



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

SILVIA LEITE

**UMA ANÁLISE SOBRE A (IN)APLICABILIDADE DO REEQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS**

BRASÍLIA

2021

SILVIA LEITE

**UMA ANÁLISE SOBRE A (IN)APLICABILIDADE DO REEQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho

BRASÍLIA

2021

SILVIA LEITE

UMA ANÁLISE SOBRE A (IN)APLICABILIDADE DO REEQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

Monografia apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília
como requisito parcial para a obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said
Maia Filho

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho

Examinador: Prof. Dr. João Costa Neto

Examinadora: Profa. Ma. Tainá Aguiar Junquilha

Brasília, 18 de maio de 2021

RESUMO

Este trabalho visa analisar a aplicabilidade do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro à Ata de Registro de Preços, partindo do exame de sua natureza jurídica, do nexos entre o Sistema de Registro de Preços e a eficiência do processo licitatório, dos instrumentos para manutenção do equilíbrio econômico dos contratos administrativos e dos dispositivos regulamentares, legais e constitucionais pertinentes. Busca-se expor os obstáculos à revisão dos preços registrados e suas consequências para a administração pública e para as empresas, principalmente em períodos de alta variabilidade. Por fim, evidencia-se a compatibilidade do instituto e a necessidade de conformação da interpretação e do texto dos regulamentos que inviabilizam sua aplicação, com a nova perspectiva trazida pela Lei nº 14.133/2021.

Palavras-chave: processo licitatório; eficiência; registro de preços; contratos administrativos; reequilíbrio econômico-financeiro.

ABSTRACT

This work seeks to analyse the applicability of the economic and financial rebalancing to the price registry protocol, based on the examination of its legal nature, the nexus between the price registry system and the bidding process efficiency, the instruments for maintaining administrative contracts' economic balance and the relevant regulatory, legal and constitutional provisions. It seeks to expose the obstacles to the revision of registered prices and its consequences for public administration and private companies, especially in periods of high variability. Ultimately, it points to the compatibility of the institute and the need to conform the interpretation and text of the regulations that make it unfeasible, with the new perspective brought by the Law nº 14.133/2021.

Keywords: bidding process; efficiency; price registry; administrative contracts; economic and financial rebalancing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS.....	8
1.1. Previsão legal e regulamentação	8
1.2. O Sistema de Registro de Preços e o princípio da eficiência.....	10
1.3. A natureza jurídica da Ata de Registro de Preços.....	13
1.4. A contratação oriunda da Ata de Registro de Preços.....	17
2. INSTRUMENTOS DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	22
2.1. Reajuste, repactuação e revisão econômica.....	22
2.2. A teoria da imprevisão	24
2.3. Hipóteses de alteração dos preços registrados.....	26
2.4. As dificuldades para operacionalização da revisão dos preços registrados	30
3. A (IN)APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS	33
3.1. A inexecutabilidade dos preços registrados e a ineficácia do processo licitatório.....	33
3.2. Os custos das futuras contratações	37
3.3. A tutela constitucional do equilíbrio econômico-financeiro	40
3.4. A compatibilidade do instituto e as condições de aplicação.....	44
3.5. Os reflexos da nova Lei de Licitações e Contratos	53
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

O Sistema de Registro de Preços (SRP) constitui importante mecanismo para a otimização da eficiência da gestão de compras públicas, possibilitando a participação de vários órgãos no mesmo processo licitatório e reduzindo sua burocracia. Amplamente utilizado, tem propiciado maior controle, celeridade e economia de recursos, por meio da flexibilização e racionalização dos procedimentos, da redução dos custos de armazenamento e da melhor adequação à real demanda por bens e serviços.

Uma das principais diferenças entre o resultado da licitação tradicional e o daquela destinada ao registro de preços é a possibilidade de múltiplas contratações, formalizadas por meio de termo de contrato ou instrumento equivalente. Enquanto válida a Ata de Registro de Preços (ARP) firmada após a homologação, os órgãos participantes e gerenciador podem realizar sucessivas solicitações de fornecimento, de acordo com sua necessidade, respeitados os quantitativos máximos estabelecidos.

Apesar das inúmeras vantagens do sistema, entretanto, a suposta inflexibilidade do registro tem representado um obstáculo à eficiência diante de súbitas elevações dos preços, decorrentes de eventos imprevisíveis, o que ganha relevo em momentos de crise como a desencadeada pela pandemia da Covid-19, que impactou significativamente o ciclo produtivo e desequilibrou o mercado, principalmente de artigos relacionados à área da saúde.

Nesse cenário, a impossibilidade de realinhamento no âmbito da ARP e de alguns contratos dela derivados tem inviabilizado a manutenção de sua vigência e conduzido à necessidade de aquisição emergencial de itens essenciais por preços semelhantes ou até superiores àqueles pleiteados pelo fornecedor registrado.

A partir do exame da finalidade da criação do referido procedimento auxiliar de contratação, de sua natureza jurídica e da legislação referente à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, evidenciam-se as limitações impostas pelo Decreto nº 7.892/2013, que o regulamentou no âmbito federal.

A análise concentra-se, mas não se restringe ao mencionado Regulamento, o que se justifica por sua abrangência e por sua influência na edição daqueles adotados em outras esferas da federação, que muitas vezes consistem em mera reprodução. Cumpre salientar que sua interpretação oficial também orienta a aplicação dos demais, mesmo quando não há exata coincidência dos dispositivos, servindo como paradigma.

Assim, com base no arcabouço jurídico que rege a matéria e na interpretação sistêmica das normas, questiona-se a aplicabilidade do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro à Ata de Registro de Preços.

Serão expostas, então, algumas consequências de sua inaplicabilidade, suportadas pela Administração e pela empresa signatária da Ata, como a inexecução total ou parcial do objeto pela inexequibilidade das propostas; a penalização; a redução do interesse de fornecedores no registro de preços e, por conseguinte, da competitividade; e o impacto nos custos das futuras contratações e nos resultados dos processos licitatórios.

Por fim, serão destacadas as condições específicas de aplicação no âmbito da ARP, de modo a demonstrar sua compatibilidade com o instituto; e apresentados regulamentos diversos e novas perspectivas que surgem com a sanção da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. O novo marco legal, que estabelece normas gerais, aplicáveis à Administração Pública direta, autárquica e fundacional de todos os entes federativos, visa à atualização e à modernização do estatuto, e deve ensejar a revisão do Decreto Federal e de seus similares.

1. O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

1.1. Previsão legal e regulamentação

O registro de preços é um conjunto de procedimentos do qual se vale a Administração Pública para a aquisição de bens e serviços, que deve ser utilizado sempre que possível, nos termos do artigo 15, II, da Lei nº 8.666/1993. Não se trata de modalidade de licitação, mas de sistema de processamento da contratação que apresenta especificidades que concorrem para seu aprimoramento.

É de observância obrigatória sempre que viável sua utilização, devendo opção alternativa ser devidamente justificada, “explicitando os fundamentos evidenciadores da impossibilidade de sua aplicação”, pois os princípios que orientam as contratações públicas exigem a boa aplicação dos recursos financeiros, e o SRP proporciona redução de custos e adequação às necessidades¹.

No Sistema de Registro de Preços, os valores propostos pelo licitante mais bem classificado são registrados em Ata para fornecimento futuro e eventual, conforme solicitação. Assim, a Administração não estará obrigada a contratar a quantidade estimada, mas o licitante estará vinculado ao preço registrado durante o período de vigência da Ata de Registro de Preços.

A princípio, era cabível apenas para a modalidade concorrência, como previa o artigo 15, § 3º, I, da Lei nº 8.666/1993, passando, mais tarde, a ser aplicável também à modalidade pregão, para bens e serviços comuns, conforme artigo 11 da Lei nº 10.520/2002.

A antiga Lei de Licitações e Contratos determinou que sua regulamentação estipulasse sistema de controle e atualização dos preços registrados e validade não superior a um ano, nos termos do art. 15, § 3º, II e III. No âmbito federal, foi regulamentado inicialmente pelo Decreto nº 2.743/1998, revogado pelo Decreto nº 3.931/2001, e este, pelo Decreto nº 7.892/2013. As hipóteses de aplicação estão previstas no artigo 3º do atual Regulamento, nestes termos:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 172.

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

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

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

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

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

Representando mais um passo na sua evolução normativa, já está em vigor a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que substituirá a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/2002 e a Lei nº 12.462/2011. Todavia, estas ainda produzem efeitos, pois sua revogação ocorrerá no prazo de dois anos².

Cumprе ressaltar que os contratos assinados antes da vigência da nova Lei de Licitações e Contratos continuarão a ser regidos de acordo com as regras previstas na legislação pregressa, e que até o decurso do prazo de dois anos, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com as anteriores, sendo por elas regidas as contratações durante toda sua vigência, vedada a aplicação combinada, de acordo com os artigos 191 a 193 da Lei nº 14.133/2021.

Embora, no que se refere ao registro de preços, em grande medida, reproduza a redação das leis que a antecedem e do Decreto nº 7.892/2013, erigindo o *status* normativo do texto regulamentar, a nova lei traz algumas inovações em relação à lei geral anterior, que serão assinaladas ao final deste trabalho. Uma delas é sua inserção no Capítulo X, dedicado aos instrumentos auxiliares das licitações e das contratações, juntamente com o credenciamento, a pré-qualificação, a manifestação de interesse e o registro cadastral. O § 1º do artigo 78 prevê que estes obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento, o qual poderá melhor disciplinar sua aplicação e superar as atuais limitações.

² De acordo com o Art. 193 da nova Lei de Licitações e Contratos, revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei. Os artigos da antiga lei revogados imediatamente são referentes a crimes, penas, processo e procedimento judicial.

1.2. O Sistema de Registro de Preços e o princípio da eficiência

A metodologia surgiu com o objetivo de modernizar, simplificar e desburocratizar os processos de compra, em consonância com o princípio da eficiência, inserido no artigo 37 pela Emenda Constitucional nº 19/1998, mas cuja observância já se impunha por força de outros diplomas legais e nos termos do artigo 74, II, da Constituição Federal de 1988, que trata da avaliação de resultados pelo sistema de controle interno, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração.

A eficiência é um dever relacionado ao aspecto econômico da atividade administrativa, e remete à relação entre custo e benefício no seu desempenho; bem como à eficácia, relacionada à adequação dos meios para a produção dos resultados pretendidos; e à efetividade, que pressupõe parâmetros de comparação entre os efeitos buscados e os obtidos³. Impõe, assim, a utilização racional dos recursos para alcançar os melhores resultados possíveis.

Nos moldes tradicionais, o custoso processo licitatório, necessário para assegurar a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa, mostrou-se incapaz de realizar plenamente o referido princípio no âmbito das compras públicas, em função da excessiva formalidade e rigidez dos procedimentos e da resultante morosidade. Por isso, a adoção de mecanismos mais modernos e flexíveis, sobretudo para as contratações mais frequentes e menos complexas, é essencial para sua concretização. Nesse sentido, afirma Marçal Justen Filho que:

Não se evita a má utilização de recursos através de formalismos e burocracia. A Lei determina a aplicação, no setor público, das práticas adotadas no setor privado. No seu campo próprio de atuação, o Estado necessita de agilidade e eficiência. Deve, de um lado, garantir-se contra fornecedores incapacitados. De outro lado, tem de atuar com rapidez e eficácia, contratando com a presteza necessária. O art. 15 evidencia que a contratação administrativa não deve ser mais onerosa e menos eficiente do que a do setor privado. Um dos meios fundamentais de obtenção da eficiência consiste no sistema de registro de preços. Através dele, a Administração poderá efetivar

³ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 519.

aquisições de modo mais eficaz. Não necessitará multiplicar longos e complexos procedimentos, que resultam onerosos e inúteis.⁴

Estima-se que sua implantação possa resultar na redução de noventa por cento do número de licitações⁵. Entre as vantagens do SRP estão: a possibilidade de realização de licitação única para atender necessidades de vários órgãos ou entidades e os consequentes ganhos de escala; a eliminação da necessidade de licitações sucessivas frequentes, com a melhor adequação dos pedidos às reais necessidades da entidade e, por conseguinte, racionalização de custos com guarda, armazenamento e deterioração de estoques; e a mobilidade orçamentária, já que prescinde de prévia dotação⁶. Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta, de forma sintética, o procedimento:

Resumidamente, pode-se dizer que no SRP o procedimento é o seguinte: o órgão gerenciador divulga sua intenção de efetuar o registro de preços; os órgãos participantes manifestam sua concordância, indicando sua estimativa de demanda e cronograma de contratações; o órgão gerenciador consolida tais informações; o mesmo órgão gerenciador faz pesquisa de mercado para verificação do valor estimado da licitação; a seguir, realiza o procedimento licitatório, na modalidade de concorrência ou pregão; terminada a licitação, o órgão gerenciador elabora a ata de registro de preços e convoca os fornecedores classificados para assiná-la, ficando os mesmos obrigados a firmar o instrumento de contratação.

