administrativo, Saraiva, 2005, p. 450), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (in Sistema de Registro de Preço e Pregão Presencial e Eletrônico, Fórum, 2006, p. 31), e Marcio Cammarosano (em Artigo intitulado “Sistema de Registro de Preço: Breves Considerações”, publicado na Revista do Advogado AASP nº 107, p. 130 e ss).

15 Decisão TCE-SP 12472/026/07: “Conforme já procedemos em outras situações semelhantes, e de acordo com a última exposição feita pela SDG, vejo que, para todos os efeitos, se forem excluídos do item 1.1 (fls. 167/168) a execução de “movimento de terra e drenagem de terreno”, “infra-estrutura”, “superestrutura”, bem como a terminologia “demais serviços relacionados no Anexo I do edital”, o sistema de Registro de Preços torna-se viável, haja vista que os demais itens tratam de reparos em próprios já existentes, bastando, ainda, por imposição lógica, que a capacidade profissional reclamada no subitem 8.7.1.3.1 (fls. 38) c.c. Anexo XIII (fls. 176/178) seja concentrada apenas no engenheiro civil, conforme a Resolução CONFEA nº 218 de 20/07/73.”

Contudo, a par de facilitar sua utilização por entes federativos menores, que muitas vezes não reuniriam estrutura para realizar o Registro de Preço por si só, a iniciativa, de outro lado, pode provocar sensível redução do universo de participantes, uma vez que afastaria da contratação com diversas Administrações Públicas brasileiras todo aquele licitante que não puder ingressar na gigantesca licitação que seria promovida pelo Governo Federal.

Diante deste panorama, seria muito mais razoável que a União fornecesse a estrutura para a realização do Registro de Preço em locais necessitados do que, simplesmente, fornecer o resultado pronto de sua licitação.

Entretanto, cientes de que não há nenhuma certeza de que esse ou outros Projetos de Lei serão votados, ou quiçá, aprovados, fiquemos com a realidade jurídica do Registro de Preço positivada até então, a qual, se bem manejada, consistiria numa importante ferramenta de otimização do procedimento licitatório, já que vai ao encontro do interesse público, propiciando maior controle, transparência e economicidade.

Todavia, ainda percebemos, sobretudo em Municípios de pequeno porte, uma tímida utilização desta ferramenta, optando-se, em grande parte dos casos, com a prática dos contratos emergenciais sem licitação e das sucessivas cartas-convites.

REFERÊNCIAS

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 5. ed. Atlas.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21. ed. Saraiva.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. Malheiros.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 14. ed. Malheiros.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Dialética.

GOMES, Orlando. *Sistema de Registro de Preço: Breves Considerações*. *Revista do Advogado, AASP*, n. 107.

Mello, Celso Antonio Bandeira de. *In Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, Saraiva, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preço e Pregão Presencial e Eletrônico*. Fórum, 2006.

CAMMAROSANO, Marcio. Sistema de Registro de Preço: Breves Considerações”, *Revista do Advogado, AASP, n. 107*.