[...]

A ata é válida por um ano (art. 15, § 3º, III, da Lei no 8.666 e art. 12 do Regulamento). Nela ficam registrados: os preços e quantitativos do licitante mais bem classificado durante a etapa competitiva; e os preços e quantitativos dos licitantes que tiverem aceitado cotar seus bens ou serviços em valor igual ao do licitante mais bem classificado.

Para os órgãos ou entidades públicas que não participaram do procedimento existe a possibilidade de aderirem à ata de registro de preços para execução de obras ou serviços, mediante anuência do órgão gerenciador, conforme normas constantes do artigo 22 do Regulamento; nesse caso, que equivale à figura do "carona", as aquisições ou contratações não poderão ultrapassar a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes; além disso, o instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quádruplo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem. O cumprimento da ata de registro de preços em relação ao

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 172.

⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 91.

⁶ TOMÉ, Shirley Sanchez. *A configuração jurídica do registro de preços: parâmetros para uma nova conformação legislativa*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 11.

órgão gerenciador e aos participantes não pode ser prejudicado pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços a órgãos aderentes. O fornecedor beneficiário da ata não é obrigado a aceitar o fornecimento decorrente de adesão.⁷

Suas bases já estavam definidas no Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922⁸ (Código de Contabilidade Pública da União), que proibia a alteração dos preços antes de decorridos quatro meses da inscrição, *in verbis*:

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 necessarios.

§ 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 communicadas 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 diferença.

No âmbito federal, após um silêncio legislativo que perdurou até 1986, com a edição do Decreto-Lei nº 2.300, o tema voltou a receber tratamento legal, com a atual nomenclatura e aplicabilidade ao processamento das compras sempre que possível e conveniente, conforme artigo 14, II do referido diploma, posteriormente revogado pela Lei nº 8.666/1993, que apresentou algumas diretrizes procedimentais.

Apesar dos benefícios potenciais de sua adoção, o SRP só ganhou evidência com a estabilização monetária iniciada com o Plano Real,

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁸ BRASIL. Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922. *Diário Oficial da União* - Seção 1 - 1/2/1922, Página 2397. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4536-28-janeiro-1922-567786-publicacaooriginal-91144-pl.html>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

mais favorável à sua implementação, uma vez que a queda da inflação e a linearidade de preços possibilitaram, como sustenta Santana, “aos agentes econômicos e ao Poder Público o planejamento mais preciso e seguro, permitindo uma alocação mais racional da renda”⁹. Em razão do prazo de validade dos preços registrados, restaria clara sua incompatibilidade com cenários de instabilidade econômica¹⁰.

A utilização do registro de preços foi ainda mais difundida em associação com o pregão, possibilitada pela Lei nº 10.520/2002, que ampliou formalmente sua admissibilidade para serviços comuns, então já amparada pela jurisprudência, com base em interpretação sistemática da Lei nº 8.666/1993¹¹. O pregão viabilizou e materializou sua implementação¹², simplificando as contratações públicas e tornando o processo mais célere e econômico.

Atualmente, no entanto, suposta inflexibilidade do preço máximo fixado, que deveria assegurar à Administração condições privilegiadas para futuras aquisições, tem representado um desafio à eficiência do sistema em períodos de grande flutuação, como se verá adiante.

1.3. A natureza jurídica da Ata de Registro de Preços

Após a conclusão do procedimento licitatório ordinário, homologado o certame e adjudicado o objeto, firma-se contrato administrativo, em que as partes estabelecem direitos e obrigações, exceto quando facultada sua substituição por outro instrumento hábil.

O SRP, por sua vez, é caracterizado pela assinatura, subsequente à homologação, de uma Ata de Registro de Preços, que delimita o conteúdo de eventual contrato administrativo ou instrumento equivalente a ser celebrado ou emitido de acordo com a necessidade da Administração.

⁹ SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços: manual de implantação, operacionalização e controle*. 3. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 423-424.

¹⁰ TOMÉ, Shirley Sanchez. *A configuração jurídica do registro de preços: parâmetros para uma nova conformação legislativa*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 11.

¹¹ TOMÉ, Shirley Sanchez. *A configuração jurídica do registro de preços: parâmetros para uma nova conformação legislativa*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 18.

¹² SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços: manual de implantação, operacionalização e controle*. 3. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 424.

De acordo com o artigo 2º, II, do Decreto nº 7.892/2013 e com o artigo 6º, XLVI, da nova Lei de Licitações e Contratos, a ARP é um documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, em que se registram o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e nas propostas apresentadas.

Trata-se de instrumento jurídico de natureza intermediária, que, para o particular, tem efeito de compromisso de fornecimento, nas condições estabelecidas, quando requerido pelo órgão gestor ou participante, observado o prazo de validade. Para a Administração, sua existência não impõe a obrigação de contratar e não obsta a realização de licitação específica para a aquisição pretendida. Nesta hipótese, o artigo 16 do Decreto nº 7.892/2013 assegura o direito de preferência ao fornecedor registrado, em igualdade de condições; enquanto o artigo 83 da Lei nº 14.133/2021 exige sua motivação.

Não há consenso quanto à sua natureza jurídica. Para Joel Menezes Niebuhr, seria um “pré-contrato, instrumento congênere a contrato, ainda que com ele não se confunda”, que prevê as condições do futuro ajuste¹³. Segundo entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), é um negócio jurídico preliminar, que cria vínculos e estabelece obrigações recíprocas, embora predominantemente ao particular:

12. Com as devidas vênias a tal posicionamento, apesar de concordar com a tese de que a formalização de ata de registro de preços gera apenas uma expectativa de direito ao signatário, não lhe conferindo nenhum direito subjetivo à contratação, entendo que a deliberação recorrida gerou sucumbência da parte, pois interferiu em disposições constantes da própria ata de registro de preços e não apenas em futuras e incertas contratações.

[...]

14. Não pretendo aqui discutir se a ata de registro de preços tem natureza contratual ou não, mas é fato que tal instrumento é um acordo de vontades, assinado pela Administração e pelas licitantes que ofertaram os preços registrados. Caracteriza-se como um negócio jurídico entre as partes, criando vínculos e estabelecendo obrigações recíprocas, embora predominantemente do particular signatário. Na ata de registro de preços, é acordado entre as partes apenas o objeto licitado e os respectivos preços ofertados, diferenciando-se de um típico contrato administrativo, no qual também são acertadas as quantidades a serem contratadas e existe

¹³ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 1.813.

a obrigação, e não mera faculdade, de o contratante demandar as quantidades previamente acordadas.¹⁴

De fato, não se confunde a ARP com o contrato de fornecimento propriamente dito. No entanto, a faculdade de contratar conferida à Administração não implica que por ela não sejam assumidas outras obrigações por meio daquele instrumento, como o dever de observar suas cláusulas na hipótese de contratação; a responsabilidade pelo gerenciamento da Ata atribuída ao órgão gerenciador; e, principalmente, a vedação à participação em outra com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de quantitativo registrado inferior ao máximo previsto.

A imposição de condições adicionais para a realização de licitação específica também revela a vinculação dos órgãos integrantes à Ata durante sua vigência, diante da necessidade de requisição dos itens dela constantes. O caráter não obrigatório apenas flexibiliza a contratação, de modo a melhor atender às necessidades das entidades interessadas, não torna absolutamente discricionária sua utilização. Assim, a existência da relação jurídica é evidenciada pelos limites impostos à conduta das partes.

Cabe reproduzir lição de Marçal Justen Filho quanto à discricionariedade da decisão da Administração Pública de efetivar a contratação, sem a qual não se integra o fato jurídico que dá origem ao direito de contratar:

Presume-se, então, que a Administração licita apenas porque pretende efetivamente contratar. Não é compatível com o Direito que recursos públicos e privados sejam onerados para desempenho de atividades inúteis. [...] É fundamental que a decisão de não contratar seja devidamente motivada, retratando a alternativa excepcional. Ou seja, a aplicação dos princípios constitucionais conduz à alteração das concepções tradicionais sobre a atividade administrativa e o relacionamento entre o Estado e o particular. Não se pode admitir que a contratação seja uma *faculdade* ou uma *prerrogativa* da Administração. Trata-se, também aqui, de um dever-poder, o que significa que tal decisão tem de submeter-se ao regime jurídico pertinente.¹⁵

Mesmo no SRP, em que, por sua própria natureza, o caráter facultativo da decisão de contratar está presente, deve ser devidamente

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1285/2015 - Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 563.

justificada a inutilização de Ata vigente e a opção por contratação alternativa, em especial quanto aos custos decorrentes de processo licitatório específico ou de aquisição emergencial, de modo a demonstrar a vantagem técnica e econômica da escolha.

A relação jurídica entre a Administração e o particular signatário da Ata, portanto, constitui vínculo obrigacional bilateral, o que permite sua classificação como contrato, que não equivale ao de fornecimento, mas o precede e condiciona. Suas características adequam-se à definição trazida pelo artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Para Marçal Justen Filho, trata-se de um contrato normativo, “uma relação jurídica de cunho preliminar e abrangente, que estabelece vínculo jurídico disciplinando o modo de aperfeiçoamento de futuras contratações entre as partes”¹⁶. Assim, seria vinculante para ambos, pois a Administração só poderá solicitar do particular o fornecimento em quantidade, qualidade e condições compatíveis com o pactuado, e só poderá desrespeitar o direito de preferência por motivo razoável.

A indeterminação da quantidade a ser fornecida no momento da assinatura torna impossível precisar todo o seu conteúdo, exigindo complementação no momento das contratações específicas. Desse modo, “a Ata de Registro de Preços e as contratações que dela podem advir formam uma “relação contratual complexa”, que se inicia com o contrato preliminar e segue seu desenvolvimento com as contratações parciais subsequentes”¹⁷.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 273.

¹⁷ TOMÉ, Shirley Sanchez. *A configuração jurídica do registro de preços: parâmetros para uma nova conformação legislativa*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 37.

A ARP, então, como instrumento de formalização do registro de preços, tem caráter de contrato preliminar normativo, servindo como parâmetro de legitimidade para eventuais contratos derivados.

1.4. A contratação oriunda da Ata de Registro de Preços

Cumprе ressaltar que o termo “contratação” é utilizado para se referir não apenas ao negócio celebrado por meio do instrumento contratual propriamente dito, mas também para os casos em que este pode ser substituído por outros instrumentos hábeis, como se nota pela redação do *caput* do artigo 64 da Lei nº 8.666/1993, praticamente reproduzida pelo artigo 90 da nova Lei de Licitações e Contratos:

Art. 90. A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.

Assim, as contratações subsequentes à Ata de Registro de Preços podem prescindir do termo de contrato, nas hipóteses em que dispensável sua elaboração e admitida a utilização de instrumentos equivalentes, nos termos do artigo 62, § 4º da Lei nº 8.666/1993:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

[...]

§ 4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

Segundo entendimento do TCU, o dispositivo "visa à eficiência administrativa, ao simplificar a formalização das relações contratuais, prezando também pela segurança jurídica necessária à correta execução das obrigações"¹⁸. Seu objetivo seria “desburocratizar o procedimento de compra naquelas hipóteses em que esteja evidenciado que o contrato será de pouca

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1234/2018 - Plenário. Relator: Ministro José Múcio Monteiro.

serventia para a Administração Pública devido à ausência de riscos na aquisição em questão"¹⁹. Ou seja, o valor reduzido ou a ausência de obrigações futuras decorrentes da contratação configuram menor risco, o qual não justificaria a elaboração de instrumento mais complexo e o maior dispêndio de tempo e de recursos a ele associados.

Marçal Justen Filho o relaciona, ainda, ao artigo 15, III, da Lei nº 8.666/1993, que estabeleceu que as aquisições deveriam, quando possível, submeter-se a condições semelhantes às do setor privado, acolhendo "o informalismo do Direito Comercial sempre que inexistentes riscos de maior dimensão para os interesses fundamentais"²⁰.

Nessas hipóteses, há contrato administrativo, em sentido amplo, aplicando-se as mesmas regras, e as cláusulas previstas no ato convocatório suprem a ausência do instrumento específico²¹. No SRP, em que ocorre a assinatura de um instrumento intermediário, este estabelece ainda algumas cláusulas complementares às editalícias, como as relativas aos preços. Assim, embora a nota de empenho e os demais instrumentos aptos a formalizar a contratação não tragam o mesmo nível de detalhamento quanto às condições do negócio, o contratado estará vinculado àquelas estipuladas no Edital e na Ata de Registro de Preços.

Uma vez que o procedimento é adotado para compras rotineiras de bens padronizados ou obtenção de serviços, com vistas a múltiplas aquisições sucessivas pelo preço registrado²², todas autônomas, estas serão isoladamente consideradas para verificar a necessidade ou não do termo de contrato. Por isso, no SRP, a formalização de cada uma das contratações ocorre, frequentemente, com a simples emissão de nota de empenho ou autorização de compra pelo órgão solicitante, em razão da entrega imediata e integral dos itens solicitados.

Quando obrigatório o termo de contrato, este deverá observar as formalidades legais e as condições de fornecimento estabelecidas na Ata que o

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 367/2003 - Plenário. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 702.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 702.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 587.

originou, e fixará outras cláusulas mais específicas, podendo produzir efeitos mesmo após o fim da vigência da ARP, desde que assinado dentro do seu prazo de validade, segundo o § 4º do artigo 12 do Decreto nº 7.892/2013.

O TCU admite, inclusive, a possibilidade de utilização do Sistema de Registro de Preços para contratação de serviços contínuos, que pode, com as prorrogações, alcançar uma vigência total de 60 meses, conforme inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93²³. Assim, a vigência da Ata não limita a do contrato derivado.

Eventual prorrogação da ARP, no entanto, não permite a renovação dos quantitativos firmados inicialmente na licitação²⁴, pois envolve apenas a ampliação da vigência do instrumento, não a ampliação de seu conteúdo²⁵. Antes da nova lei geral, o prazo de validade da ARP não poderia ser superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações, nos termos do § 3º, III, do artigo 15 da Lei nº 8.666/1993 e do *caput* do artigo 12 do Decreto nº 7.892/2013.

Além disso, de acordo com os §§ 1º e 3º do artigo 12 do Decreto nº 7.892/2013, como os quantitativos fixados em Ata não estão sujeitos a quaisquer acréscimos²⁶, o contrato dela oriundo poderá ser alterado, observando essa ressalva, nos termos do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993, que cabe reproduzir:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento,

²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.737/2012 - Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3273/2010 - 2ª Câmara. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti.

²⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações públicas* - Lei nº 8.666/93. 5. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 58.

²⁶ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 1.990.

em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

§1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - (VETADO) (Incluído pela Lei no 9.648, de 1998)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

§4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º (VETADO)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de

dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

Considerando o caráter facultativo da contratação oriunda da ARP e a eventualidade que lhe é característica, não há óbice à supressão dos quantitativos estipulados no contrato. Mas deverão ser observados os limites impostos para a alteração unilateral, que poderão ser ultrapassados apenas com a anuência da contratada. Ou seja, esta ficará obrigada a aceitar a supressão de até 25%, e no caso de reforma de edifício ou de equipamento, de até 50% do valor atualizado do contrato; mas este poderá ser suprimido em até 100% se houver concordância, pelo disposto no § 1º e no § 2º, II do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993.

Quanto ao acréscimo, entende-se que, se o contrato inicialmente fixar quantitativo inferior ao previsto em Ata, poderá ser aditivado até o limite do saldo remanescente, considerando as deduções resultantes de eventuais contratações anteriores dela oriundas. Assim, o acréscimo deverá observar, cumulativamente, os limites percentuais estabelecidos no §1º do artigo 65 e o quantitativo total do saldo da ARP, como limite máximo.

Por fim, admite-se ainda a possibilidade de alteração do contrato oriundo da Ata de Registro de Preços para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, que será objeto do capítulo seguinte.

2. INSTRUMENTOS DE MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1. Reajuste, repactuação e revisão econômica

Entre os mecanismos de manutenção da equação econômico-financeira do contrato, estão o reajuste em sentido estrito, a repactuação e a revisão, também chamada de recomposição ou realinhamento.

O reajuste em sentido estrito está previsto em edital e contrato, geralmente atrelado a índices oficiais, que refletem a variação ordinária dos preços em determinado período, considerando as circunstâncias que usualmente os afetam. Trata-se de cláusula essencial ao contrato e terá sua periodicidade contada a partir da data prevista para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir, conforme artigos 55 e 40, XI, da Lei nº 8.666/1993. Como esclarece Lucas Rocha Furtado:

O reajuste de preços está relacionado a variações de custos de produção que, por serem previsíveis, poderão estar devidamente indicados no contrato. Normalmente, são utilizados como critérios para promover o reajuste do valor do contrato índices que medem a inflação, como o índice nacional de preços ao consumidor (INPC), índices setoriais, ou índices de variação salarial. As cláusulas que preveem o reajuste de preços têm o único objetivo de atualizar os valores do contrato em face de situações previsíveis (expectativa de inflação, variação de salários etc.). A bem da verdade, o reajuste de preços deve ser visto como meio de reposição de perdas geradas pela inflação.²⁷

A repactuação, outro instrumento de reajuste ordinário, aplica-se especificamente aos contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão-de-obra, considerando a variação efetiva dos componentes de seus custos, como o aumento salarial da categoria previsto em convenção coletiva. Em relação às hipóteses de reajustamento, a Nova Lei de Licitações e Contratos dispõe que:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

[...]

§ 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do

²⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 305.

orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

§ 8º Nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por:

I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

A revisão econômica ou recomposição, por sua vez, é adotada quando fato excepcional posterior à formulação da proposta altera fundamentalmente as condições de execução, gerando um aumento extraordinário dos encargos de uma das partes.

A Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 65, II, "d", conferiu o mesmo tratamento às hipóteses de quebra da equação econômico-financeira quando configurada álea extraordinária extracontratual: teoria da imprevisão, fato do príncipe, caso fortuito e força maior²⁸.

Cumprir esclarecer que, enquanto o fato do príncipe é um ato lícito e regular, "fato genérico e extracontratual imputável à Administração Pública, que acarreta o aumento dos custos do contrato administrativo (álea extraordinária administrativa)"²⁹, como o aumento da alíquota do tributo que incide sobre seu objeto; o fato da Administração é um ato ilícito a ela imputável, como o descumprimento de obrigações assumidas contratualmente pela entidade estatal, que gera o dever de indenizar o particular por perdas e danos³⁰.

O caso fortuito e a força maior, eventos inevitáveis decorrentes da ação humana ou da natureza que impossibilitam o cumprimento das obrigações, diferenciam-se da teoria da imprevisão, aplicada quando fatos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis geram desequilíbrio

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 719.

²⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 721-722.

econômico, mas não impedem de forma absoluta a execução³¹. Aqueles podem levar à rescisão, pelo disposto no artigo 78, XVII, da Lei nº 8.666/1993, e esta, à revisão da cláusula financeira para permitir a continuidade do contrato, pelos fundamentos que se passa a expor.

2.2. A teoria da imprevisão

Qualquer relação contratual envolve riscos ordinários assumidos pelas partes, com algum grau de previsibilidade, cujos encargos decorrentes devem ser suportados, sem prejuízo ao cumprimento da obrigação. No entanto, quando circunstâncias imprevisíveis alteram as condições econômicas, com o aumento desproporcional do ônus de uma das contratantes, configura-se álea econômica extraordinária, que enseja sua revisão. Assim, a teoria da imprevisão pode ser compreendida “como um elemento de dispersão democrática de riscos econômicos sistêmicos”³², manifestação do princípio constitucional da segurança jurídica.

Para Odete Medauar, essa construção teórica representa, no âmbito do Direito Administrativo, “o que a cláusula *rebus sic stantibus* (literalmente, estando assim as coisas, se as coisas tivessem se mantido no mesmo estado) significa nos contratos de direito privado”³³. Tal cláusula, implícita em todos os contratos, destina-se à recomposição do equilíbrio caso este seja alterado, evitando potencial lesão. Uma leitura atual do princípio do *pacta sunt servanda*, ou da força obrigatória do contrato, a partir de uma concepção dinâmica do equilíbrio entre as prestações nele fixadas, admite sua adequação às circunstâncias que envolvam a execução, a fim de efetivamente preservar o acordo inicial³⁴.

Dessa forma, a teoria da imprevisão permite a manutenção do equilíbrio da relação inicialmente estabelecida ao longo da execução do contrato, aplicando-se principalmente àqueles de execução futura, diferida ou

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

³² CASTRO, Adriano Augusto Pereira de. Desconstruindo a teoria da imprevisão: Parâmetros democráticos para a revisão judicial dos contratos sob a análise econômica do direito. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, 2006. p. 24.

³³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 226.

³⁴ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 301.

continuada. Ou seja, o pacto pode ser ajustado, com a redução ou o aumento dos encargos, diante de condições supervenientes desfavoráveis a uma das partes, evitando a assunção isolada do ônus por uma e o enriquecimento ilícito de outra. Nesse sentido, ela confere maior segurança jurídica aos agentes econômicos, reduzindo os riscos e os custos de transação³⁵.

A teoria foi albergada pela antiga Lei de Licitações e Contratos, que determinou que os contratos por ela regidos poderiam ser alterados para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos³⁶ da execução do ajustado. A expressa adoção no âmbito do Direito Administrativo, no entanto, não justifica sua aplicação indiscriminada. Deve ser excepcional a revisão econômica nela baseada, observados rigorosamente os critérios estabelecidos para sua concessão, quais sejam: imprevisibilidade do fato ou de suas consequências; superveniência do evento à apresentação da proposta; elevação significativa dos encargos que inviabilize ou retarde a execução; e ausência de culpa do contratado.

O reequilíbrio econômico-financeiro do contrato estará, portanto, condicionado à comprovação documental da alteração efetiva dos custos e à demonstração do nexo causal entre a elevação e a ocorrência do evento supostamente majorador, posterior à apresentação da proposta³⁷. De acordo com a Orientação Normativa nº 22, de 01 de abril de 2009, da Advocacia-Geral da União (AGU), poderá ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na alínea "d" do inciso II do art. 65, da lei no 8.666, de 1993. Desse modo, demonstrado o desequilíbrio, necessário o restabelecimento da equação econômico-financeira inicial, constituindo direito do contratado e obrigação da Administração.

³⁵ CASTRO, Adriano Augusto Pereira de. Desconstruindo a teoria da imprevisão: Parâmetros democráticos para a revisão judicial dos contratos sob a análise econômica do direito. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, 2006. p. 21.

³⁶ Ressalta-se que tais fatos impeditivos impossibilitam a execução nas condições inicialmente ajustadas. Não se trata de impedimento absoluto, sendo viável a prestação se houver reequilíbrio.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 812.

A equação econômico-financeira refere-se à equivalência convencional entre ônus e benefícios correspondentes, e é estabelecida com a apresentação e a aceitação da proposta³⁸, portanto, em momento anterior à contratação, e sua proteção é garantida desde então. Assim, não parece haver justificativa para a inaplicabilidade do instituto do reequilíbrio à Ata de Registro de Preços, pois presentes os mesmos fundamentos que autorizam sua aplicação ao contrato administrativo. Por ser contrato normativo que fixa a cláusula financeira das contratações subsequentes, deveria ser possível sua revisão. Tal não é o entendimento da Advocacia-Geral da União (AGU), explicitado a seguir.

2.3. Hipóteses de alteração dos preços registrados

Admite-se a possibilidade jurídica de alteração dos preços registrados, em tese, condicionada à observância dos limites previstos na legislação. No entanto, pareceres consubstanciam opiniões no sentido da inaplicabilidade do instituto do reequilíbrio econômico-financeiro à Ata de Registro de Preços.

O Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que regulamenta o SRP no âmbito federal, prevê, em seu Capítulo VIII, a possibilidade de revisão e de cancelamento dos preços registrados em caso de variação dos valores praticados no mercado. O artigo 17 do referido decreto dispõe que:

Art. 17. Os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores, observadas as disposições contidas na alínea “d” do inciso II do caput do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Remete, então, ao artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/1993, relacionado à teoria da imprevisão e ao reequilíbrio dos contratos. A revisão autorizada pelo artigo 17 do Decreto nº 7.892/2013, entretanto, além do enquadramento nas hipóteses elencadas no dispositivo legal supramencionado, deve observar os limites impostos pelos dois dispositivos

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 717.

regulamentares seguintes³⁹. Ou seja, seria possível a negociação junto aos fornecedores para restabelecer a justa relação financeira inicialmente pactuada, mas não nos mesmos termos aplicáveis aos contratos administrativos.

O artigo 18 do Decreto nº 7.892/2013 prevê que:

Art. 18. Quando o preço registrado tornar-se superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, o órgão gerenciador convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado.

§ 1º Os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços aos valores praticados pelo mercado serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade.

§ 2º A ordem de classificação dos fornecedores que aceitarem reduzir seus preços aos valores de mercado observará a classificação original.

Desse modo, na hipótese de redução dos preços praticados no mercado em virtude de fato extraordinário superveniente, admitir-se-ia a alteração, condicionada à prévia negociação com os fornecedores, observada sua classificação. Se não houvesse acordo, ocorreria a liberação do compromisso e a realização de nova licitação ou contratação direta⁴⁰.

O artigo 19, por sua vez, trata da hipótese de elevação dos preços praticados no mercado:

Art. 19. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir o compromisso, o órgão gerenciador poderá:

I - liberar o fornecedor do compromisso assumido, caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento, e sem aplicação da penalidade se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados; e

II - convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.

Parágrafo único. Não havendo êxito nas negociações, o órgão gerenciador deverá proceder à revogação da ata de registro de preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa.

Comprovada alteração significativa nos encargos da empresa, decorrente de evento posterior à celebração da Ata de Registro de Preços e alheio à sua vontade, estaria configurada hipótese de revisão. No entanto,

³⁹ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

como a norma específica lhe confere tratamento distinto, não seria um direito da empresa beneficiária da Ata.

Prevalece o entendimento da Comissão Permanente de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União (CPLC/CGU), de que o procedimento de negociação não admite aumento dos valores registrados, apenas sua redução e a liberação do compromisso, diferenciando-se da recomposição por seu caráter facultativo⁴¹. Assim, seria inaplicável à Ata o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro: o reajuste e a repactuação seriam incabíveis, porque ausente o requisito da periodicidade anual, enquanto a revisão seria incompatível com o procedimento aplicável.

De acordo com o Parecer nº 01/2016 da CPLC/CGU/AGU, os institutos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro seriam direitos relacionados ao contrato, que surgem a partir da ocorrência do fato gerador específico. O procedimento de negociação previsto nos artigos 17 a 19 do atual regulamento poderia ser assim resumido, segundo o referido entendimento:

33. Assim, quando o preço registrado, por motivo superveniente, tornar-se superior ao preço praticado no mercado, o órgão gerenciador deverá convocar o fornecedor, negociando a redução de preços e sua adequação àqueles praticados pelo mercado. Não sendo possível a negociação, o fornecedor poderá ser liberado do compromisso, tentando-se igual negociação com os demais fornecedores, se for o caso. Noutro prumo, quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor, mediante requerimento devidamente comprovado, alegar a impossibilidade de manutenção do fornecimento nas condições assumidas, o órgão gerenciador poderá liberar o fornecedor do compromisso, sem a aplicação da penalidade, bem como convocar os demais fornecedores para assegurar igual oportunidade de negociação.

34. Necessário perceber que, na hipótese do preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados, a negociação não admite aumento dos valores registrados, mas apenas a liberação do compromisso, sem aplicação de penalidades. Mesmo quando o preço de mercado é inferior, ela não obriga a redução, impondo apenas ao órgão público contratante a abertura da negociação, que pode ou não ser aceita pelo contratado. Em suma, o procedimento de negociação se diferencia dos institutos de revisão econômica, entre outras coisas, porque, não sendo propriamente um direito patrimonial, não pode ser alcançado sem a concordância da outra parte.⁴²

⁴¹ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Comissão Permanente de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Parecer n.º 00001/2016/CPLC/CGU/AGU.

⁴² BRASIL. Advocacia-Geral da União. Comissão Permanente de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Parecer n.º 00001/2016/CPLC/CGU/AGU. Processo nº 00688.000183/2015-76.

Dessa forma, por ser a manutenção do equilíbrio econômico um direito subjetivo, poderia ser exigida, independente da anuência da outra parte, sendo incompatível com o caráter facultativo da alteração aplicável à ARP, diferença que seria suficiente para demonstrar que com ela não se confunde.

Além disso, por terem aqueles institutos efeitos circunscritos à relação contratual, considerando o potencial da Ata de gerar múltiplas contratações, com órgãos distintos e em diferentes contextos e locais, cada uma delas poderia ser atingida de modo diverso por eventual fato gerador de revisão econômica, o que justificaria sua não aplicação ao preço registrado⁴³. Por outro lado, quando houvesse acordo para sua redução no âmbito da ARP, esta beneficiaria todos a partir de então.

Por fim, destaca-se que o órgão competente para o reconhecimento do direito à manutenção do equilíbrio seria o contratante, enquanto o gerenciador seria o responsável pelo procedimento de negociação, inerente à Ata. Todas essas diferenças resultariam “da natureza jurídica diversa entre a Ata e o Contrato (em sentido amplo), bem como entre os institutos de manutenção do equilíbrio econômico e o procedimento negocial previsto pelo regulamento federal”⁴⁴.

Recentemente, em consulta sobre a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro de Ata de Registro de Preços firmada entre a Controladoria-Geral da União e empresa de tecnologia para eventual aquisição de computadores e acessórios, foi emitido o Parecer nº 00211/2020/CONJUR-CGY/CGU/AGU, concluindo pela impossibilidade jurídica da revisão econômica para aumentar os valores registrados, por entender não ser aplicável à espécie o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro e não haver autorização nesse sentido no artigo 19 do Decreto nº 7.982/2013. Estaria autorizada apenas a liberação da empresa do compromisso, se conveniente para a Administração, e a convocação dos demais fornecedores para negociação. Ou seja, mesmo no contexto da pandemia da Covid-19, mantém-se como referência o entendimento da CPLC/CGU de que o instituto tem aplicação restrita. Sua

⁴³ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Comissão Permanente de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Parecer n.º 00001/2016/CPLC/CGU/AGU. Processo nº 00688.000183/2015-76.

⁴⁴ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Comissão Permanente de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Parecer n.º 00001/2016/CPLC/CGU/AGU. Processo nº 00688.000183/2015-76.

efetividade, no entanto, tem sido comprometida por interpretações distorcidas dos regulamentos, como será demonstrado.

2.4. As dificuldades para operacionalização da revisão dos preços registrados

Seguindo o entendimento da AGU, então, conclui-se que o instituto do equilíbrio econômico-financeiro teria aplicação no âmbito das contratações, vedada preliminarmente. Quando estas ocorrem por meio de termo de contrato, não se apresentam empecilhos à revisão, do mesmo modo como ocorre naqueles derivados de licitações processadas pelo procedimento comum. Entretanto, quando são formalizadas por meio de instrumento equivalente, como nota de empenho, tal aplicação encontra obstáculo justamente pelo previsto no Decreto nº 7.892/2013 e dispositivos semelhantes.

Quanto à possibilidade de revisão para redução dos preços, seria possível imaginar diversos cenários. Quando o órgão gerenciador constatasse a redução dos preços de mercado e promovesse a negociação com o fornecedor antes do pedido de fornecimento, através do procedimento negocial, os preços constantes da Ata poderiam ser reduzidos, devendo ser praticados em todos os fornecimentos posteriores, por todos os órgãos dela integrantes. Se não houvesse acordo com o fornecedor principal ou com os demais, seria cancelada a ARP e realizada nova licitação ou contratação direta para obtenção de preços mais vantajosos e compatíveis com o mercado.

Se identificado o fato gerador pelo órgão participante ou não participante (carona), seria possível a revisão no âmbito da contratação específica. No entanto, seria necessário formalizar a contratação com os preços registrados para posterior redução, permanecendo inalterados os preços da Ata até que fosse promovida negociação pelo órgão gerenciador para redução ou cancelamento.

Em relação à possibilidade de revisão diante do aumento dos preços correntes, no entanto, apresentam-se certas dificuldades. Isso porque o artigo 19, I, do Decreto nº 7.892/2013, estabelece que o fornecedor será liberado do compromisso assumido, caso a comunicação ocorra antes do pedido de fornecimento.

Nesses casos, se for comprovado o aumento dos preços praticados no mercado, decorrente de fatos inevitáveis e imprevisíveis ou de consequências incalculáveis, não será possível ao órgão gerenciador promover a recomposição, apenas a liberação do fornecedor do compromisso, em relação à parcela não empenhada, podendo permanecer válida a Ata para o saldo remanescente a depender do interesse dos demais em fornecer pelo preço registrado. Diante da negativa, o registro será cancelado, inviabilizando novas contratações.

Quanto ao pedido de fornecimento já emitido, não seria possível a liberação do compromisso por parte do órgão gerenciador, tampouco a majoração no âmbito da ARP, restando a possibilidade de revisão econômica no âmbito da contratação específica. No entanto, aqui se apresenta um problema derivado de uma interpretação equivocada dos regulamentos, relativa à tempestividade do pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, que se extrai do seguinte trecho do Parecer nº 139/2016 da Procuradoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará: “[...] desde a data de expedição das Notas de Empenho [...] ocorrera a preclusão temporal da faculdade processual de se requerer reequilíbrio econômico-financeiro do contrato”⁴⁵.

Isso ocorre pela confusão entre a limitação dos efeitos da liberação ou da revisão dos preços da Ata (nos casos em que os regulamentos específicos a admitem), que não alcançam as contratações já formalizadas, e a limitação do reequilíbrio destas.

Segundo esse entendimento, após a expedição da nota de empenho, ocorreria a preclusão temporal do direito de requerer o realinhamento. Entretanto, como a mesma constitui o instrumento que formaliza a contratação, nesse âmbito só seria possível o reequilíbrio contratual após sua emissão, não antes, inviabilizando a aplicação.

Assim, torna-se ainda mais problemático quando associado ao entendimento da AGU quanto à inaplicabilidade do instituto à Ata, inviabilizando-o nos dois âmbitos e obrigando o fornecimento pelo preço originalmente fixado, mesmo diante de evidente desequilíbrio.

⁴⁵ MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. *Pareceres da Procuradoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará*: v. 2. Fortaleza: TCE-CE, 2017. p. 62.

O resultado de tal incongruência, na prática, é que muitos órgãos admitem apenas duas possibilidades diante de fato excepcional que eleve os preços de mercado: a possibilidade de liberação do compromisso, se comunicado antes da emissão da nota de empenho; e a impossibilidade de revisão e conseqüente obrigação de honrar o preço registrado, quando alegado após a emissão, admitida a liberação apenas quanto à parcela remanescente não empenhada.

Essa distorção decorre da ideia de que o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro se aplica apenas ao contrato propriamente dito, devido à incompreensão do caráter contratual dos instrumentos que o substituem.

Tal interpretação impõe ao fornecedor o ônus de, imediatamente após verificada a alta no mercado derivada de fato excepcional e imprevisível, comunicá-la ao órgão gerenciador, solicitando sua desoneração.

No próximo capítulo, serão apontados os resultados da aplicação dos entendimentos aqui expostos, que demonstram sua insuficiência para assegurar condições mínimas de execução e condições mais vantajosas de contratação.

3. A (IN)APLICABILIDADE DO INSTITUTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

3.1. A inexecuibilidade dos preços registrados e a ineficácia do processo licitatório

Entre os objetivos da licitação, elencados no artigo 11 da Lei nº 14.133/2021, estão: assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais favorável para a Administração e evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis. A lei anterior apresentava disposição semelhante, em seu artigo 3º.

Por isso, a análise que subsidia o julgamento das propostas não se resume ao critério menor preço, mas também à sua aptidão para alcançar os objetivos estabelecidos. Busca-se, então, evitar a seleção de proposta manifestamente inexequível, apesar de seu preço reduzido, pelo maior risco à viabilidade de execução do objeto e, por conseguinte, menor aptidão para efetivamente gerar o resultado pretendido. Quanto à demonstração da compatibilidade entre oferta e custos, afirma Marçal Justen Filho:

A licitação não se destina pura e simplesmente a selecionar a proposta de menor valor econômico, mesmo quando adotado o tipo menor preço. Visa a selecionar a proposta de menor valor que possa ser executada satisfatória e adequadamente.

Justamente por isso, o ato convocatório deverá impor ao licitante o ônus de demonstrar a formação de seus custos diretos e indiretos, assim como a margem de lucro prevista. Usualmente, essa demonstração envolve a apresentação de planilhas com preços unitários, onde o particular formula projeções quanto a quantitativos de itens necessários à execução da prestação, indicando o custo necessário para tanto. Esses demonstrativos deverão indicar tanto os custos diretos como aqueles indiretos, relacionados inclusive com a carga tributária.

Lembre-se que a exigência de apresentação desses demonstrativos destina-se a preencher diversas finalidades. Trata-se não apenas de evidenciar a viabilidade econômico-financeira da proposta, mas também a controlar a adequação da concepção do particular em vista das exigências técnico-científicas e de adotar fundamento para eventuais modificações necessárias ao longo da execução do contrato.⁴⁶

Justamente com o fim de preservar sua exequibilidade, garante-se a manutenção da equação econômico-financeira inicial. Deve-se buscar “a

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008. p. 571.

satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação”⁴⁷.

Na licitação tradicional, que resulta em uma única contratação, é dispensável o instrumento específico na hipótese de entrega imediata, pois não subsistem obrigações futuras. Diante da curta extensão do prazo para o cumprimento integral da obrigação, é desnecessária, em regra, embora possível, a aplicação de instrumentos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, já que seu objeto se exaure após a pronta execução. A execução futura, continuada ou diferida, por sua vez, exige a assinatura de termo de contrato, entre outras razões, por tornar o ajuste mais complexo e implicar maior risco, podendo ser exigida garantia e admitindo expressamente a possibilidade de revisão posterior.

O registro de preços, no entanto, oportuniza uma série de contratações sucessivas, na medida das reais necessidades dos órgãos integrantes. Dificilmente a execução integral de seu objeto se dará de forma instantânea, prolongando-se no tempo a obrigação, em regra. Desse modo, embora cada uma das contratações isoladas seja de entrega imediata e, conseqüentemente, dispense a formalização por contrato, a execução total do objeto será diferida, persistindo o dever de fornecer pelo preço registrado por todo o período de vigência ou até que se esgote o saldo da Ata.

Diante dessa peculiaridade, evidencia-se a potencial necessidade de revisão no âmbito dessas contratações “simplificadas” que geralmente dela prescindem, uma vez que a extensão da obrigação subjacente no tempo as expõe a um maior risco de ocorrência de fatos imprevisíveis aptos a alterar significativamente as condições iniciais.

Contudo, o entendimento que inviabiliza o reequilíbrio econômico tanto no âmbito da ARP quanto no dessas contratações formalizadas por instrumentos alternativos acaba obrigando o fornecimento pelo preço registrado. O resultado, diante de sua inexecutabilidade superveniente, é a inadimplência, seguida da aplicação de penalidade e do cancelamento da Ata ou do item.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 697/2006, Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar.

Isso pode, ainda, levar os gestores à conclusão equivocada quanto à imprescindibilidade da elaboração do termo de contrato, mesmo quando indicada sua substituição, como artifício para viabilizar eventual revisão, já que no seu âmbito não há divergência quanto à aplicabilidade do instituto. O problema é que, embora a legislação exija que as relações contratuais sejam formalizadas, de modo a permitir sua fiscalização e controle, a escolha do instrumento deve ser proporcional à sua complexidade. No SRP, a opção mais adequada seria, quase sempre, uma das formas alternativas, e a adoção do rito mais complexo torna mais onerosas e morosas as contratações derivadas, sem necessidade, contrariando a racionalização de processos característica do sistema.

Outro inconveniente indiretamente relacionado à inexecuibilidade dos preços é resultado da interpretação que admite a revisão apenas no âmbito da contratação, e não no da Ata. Quando configurada álea econômica extraordinária, o fornecedor teria duas alternativas em relação ao saldo: manter os preços registrados e solicitar a revisão no âmbito de cada contratação futura, ou solicitar ao órgão gerenciador a liberação do compromisso.

Diante da incerteza quanto ao deferimento dos pedidos de reequilíbrio, que estariam sujeitos a análises diversas por parte de cada órgão, a decisão mais conveniente seria solicitar a liberação do compromisso. Nesses casos, haveria a possibilidade de convocar os remanescentes para negociação, porém, considerando que a alta dos preços de mercado resulta da majoração dos custos de produção, que, em regra, atinge os fornecedores de forma mais ou menos uniforme, as chances de sucesso seriam mínimas. Na prática, a impossibilidade de atualização dos preços registrados acaba por inviabilizar a Ata⁴⁸.

Em ambos os casos, buscar-se-iam melhores condições para a aquisição. Contudo, seria mínima também a probabilidade de que os processos de aquisição realizados no novo cenário econômico selecionassem proposta com valor muito inferior ao pleiteado, pelas mesmas razões. As duas interpretações, portanto, levam à inviabilidade de manutenção da vigência da

⁴⁸ ARAGÃO, Cássia Correia Pessoa. O papel do sistema de registro de preços, na modalidade pregão, no atual panorama das licitações e contratos da administração pública. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, 36: 099-143, jan./dez. 2010, nº 1 - 1975. Brasília, Seção de Documentação, 2010. p. 131.

Ata de Registro de Preços e à ineficácia da licitação que lhe deu origem, conduzindo à realização de novo processo de vantajosidade questionável.

Durante a crise causada pelo novo coronavírus, que resultou na paralisação de atividades, limitação da circulação e alta variação de preços, em função da escassez de matéria-prima ou do aumento abrupto da demanda, principalmente de produtos relacionados à área da saúde, diversos negócios jurídicos, contratuais e extracontratuais, foram afetados.

Ressalta-se que as elevações, decorrentes de fatos alheios à vontade das contratadas, muitas vezes, superaram 200%, o que impediu o fornecimento pelos preços inicialmente propostos. A manutenção destes implicaria prejuízos ao licitante vencedor, dele exigindo sacrifício, não compromisso⁴⁹.

Em tais hipóteses, justificado o inadimplemento, a despeito da ocorrência de evento danoso à Administração, ausente o elemento subjetivo da culpabilidade, pressuposto para a aplicação de penalidades administrativas, o que deveria afastar seu cabimento, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade. A mera inexecução, portanto, não deveria ser suficiente para caracterizar a infração, apenas quando oriunda de culpa ou dolo⁵⁰.

Esse contexto evidenciou a deficiência desses entendimentos, que orientaram análises e indeferimentos de inúmeras solicitações de reequilíbrio econômico-financeiro, inviabilizando a manutenção da vigência de Atas anteriores e contemporâneas à emergência da crise, e levando à aplicação de sanções contestáveis. A ideia de imutabilidade do pactuado revela-se, então, incompatível com períodos de grande instabilidade, nos quais, ao invés de disciplinar relações, só gera empecilho ao seu eficiente desenvolvimento⁵¹.

⁴⁹ PUCETTI, Renata Fiori. *Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 117.

⁵⁰ PUCETTI, Renata Fiori. *Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. pp. 131-132.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 671.

3.2. Os custos das futuras contratações

A alocação de riscos é essencial para a efetiva execução de contratos e pressupõe sua justa distribuição. Quando essa “distribuição de responsabilidades não é clara, além de não haver perfeitas condições para a formulação das propostas, a situação expõe a contratação em um ambiente de forte instabilidade e insegurança jurídica”⁵².

Daí a relevância da previsão da matriz de riscos no instrumento convocatório, que confere mais segurança jurídica, isonomia e transparência ao certame, pois garante que o preço proposto será proporcional aos riscos assumidos. Ou seja, a prévia alocação de riscos permite o correto dimensionamento do preço, considerando seu impacto nas expectativas de despesa.

Verifica-se, então, que os riscos são transmitidos nas transações, incluindo o risco de inadimplemento involuntário⁵³. As futuras propostas refletirão inevitavelmente o nível de proteção que o contratante deve tomar.

Assim, apesar do benefício auferido pelas empresas ao participar de apenas uma licitação e fornecer o objeto pelo período de um ano para diversos órgãos, é preciso cautela no cálculo de seus preços⁵⁴. Como observado, a contratação oriunda da ARP, por meio de instrumentos diversos do termo de contrato, tem imposto riscos adicionais ao beneficiário da Ata.

Se o particular tiver que assumir também os riscos extraordinários, isso refletirá na formulação de propostas menos vantajosas à Administração, de modo a assegurar sua exequibilidade diante de eventos improváveis que possam resultar em acréscimos, embutindo custos potenciais. Sobre o interesse da Administração na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, Marçal Justen Filho afirma:

A tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar a própria Administração. Se os particulares tivessem que arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais

⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1510/2013 – Plenário. Relator: Ministro Valmir Campelo.

⁵³ CASTRO, Adriano Augusto Pereira de. Desconstruindo a teoria da imprevisão: Parâmetros democráticos para a revisão judicial dos contratos sob a análise econômica do direito. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, 2006. p. 18-19.

⁵⁴ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação de registro de preços: comentários ao decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 21.

onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis - mesmo quando incorressem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública⁵⁵.

A possibilidade de reequilíbrio levaria, então, à redução dos custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública, que arcaria apenas com o acréscimo de encargos resultante dos eventos que efetivamente ocorressem.

Desse modo, o congelamento de preços pelo período de vigência do registro expõe o fornecedor a um risco excessivo⁵⁶, e a ausência de garantia da manutenção do equilíbrio implica redução do interesse em contratar com a Administração, o que prejudica a disputa licitatória quando adotado o sistema, em razão do elevado preço transacional.

Esses são outros resultados práticos da adoção do entendimento que inviabiliza a aplicação do instituto do reequilíbrio tanto no âmbito da ARP quanto no âmbito das contratações derivadas: o desinteresse dos fornecedores ou propostas mais elevadas e o conseqüente comprometimento do bom desempenho dos processos licitatórios posteriores processados pelo SRP, seja por seu fracasso ou pela impossibilidade de obtenção do melhor preço.

Em paralelo, como já mencionado, em qualquer dos casos, eventual alta generalizada também refletiria nas propostas apresentadas para processo de aquisição subsequente à revogação da Ata. A amplitude dos efeitos do evento adverso poderia ser aferida a partir da pesquisa de preços que precede a análise quanto à pertinência da liberação ou da revisão. Adequadamente parametrizada e atualizada, esta apresentaria um espelho do mercado, o que permitiria conhecer o contexto no qual os fornecedores estão

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 718.

⁵⁶ MEDEIROS, Fábio Mauro de. *Registro de preços e sua natureza jurídica*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 14, n. 163, p. 15-26, jul. 2015. p. 19.

inseridos e a potencial concorrência⁵⁷. Comprovado o alegado aumento e atendidos os pressupostos que caracterizam a álea extraordinária, seria incoerente não permitir a negociação para promover a revisão, limitada ao novo valor de referência, pois este provavelmente seria semelhante ao obtido através de novo processo, cujas expensas não podem ser ignoradas.

Segundo estudo realizado pelo Instituto de Negócios Públicos, em fevereiro de 2015, uma licitação custaria, em média, R\$ 14.351,50, considerando os gastos em cada fase:

A identificação da necessidade de bens ou serviços tem um custo de R\$ 1.051,51; a análise e aprovação de aquisição somam um custo de R\$ 726,99; o custo da realização de pesquisa de mercado de valores e quantidade é de R\$ 2.561,07; a determinação da modalidade e projeto básico ou termo de referência custam R\$ 2.095,44; a elaboração de minuta do edital, contrato e publicação custam R\$ 3.954,17; o custo da abertura de propostas e habilitação dos interessados em ato público é de R\$ 1.475,27 e por fim a verificação nas conformidades do edital, adjudicação e homologação, e publicação do resultado custam R\$ 2.487,35. E todo esse processo licitatório gera um custo médio de R\$ 14.351,50.⁵⁸

Ou seja, o alto custo do processo licitatório, em função do dispêndio de tempo, recursos humanos e materiais, deveria ser outro fator a considerar para a análise da vantajosidade da manutenção do equilíbrio da ARP⁵⁹.

Embora o princípio da licitação seja corolário do princípio da economicidade⁶⁰, visando à contratação mais benéfica; nesses casos, a inutilização do processo anterior parece absolutamente antieconômica. Assim entende Niebuhr:

[...] ao liberar os signatários da ata de registro de preços, a Administração já não poderá valer-se dela. À Administração resta, por via de consequência, lançar outro processo de licitação, com todos os custos, formalidades e desgastes que lhe são inerentes, perdendo tudo o que fora realizado anteriormente. É óbvio que seria mais conveniente, mais inteligente e mais simples atender ao inciso II do 3º do artigo 15 da Lei nº 8.666/93, criando um sistema que atualizasse

⁵⁷ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 46.

⁵⁸ OLIVEIRA, Aline. *Você sabe quanto custa uma licitação? Custos das licitações e os efeitos para a Administração Pública*. Disponível em: <https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=11895&n=você-sabe-quanto-custa-uma-licitação?>. Acesso em: 02 mar. 2021.

⁵⁹ PAULA, Lucas de. *Aplicabilidade do Reequilíbrio Econômico Financeiro no Sistema de Registro de Preços*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/aplicabilidade-do-reequilibrio-economico-financeiro-no-sistema-de-registro-de-precos/>>. Acesso em: 27 fev. 2021.

⁶⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Compras pelo sistema de registro de preços*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 1998. p. 47.

os preços registrados, que os adequasse aos praticados no mercado.⁶¹

Tendo em vista que o objetivo do registro de preços é “racionalizar as contratações e efetivar o princípio da economicidade”⁶², evitando a necessidade de licitações sucessivas a cada aquisição de produtos e serviços necessários para o funcionamento da máquina administrativa, descartá-lo sem a devida fundamentação violaria tal princípio. Adotar solução mais onerosa e menos célere para obtenção do mesmo resultado contraria o mandamento de otimização da utilização dos recursos públicos.

O mesmo raciocínio adequa-se à elaboração de termo de contrato indiscriminadamente apenas como meio de viabilizar a revisão, pela incompreensão da aplicabilidade do instituto no âmbito das contratações que dele prescindem. Sua elaboração eleva o custo da contratação sem necessidade, sendo possível alcançar o mesmo fim adotando fluxo mais rápido e econômico, por meio de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de segurança e respeito aos direitos dos administrados se houver maior esclarecimento quanto à sua natureza.

Destarte, a limitação do reequilíbrio em qualquer dos âmbitos compromete a eficiência do SRP, considerando os reflexos nos futuros preços propostos e o aumento dos custos da contratação. Prossegue-se, então, à análise quanto à validade dessas restrições, tendo em vista a magnitude do direito em discussão.

3.3. A tutela constitucional do equilíbrio econômico-financeiro

Conforme assinalado anteriormente, a tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é assegurada constitucionalmente. O artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 estabelece que, nas contratações, sejam mantidas as condições efetivas da proposta, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e

⁶¹ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 2.207-2.208.

⁶² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, a equação a ser preservada é definida no momento de apresentação da proposta, e não da assinatura do contrato, e leva em consideração os custos da prestação (compostos pelos encargos econômicos por ela implicados e pela margem de lucro embutida⁶³) e o valor a ser pago pela Administração, após sua execução⁶⁴.

A intangibilidade da cláusula de remuneração é assegurada por meio de reajustes e recomposições. A necessária compatibilidade entre encargos e remuneração é o que fundamenta a possibilidade de revisão do registro no caso de redução extraordinária dos preços correntes, e deveria embasá-la também nos casos de elevação.

Sua tutela constitucional deriva de outros princípios, como os da isonomia e da indisponibilidade dos interesses individuais⁶⁵. Não se trata de favorecimento, mas de “mecanismo de proteção dos agentes econômicos da ruína”⁶⁶. Em consonância com o princípio da preservação da empresa, essa garantia contribui para a manutenção da atividade econômica em contextos de crise.

Cabe à Administração, então, promover a conciliação entre interesse público e privado, de modo a minimizar sacrifícios⁶⁷. Embora a busca pela realização do interesse público confira-lhe certas prerrogativas, estes poderes devem ser limitados pelo princípio da proporcionalidade e pelo

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 654.

⁶⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 717.

⁶⁶ CASTRO, Adriano Augusto Pereira de. Desconstruindo a teoria da imprevisão: Parâmetros democráticos para a revisão judicial dos contratos sob a análise econômica do direito. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, 2006. p. 21.

⁶⁷ MEDAUAR, Odete. *Direto Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 128.

respeito ao direito dos contratados, e este “consubstancia-se na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro”⁶⁸.

A interpretação dos textos normativos que inviabiliza a manutenção do equilíbrio no âmbito da relação contratual formalizada por instrumento equivalente ao contrato, pela suposta preclusão do direito após sua emissão, ofende claramente o dispositivo constitucional supramencionado, pois obriga o cumprimento de prestação excessivamente onerosa.

Quanto à suposta inaplicabilidade do instituto à Ata de Registro de Preços, como o procedimento de negociação retira fundamentação do dispositivo legal que trata do reequilíbrio econômico-financeiro, “é de difícil assimilação o entendimento de que se trata de institutos completamente distintos”, e dificultá-lo “parece distanciar a norma de seu fim”⁶⁹.

Por constituir “uma relação jurídica obrigacional de caráter normativo”, não deve haver óbice para o reajuste e a revisão no âmbito da ARP, aplicando-se, no que couber, as regras atinentes aos contratos administrativos⁷⁰. Enquanto pré-contrato, ela condiciona os seguintes, o que impõe que seus termos estejam equilibrados, pois os fornecedores não podem ser obrigados a contratar com base em termos não correspondentes à realidade de mercado e à equação inicial⁷¹.

Reitera-se que a antiga Lei de Licitações e Contratos previu expressamente a possibilidade de atualização dos preços registrados, em seu artigo 15, § 3º, II, o que revela sua flexibilidade; e que o artigo 17 do Regulamento Federal admitiu a revisão e a negociação na hipótese de elevação, fazendo remissão ao artigo 65, II, “d” da Lei nº 8.666/1993. O dispositivo regulamentar que inviabiliza a manutenção do equilíbrio poderia, então, ser considerado inconstitucional e ilegal, e conseqüentemente inválido, devendo ser interpretado de modo a autorizar a majoração dos preços

⁶⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 286.

⁶⁹ PAULA, Lucas de. *Aplicabilidade do Reequilíbrio Econômico Financeiro no Sistema de Registro de Preços*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/aplicabilidade-do-reequilibrio-economico-financeiro-no-sistema-de-registro-de-precos/>>. Acesso em: 27 fev. 2021.

⁷⁰ TOMÉ, Shirley Sanchez. *A configuração jurídica do registro de preços: parâmetros para uma nova conformação legislativa*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. pp. 94-95.

⁷¹ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 2.130-2.135.

registrados, quando conveniente. Sobre a interpretação sistêmica do artigo 19 do Regulamento Federal, afirma Joel de Menezes Niebuhr:

[...] em esforço de interpretação sistêmica, considerando o inciso XXI da Constituição Federal, o inciso II da Lei nº 8.666/93 e a prescrição do artigo 17 do próprio Decreto Federal nº 7.892/13, deve-se construir o sentido da norma de modo que se reconheça a possibilidade de alterar a ata de registro de preços para manter o seu equilíbrio econômico-financeiro com amplitude, reduzindo ou majorando os preços nela registrados, conforme o caso⁷².

Além disso, poder-se-ia admitir o reajustamento, mesmo sem previsão regulamentar expressa. Embora se afaste a aplicabilidade em razão do prazo de validade máximo previsto de um ano, supostamente incompatível com a periodicidade mínima para sua concessão, seria possível adotar entendimento semelhante ao do Tribunal de Contas da União quanto à possibilidade de reajuste mesmo antes da vigência de um ano, considerando o período decorrido entre a apresentação da proposta e a assinatura do contrato, desde que atendido o interesse público e garantida a compatibilidade com o mercado:

9.1.1. a interpretação sistemática do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, do art. 3º, § 1º, da Lei 10.192 e do art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/93 indica que o marco inicial, a partir do qual se computa o período de um ano para a aplicação de índices de reajustamento previstos em edital, é a data da apresentação da proposta ou a do orçamento a que a proposta se referir, de acordo com o previsto no edital.

9.1.2. na hipótese de vir a ocorrer o decurso de prazo superior a um ano entre a data da apresentação da proposta vencedora da licitação e a assinatura do respectivo instrumento contratual, o procedimento de reajustamento aplicável, em face do disposto no art. 28, § 1º, da Lei 9.069/95 c/c os arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001, consiste em firmar o contrato com os valores originais da proposta e, antes do início da execução contratual, celebrar termo aditivo reajustando os preços de acordo com a variação do índice previsto no edital relativa ao período de somente um ano, contado a partir da data da apresentação das propostas ou da data do orçamento a que ela se referir, devendo os demais reajustes ser efetuados quando se completarem períodos múltiplos de um ano, contados sempre desse marco inicial, sendo necessário que estejam devidamente caracterizados tanto o interesse público na contratação quanto a presença de condições legais para a contratação, em especial: haver autorização orçamentária (incisos II, III e IV do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93); tratar-se da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei 8.666/93); preços ofertados compatíveis com os de mercado (art. 43, IV, da Lei 8.666/93); manutenção das condições exigidas para habilitação (art. 55, XIII, da Lei 8.666/93); interesse do

⁷² GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 2.242.

licitante vencedor, manifestado formalmente, em continuar vinculado à proposta (art. 64, § 3º, da Lei 8.666/93).⁷³

Assim, apesar de sua breve validade, no âmbito da Ata de Registro de Preços, aplicar-se-ia o reajuste, que seria devido após um ano a contar não da assinatura do instrumento, mas da data da proposta (reajuste em sentido estrito) ou do acordo coletivo de trabalho (repactuação)⁷⁴. E, alternativamente, logo após a formalização das contratações posteriores, antes mesmo do início da execução.

Portanto, os decretos “não podem recusar o direito ao equilíbrio econômico-financeiro em ata de registro de preços”, pois “a necessidade de mantê-la atual, equilibrada e em consonância com o mercado deflui da própria Constituição”⁷⁵. A aplicação adequada do instituto à Ata de Registro de Preços permitiria “acelerar o processo de realinhamento dos agentes econômicos após eventos inesperados”⁷⁶, promovendo maior eficiência e segurança jurídica.

A leitura equivocada dos regulamentos não se coaduna com os fins que a norma pretende atingir. Ao contrário, tem comprometido a eficácia do sistema e a regular execução contratual. Busca-se, então, a inteligência dos textos que viabiliza seu objetivo e não os reduz à inutilidade.

3.4. A compatibilidade do instituto e as condições de aplicação

Resta clara a necessidade de se conduzir a sistemática proposta pelo texto regulamentar de modo a garantir aos fornecedores registrados a recomposição de preços diante de eventos que os tornem inexecutáveis, evitando a necessidade de revogação da Ata quando for favorável sua manutenção. Ainda que não se reconhecesse sua natureza de contrato normativo, seria possível admitir o realinhamento do instrumento preliminar, em

⁷³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 474/2005 - Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti.

⁷⁴ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 2.277-2.289.

⁷⁵ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 2.135.

⁷⁶ CASTRO, Adriano Augusto Pereira de. *Desconstruindo a teoria da imprevisão: Parâmetros democráticos para a revisão judicial dos contratos sob a análise econômica do direito*. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, 2006. p. 24.

observância ao princípio da boa-fé, que remete à ideia de justo equilíbrio negocial, aplicável também à fase pré-contratual.

Destaca-se que o caráter facultativo da revisão no âmbito da ARP não caracteriza instituto diverso. O que ocorre é que a possibilidade de liberação do fornecedor do compromisso e de negociação com os demais torna o reequilíbrio uma opção, não uma obrigação⁷⁷. A Administração poderá decidir pela liberação se não for conveniente a manutenção da Ata alterada, e o pleito restará prejudicado se um dos demais fornecedores registrados para o mesmo produto manifestar interesse em fornecê-lo por preço inferior ao reivindicado. Nesse sentido, entende Joel de Menezes Niebuhr:

Propõe-se, em especial alinhado à Constituição Federal, que o prescrito no artigo 19 do Decreto Federal n.º 7.892/13 seja interpretado como uma espécie de solução alternativa à revisão para majorar os preços registrados. Explica-se: constatado o desequilíbrio, tendo havido a majoração dos custos, o preço registrado na ata pode ser majorado, a fim de manter o equilíbrio econômico financeiro, tudo com fundamento no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, no inciso II do §3º do artigo 15 da Lei nº 8.666/93 e no artigo 17 do próprio Decreto Federal nº 7.892/13. Caso não se acorde sobre o montante a ser majorado, porém constatado o desequilíbrio, daí a Administração está autorizada a liberar o fornecedor. Ocorre que a alteração para promover o equilíbrio econômico-financeiro deve ser consensual, como preceitua a alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93. Portanto, pressupõe que a Administração e os fornecedores acordem sobre quanto o preço registrado na ata deva ser majorado. A liberação do fornecedor seria justificada pela ausência do consenso em relação ao valor a ser majorado, o que é pressuposto para a alteração que se pretenda fazer para tal desiderato, insista-se, como preceitua a alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93.⁷⁸

O autor ressalta ainda que, mesmo nos contratos, a revisão deverá ser consensual, uma vez que o II do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993 refere-se às alterações por acordo entre as partes.

Raciocínio semelhante é o adotado quando eventos extraordinários anteriores à assinatura do contrato impeçam sua execução como originalmente proposto. Nesses casos, recomenda-se análise quanto à conveniência da assinatura, o que não significaria inexistência de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro. Diante de uma crise cambial, por exemplo, em que haja uma súbita alteração da cotação da moeda apta a onerar a execução, “a Administração deverá ponderar se é cabível manter uma contratação que

⁷⁷ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer nº 0332/2015/RW/CJU-RS/CGU/AGU.

⁷⁸ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 2.248-2.249.

conduzirá ao desembolso de valores muito superiores aos originalmente estimados”⁷⁹.

O reequilíbrio é, de fato, um direito e uma obrigação se for mantida a contratação, mas a manutenção desta é facultativa. Ou seja, “a Administração pode aplicar a teoria da imprevisão, revendo as cláusulas financeiras do contrato, para permitir a sua continuidade, se esta for conveniente para o interesse público”⁸⁰.

Justen Filho, embora entenda que o Regulamento admite a revisão dos preços registrados apenas em favor da Administração, e não em benefício do particular, afirma que a regra admitiria exceção no caso de mercados regulados, em que os preços sofrem variações de maneira uniforme e homogênea, pois seria incoerente determinar a extinção do registro de preços e promover nova licitação que produziria os mesmos resultados da revisão dos preços registrados⁸¹. O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCMGO) entendeu admissível, excepcionalmente, a revisão de preços registrados, por meio de aditamento, com base nesses fundamentos:

[...] o caso dos produtos asfálticos derivados do petróleo é similar ao dos combustíveis, em razão de estarem todos sob a regulação da ANP e o fornecimento ser praticamente exclusivo da PETROBRAS, admitindo, portanto, de modo excepcional, a revisão da Ata de Registro de Preços em favor do particular, promovendo a garantia do equilíbrio econômico financeiro da contratação (art. 37, XXI, da Constituição Federal).

Entretanto, em respeito aos princípios da eficiência e da economicidade, antes de acatar o pedido de realinhamento da empresa signatária da Ata de Registro de Preços, deve a administração pública municipal adotar a medida prevista no art. 19, inciso II do Decreto no 7.892/2013, consistente em convocar os demais fornecedores participantes da licitação a fim de que manifestem interesse em fornecer os produtos pelos preços anteriormente registrados.

Em não havendo êxito nas negociações, a Administração Pública Municipal poderá acatar o pedido de revisão dos preços registrados, desde que devidamente fundamentado no art. 65, inciso II, “d”, da Lei n. 8.666/93.⁸²

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 710.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 343. *apud* GOIÁS. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Secretaria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia. Parecer nº 004/2019-SFOSEng.

⁸² GOIÁS. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Secretaria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia. Parecer nº 004/2019-SFOSEng.

Sua concessão dependeu, então, da presença de mais um pressuposto, além daqueles de configuração da álea econômica extraordinária e extracontratual: a inexistência de licitante que assuma o preço originalmente registrado⁸³. O mesmo raciocínio viabiliza a majoração quando verificada variação uniforme por meio de pesquisa de preços, mesmo em mercados não regulados.

É possível também extrair de antiga decisão do TCU, sobre a regularidade do aumento dos valores constantes de Ata de Registro de Preços, o entendimento de que seria aplicável a recomposição, desde que precedida de negociação com os remanescentes para assegurar o melhor preço⁸⁴.

Desse modo, estaria a aplicabilidade do instituto condicionada pelo disposto no artigo 19 do Decreto nº 7.892/2013. O procedimento que o precede nesse âmbito deve-se à previsão de inclusão na ARP, como 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, nos termos do art. 11, II do Decreto Federal, e art. 82, § 5º, VI da Lei nº 14.133/2021.

O texto normativo, de fato, não autoriza a revisão automática, mas não a veda. Quando determina a convocação dos demais para assegurar “igual oportunidade” de negociação, indica que também há margem para negociar com o fornecedor mais bem classificado, o que não faria sentido se não fosse possível a revisão. Trata-se de solução simétrica à hipótese de redução⁸⁵. Essa possibilidade também está clara no *caput* do artigo 17, que não a limita à hipótese de redução dos preços praticados no mercado. Nesse sentido, Sidney Bittencourt afirma:

Calha ressaltar que, não obstante o dispositivo não indicar a possibilidade de negociação, é evidente que ela é possível e necessária. Tanto é, que o inciso II dispõe pela convocação dos demais “visando igual oportunidade de negociação”, caso os pressupostos não tenham sido atendidos.

[...] Assim, em outras palavras, dispõe o Regulamento que, somente após a Administração tentar a aplicação de

⁸³ GOIÁS. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Acórdão - Consulta nº 00009/2020. Relator: Conselheiro Substituto Flávio Monteiro De A. Luna.

⁸⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 805/2008 - Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Embora relativa à aplicação dos dispositivos pertinentes do Decreto nº 3.931/2001, ressalta-se a correspondência da redação em relação ao atual regulamento.

⁸⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 405-406.

procedimento de reequilíbrio (tal como o disposto ao previsto no art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre o restabelecimento da relação que as partes pactuaram inicialmente para a justa remuneração do objeto), é que deverá, na hipótese de insucesso, providenciar a revogação da ata.⁸⁶

Assim, apenas se não houver acordo com nenhum dos fornecedores, será revogada a Ata. Isso não significa que esta só permanecerá válida se algum deles aceitar manter o preço registrado, mas que é possível que a Administração considere conveniente seu cancelamento, seja por não haver consenso quanto ao novo valor, seja por vislumbrar nova contratação mais benéfica.

Logo, pelas condições em que se efetiva o SRP, o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro sofre temperamentos, uma vez que, havendo desequilíbrio, a liberação do fornecedor o protege de eventuais prejuízos e a negociação com outros licitantes registrados pode viabilizar a obtenção de preços mais vantajosos que os pleiteados, garantindo também a observância ao princípio da isonomia⁸⁷.

Diversos regulamentos regionais e locais adotaram sistemática diferente do Decreto Federal e admitiram expressamente o reequilíbrio no âmbito da ARP, o que confirma sua compatibilidade com o instituto. O Decreto nº 53.173, de 16 de agosto de 2016⁸⁸, que regulamenta o SRP no âmbito da Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul, prevê, no artigo 21, a possibilidade de majoração dos preços registrados, condicionada à pesquisa de mercado, para preservar a economia obtida no procedimento licitatório:

Art. 21. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor não puder cumprir com o compromisso, o órgão gerenciador poderá aceitar a solicitação de revisão do preço registrado a partir dos motivos e dos comprovantes apresentados pelo fornecedor, com base em nova pesquisa de mercado, preservando a economia obtida no procedimento licitatório.

§ 1º Após trinta dias da protocolização do requerimento de revisão, sem que o órgão gerenciador tenha se

⁸⁶ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação de registro de preços: comentários ao decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 127-128. Embora o comentário seja referente aos parágrafos 1º e 4º do artigo 12 do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, estes têm a mesma redação dos artigos 17 e 19, II e parágrafo único do Decreto nº 7.892/2013.

⁸⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Compras pelo sistema de registro de preços*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 1998. pp. 192-193.

⁸⁸ RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 53.173, de 16 de agosto de 2016. *Diário Oficial do Estado - DOE* nº 157, de 17 de agosto de 2016. Disponível em:

<<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/DEC%2053.173.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

manifestado conclusivamente quanto ao requerido, o fornecedor poderá requerer a suspensão da emissão de novos pedidos de entrega de bens ou de prestação de serviços.

§ 2º Viabilizada a negociação, o novo valor registrado, que constará no termo aditivo, terá efeito retroativo à data do protocolo do pedido.

§ 3º Caso frustrada a negociação, caberá ao órgão gerenciador:

I - liberar o fornecedor do compromisso assumido, se confirmada a pertinência da motivação apresentada; e

II - convocar os demais fornecedores constantes no CR, observada a ordem de registro e de classificação, para assegurar igual oportunidade de negociação.

§ 4º A emissão que trata o § 1º deste artigo refere-se à convocação para firmar o contrato ou à aceitação de instrumento equivalente.

§ 5º Caso a motivação apresentada pelo fornecedor não seja acolhida pela Administração Pública Estadual, o descumprimento da obrigação de fornecer ensejará a aplicação das sanções cabíveis.

O artigo 22 estabelece que seja revogada a ARP ou o item objeto do pedido de revisão, se não houver êxito nas negociações, e que sejam adotadas medidas cabíveis para obtenção de contratação mais vantajosa. Já o artigo 23, parágrafo único, dispõe que o reequilíbrio dos preços da ARP implicará a revisão dos preços dos contratos vigentes, com efeito a partir da publicação do termo aditivo, no caso de redução; mas retroativo à data do protocolo do pedido, no caso de majoração.

O Decreto nº 16.538, de 30 de dezembro de 2016⁸⁹, por sua vez, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços no âmbito da Administração direta e indireta do Poder Executivo do Município de Belo Horizonte, dispõe sobre a alteração dos preços registrados em seu artigo 16:

Art. 16 - As alterações de preços em ata decorrentes de SRP obedecerão às seguintes regras:

I - O preço registrado na ata não poderá ultrapassar o praticado no mercado.

II - O Órgão Gerenciador poderá aumentar o preço inicialmente registrado na ata, caso haja pedido do fornecedor e devendo obedecer ao que se segue:

a) ao deferir o pedido a que dispõe o art. 16, II, deve, preferencialmente, manter a diferença percentual apurada na época da licitação entre o preço ofertado pelo licitante e o preço de mercado;

⁸⁹ BELO HORIZONTE, Decreto nº 16.538, de 30 de dezembro de 2016. *Diário Oficial do Município - DOM*, Ano XXVI, Edição nº 5201, de 31 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1173760>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

b) o Órgão Gerenciador deve considerar o valor solicitado pelo fornecedor como o máximo que pode ser alcançado nesta revisão;

c) o Órgão Gerenciador poderá deferir valor menor daquele solicitado pelo fornecedor;

d) o indeferimento do pedido de revisão a que dispõe o art. 16, II, não desobriga o fornecedor do compromisso assumido nem o libera de eventuais penalidades por descumprimento contratual.

§ 1º - A exceção à regra prevista no inciso II, alínea "a", deverá ser devidamente justificada no processo administrativo.

§ 2º - O fornecedor não será liberado do compromisso assumido ainda que os preços de mercado venham a se tornar superiores ao registrado.

§ 3º - O preço registrado poderá ser revisto de ofício pelo Órgão Gerenciador em decorrência de eventual redução do valor praticado no mercado, ou de fato que eleve o custo do item registrado.

§ 4º - Não havendo êxito nas negociações, o Órgão Gerenciador poderá proceder à revogação do item, ou do lote, ou de toda a ARP, conforme o caso, adotando as medidas cabíveis para obtenção de contratação mais vantajosa.

§ 5º - Os preços registrados serão publicados, trimestralmente, no Diário Oficial do Município, pelo Órgão Gerenciador ou por quem ele delegar competência.

Ao admitir a aplicabilidade do reequilíbrio aos preços registrados e restringir a possibilidade de revogação decorrente de superveniente alta, o regulamento municipal contribui para a manutenção da vigência da Ata quando vantajosa. O artigo 19, que dispõe sobre as hipóteses de cancelamento do registro, em seu § 1º, veda a mera alegação de elevação dos preços de mercado como justificativa para ensejá-lo, justamente por ser cabível o realinhamento.

A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, estabelece, em seu artigo 4º-E, § 3º, que a estimativa de preços não impede a contratação pelo poder público por valores superiores decorrentes de oscilações, observadas as seguintes condições: negociação prévia com os demais fornecedores, segundo a ordem de classificação, para obtenção de condições mais vantajosas; e efetiva fundamentação, nos autos da contratação correspondente, da variação de preços praticados no mercado por motivo superveniente.

O artigo 4º do mesmo diploma, que trata da dispensa de licitação e admite a utilização de registro de preços, prevê, no § 8º, que, nas contratações celebradas após 30 dias da assinatura da ARP, a estimativa de

preços será refeita, com o intuito de verificar se os preços registrados permanecem compatíveis com os praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

A inclusão do procedimento do registro de preços no referido regime emergencial, com o objetivo de conferir agilidade às compras essenciais ao enfrentamento da Covid-19, demonstra sua compatibilidade com períodos de instabilidade, por meio de regulamento específico que promova as adaptações necessárias para assegurar sua eficácia naquele contexto.

Essa solução evidencia que pesquisas periódicas na fase de utilização da Ata possibilitam uma adequação dos preços registrados aos valores praticados no mercado. Quando os preços estão sujeitos a frequentes oscilações, outra alternativa seria também a fixação e prazo menor de validade da ARP⁹⁰ associada às pesquisas frequentes, para verificar sua compatibilidade e viabilizar eventual atualização e prorrogação.

Reitera-se que a recomposição dos preços registrados apenas antecipa a revisão da cláusula financeira contratual. Seu reequilíbrio, então, torna mais célere eventual fornecimento e confere maior segurança jurídica, garantindo a justa contraprestação dos pedidos subsequentes, o que viabiliza a manutenção da ARP e restringe sua revogação à hipótese de ocorrência de fato impeditivo ou de verificação de potencial vantagem econômica de nova licitação ou contratação direta.

No entanto, deve-se observar que a possibilidade de liberação e de revisão no âmbito da Ata não pode obstar o realinhamento após a emissão da nota de empenho ou da ordem de compra ou serviço, uma vez que as contratações derivadas estão subordinadas à disciplina genérica dos contratos administrativos⁹¹, o que afasta a suposta preclusão e qualquer questionamento quanto à aplicabilidade dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro no seu âmbito.

O que alguns regulamentos estabelecem é a impossibilidade de liberação quanto a um pedido de fornecimento específico a partir da sua

⁹⁰ TOMÉ, Shirley Sanchez. *A configuração jurídica do registro de preços: parâmetros para uma nova conformação legislativa*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. pp. 65-66.

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 203.

emissão, ou a impossibilidade de aplicação àquela contratação dos novos preços resultantes de revisão a ser realizada no âmbito da ARP. Isso não inviabiliza a revisão paralela no âmbito da contratação formalizada por meio de instrumentos alternativos, assegurada constitucionalmente. É o que se depreende do artigo 22 do Decreto Estadual nº 28.087/2006, que regulamentou o SRP no âmbito do Estado do Ceará:

Art. 22. A Ata de Registro de Preços poderá sofrer alterações, obedecidas as disposições contidas no art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

[...]

§ 2º Se o preço de mercado, por motivo superveniente, tornar-se superior aos preços registrados, mediante requerimento formal do fornecedor devidamente justificado e comprovado, o Órgão Gestor do Registro de Preços poderá:

I - rever o preço registrado, cuja aplicação somente ocorrerá nas contratações posteriores ao recebimento do requerimento;

II - indeferir, por interesse da Administração, o requerimento, e liberar o fornecedor do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade, desde que confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados, e desde que o requerimento ocorra antes da Ordem de Compra ou de Serviço;

III - convocar os demais fornecedores visando igual oportunidade de negociação.

§3º Não havendo êxito nas negociações, o Órgão Gestor do Registro de Preços cancelará o bem, o produto ou o serviço objeto do preço registrado e comunicará por escrito aos Órgãos Participantes.

§4º Caso haja alteração do preço, o Órgão Gestor do Registro de Preços comunicará o fato, por escrito, aos Órgãos Participantes.⁹²

Nesse caso, então, se o pedido preceder o empenho, será possível a liberação do compromisso ou a revisão dos preços constantes da Ata, que serão aplicáveis a todos os pedidos subsequentes. Após o empenho, a liberação só será possível para o saldo remanescente e a revisão dos preços registrados não se aplicará àquela contratação, mas às posteriores. No entanto, paralelamente à solicitação de revisão do registro, que será analisada pelo órgão gerenciador, é possível solicitar ao órgão contratante a revisão do preço constante do instrumento por meio do qual foi formalizada a contratação.

Portanto, admitir o reequilíbrio tanto no âmbito das contratações quanto no da Ata parece ser a solução mais adequada, pois poderá ser pertinente análise específica ou geral, a depender do momento da solicitação e

⁹² CEARÁ. Decreto Estadual nº 28.087/2006. *Diário Oficial do Estado*, série 2, ano IX, nº 009. Disponível em: <<https://www.cge.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/20/2018/04/DECRETO-28.087-10-de-janeiro-de-2006-D.O.E-12-de-janeiro-de-2006-.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2021. p. 9.

da natureza do evento que a ensejou, bem como de seus efeitos para os órgãos integrantes.

Embora a leitura alternativa do texto normativo atual já possibilite a revisão da ARP, seria mais apropriado que um novo Decreto Federal admitisse expressamente a possibilidade de majoração e desse diretrizes mais claras para sua operacionalização, na esteira dos aqui apontados, em observância aos princípios e regras gerais que orientam o sistema, para que este atinja seu fim de “imprimir eficiência às contratações públicas”⁹³. O advento da nova lei poderá ensejar esse aperfeiçoamento.

3.5. Os reflexos da nova Lei de Licitações e Contratos

A Lei nº 14.133/2021, que teve origem no Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, de autoria da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, acrescenta, em seu artigo 5º, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do planejamento, da celeridade e da eficiência. E dedica a Seção V do Capítulo X (Dos Instrumentos Auxiliares) do Título II (Das Licitações) ao Sistema de Registro de Preços, reproduzindo alguns dos dispositivos de diplomas anteriores, trazendo algumas inovações à lei geral, antes previstas no regulamento ou na legislação específica⁹⁴.

O artigo 82, III da nova Lei de Licitações e Contratos estabelece que o edital de licitação para registro de preços deverá dispor sobre a possibilidade de preços diferentes quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes; em razão da forma e do local de acondicionamento; quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote; e por outros motivos justificados no processo.

A existência de preços registrados diversos para atender às especificidades de cada local parece permitir também que eventuais revisões possam impactá-los de modo não uniforme. Ou seja, supera o argumento de

⁹³ TOMÉ, Shirley Sanchez. *A configuração jurídica do registro de preços: parâmetros para uma nova conformação legislativa*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. p. 125.

⁹⁴ Embora sejam reproduzidos alguns artigos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituído pela Lei nº 12.462/2011, cujo regulamento, Decreto nº 7.581/2011, não prevê a possibilidade de majoração, entende-se que os dispositivos legais são compatíveis com regulamentação diversa.

que a recomposição dos preços no âmbito da ARP seria incompatível com os diferentes contextos dos órgãos integrantes.

As condições de alteração de preços registrados também deverão ser definidas em edital, de acordo com o inciso VI do mesmo artigo, enquanto o §5º, IV impõe sua atualização periódica. Desse modo, admite-se a possibilidade de reequilíbrio dos preços registrados, não restrita à hipótese de redução.

Quanto à possibilidade de inclusão dos licitantes remanescentes em Ata, passa a admitir não só a daqueles que aceitarem cotar em preços iguais aos do licitante vencedor, mas também daqueles que mantiverem a proposta original, nos termos do artigo 82, VI. O seu registro parece possibilitar a contratação oriunda da Ata inclusive por preço superior ao registrado pelo vencedor (condicionada sempre à compatibilidade com os valores correntes) no caso de impossibilidade de atendimento pelo primeiro colocado, o que também evidencia a possibilidade de majoração. Essa previsão propicia maior eficácia ao sistema, pois permite a inclusão de mais fornecedores entre os que participarão da negociação, e cujo preço pode ser superior ao registrado, mas inferior ao reivindicado e ao praticado no mercado após eventual alta, o que poderá resultar em contratação mais vantajosa.

O artigo 84 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que o “prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso”, enquanto o artigo 15, § 3º, III da antiga lei previa a validade “não superior a um ano”. Assim, observada a periodicidade mínima, deve haver possibilidade de reajustamento da ARP se houver prorrogação, desde que o preço registrado reajustado seja vantajoso.

Tais mudanças parecem corroborar a interpretação que admite a manutenção da validade da Ata de Registro de Preços quando sua revisão for conveniente à Administração. Tendo em vista que uma disciplina legal vaga e imprecisa enseja divergências que prejudicam sua utilização⁹⁵, espera-se que os avanços no tratamento legislativo permitam uma regulamentação do registro

⁹⁵ TOMÉ, Shirley Sanchez. *A configuração jurídica do registro de preços: parâmetros para uma nova conformação legislativa*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 12.

de preços mais coerente com os princípios que regem o exercício da função pública.

Destarte, quanto ao objeto deste estudo, a reforma mostra-se pertinente, por oportunizar a revisão dos pontos controversos do atual regulamento federal e de seus similares, e a consequente redução do impacto negativo observado, decorrente da suposta limitação por eles imposta à aplicação do reequilíbrio econômico-financeiro à Ata de Registro de Preços.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, foram destacadas as principais vantagens da implementação do Sistema de Registro de Preços no âmbito das aquisições públicas, quais sejam: mobilidade orçamentária; maior agilidade das contratações; redução dos custos com gestão de estoques; possibilidade de realização de licitação única para atender a vários órgãos ou entidades e os consequentes ganhos de escala; redução do número de licitações; e melhor adequação dos pedidos às necessidades.

A partir da análise da natureza jurídica da Ata de Registro de Preços, constatou-se seu caráter de contrato normativo preliminar, que condiciona as eventuais contratações dele oriundas. Como se pretendeu demonstrar, trata-se de um mecanismo auxiliar que confere eficiência e celeridade às contratações derivadas, formalizadas frequentemente por meio de instrumentos diversos do termo contrato, como nota de empenho e autorização de compra, e na medida da necessidade de cada órgão integrante.

A seguir, foram apresentados os mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, diferenciando aqueles relativos à álea ordinária (reajuste em sentido estrito e repactuação) e à extraordinária (revisão, realinhamento ou recomposição), com especial destaque à teoria da imprevisão, que fundamenta os pedidos de reequilíbrio em decorrência de eventos imprevisíveis que elevam os preços de mercado e quebram a equação econômica inicial.

Verificadas as hipóteses de alteração dos preços registrados previstas no regulamento federal, foram evidenciadas as dificuldades de operacionalização dos procedimentos na hipótese de majoração, com base em entendimentos que inviabilizam a revisão. A atual interpretação oficial do regulamento limita o reequilíbrio econômico-financeiro ao contrato, considerando seu contexto específico, e afasta sua aplicabilidade no âmbito da ARP: no caso do reajuste, pela ausência da periodicidade mínima para sua concessão; e, no caso da revisão, pela suposta incompatibilidade com o caráter facultativo da alteração resultante do procedimento de negociação previsto no normativo específico. Destacou-se, ainda, leitura distorcida dos textos regulamentares que inviabiliza a revisão no âmbito das contratações que

prescindem do instrumento específico, pela suposta preclusão do direito a partir da emissão do pedido de fornecimento, que deriva da incompreensão do caráter contratual dos instrumentos substitutos.

Foram, então, apontadas algumas consequências da inaplicabilidade do reequilíbrio econômico-financeiro à Ata de Registro de Preços e às contratações dela oriundas, como a inexecutabilidade dos preços, que leva ao inadimplemento contratual justificado e à aplicação de sanções questionáveis; o desinteresse dos fornecedores em contratar com a Administração ou a apresentação de propostas menos vantajosas em decorrência da incorporação dos riscos extraordinários, que comprometem o desempenho dos processos licitatórios posteriores; a inviabilização da manutenção da vigência da Ata após alta de mercado; e a elevação dos custos da contratação, em função da formalização por termo de contrato mesmo quando dispensável, apenas para viabilizar o reequilíbrio, ou da necessidade de novas licitações subsequentes à revogação, que resultam na seleção de propostas com preços semelhantes aos pleiteados pelos fornecedores registrados, compatíveis com o novo cenário econômico.

Considerando a proteção constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, fez-se uma análise da compatibilidade de seus preceitos com os dispositivos regulamentares que a inviabilizam, concluindo pela invalidade da interpretação a eles conferida. Aventou-se, inclusive, a despeito da ausência de previsão em regulamento, a admissibilidade de reajuste, mesmo diante do prazo máximo limitado da Ata, considerando o tempo decorrido a partir da data de apresentação da proposta para a configuração da periodicidade mínima.

De modo a transpor os obstáculos identificados, foi apresentada leitura alternativa do texto normativo, que admite a recomposição dos preços no âmbito da ARP, condicionada à negociação com os demais fornecedores registrados, e viabiliza a manutenção da Ata quando for vantajosa em relação à realização de nova licitação ou contratação direta. Ressaltou-se que a possibilidade de negociação com os remanescentes e de exoneração do compromisso torna o reequilíbrio no âmbito da ARP uma opção, não uma obrigação, mas não caracteriza instituto diverso. Além disso, buscou-se esclarecer que a possibilidade de liberação ou de revisão dos preços

registrados, que se aplicam apenas às contratações posteriores, não pode obstar o realinhamento no âmbito da contratação derivada já formalizada, não havendo preclusão do direito após a emissão do pedido.

Para demonstrar a compatibilidade do instituto do reequilíbrio com a ARP, em contraposição ao entendimento da AGU, foram expostos dispositivos de regulamentos locais e regionais que disciplinaram de forma mais clara a revisão e admitiram expressamente a elevação dos preços registrados, possibilitando a manutenção da Ata após alta extraordinária e afastando a necessidade de novas licitações para a obtenção dos mesmos resultados.

Por fim, foram destacados alguns artigos da nova Lei de Licitações e Contratos que parecem corroborar a interpretação que admite o reequilíbrio para majoração dos preços registrados, como a previsão de atualização periódica; a admissibilidade de preços diferentes para atender a contextos diversos, que poderá permitir alterações específicas, a depender da amplitude dos efeitos do fato gerador; a possibilidade de inclusão na ARP de licitantes remanescentes que mantenham suas propostas originais, com preços superiores aos registrados pelo licitante vencedor, para fornecimento no caso de impossibilidade de atendimento pelo primeiro colocado; e a ampliação do prazo máximo de vigência da Ata, que poderá justificar seu reajuste.

Tais inovações devem ensejar nova regulamentação federal, que poderá superar as limitações impostas pelo texto atual e servir como novo paradigma. Ademais, enquanto perduram os efeitos da legislação anterior, espera-se que a discussão que desperta a emergência da nova lei possa conduzir ao reexame da leitura oficial do atual regulamento, de modo a ampliar a aplicabilidade do reequilíbrio econômico-financeiro, potencializando a proteção dos direitos subjetivos e a economicidade do Sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Cássia Correia Pessoa. O papel do sistema de registro de preços, na modalidade pregão, no atual panorama das licitações e contratos da administração pública. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, 36: 099-143, jan./dez. 2010, nº 1 - 1975. Brasília, Seção de Documentação, 2010.

BELO HORIZONTE. Decreto nº 16.538, de 30 de dezembro de 2016. *Diário Oficial do Município - DOM*, Ano XXVI, Edição nº 5201, de 31 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1173760>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação de registro de preços: comentários ao decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Comissão Permanente de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Parecer nº 00001/2016.

_____. Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União. Parecer nº 00211/2020.

_____. Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica da União no Estado do Rio Grande do Sul. Parecer nº 0332/2015.

_____. Advocacia-Geral da União. Procuradoria Federal - IFG. Parecer nº 070/2016/SCTL/PF-IFG/AGU.

_____. Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013. Regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jan. 2013.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

_____. Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 1º abr. 2021 - Edição extra-F.

_____. Tribunal de Contas da União. *Licitações e Contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CASTRO, Adriano Augusto Pereira de. Desconstruindo a teoria da imprevisão: Parâmetros democráticos para a revisão judicial dos contratos sob a análise

econômica do direito. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, n. 11, 2006. Disponível em: <<http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D11-02.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2021.

CEARÁ. Decreto nº 28.087/2006. *Diário Oficial do Estado*, série 2, ano IX, nº 009. Disponível em: <<https://www.cge.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/20/2018/04/DECRETO-28.087-10-de-janeiro-de-2006-D.O.E-12-de-janeiro-de-2006-.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Compras pelo sistema de registro de preços*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda., 1998.

_____. *Sistema de registro de preços e pregão*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GOIÁS. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Acórdão - Consulta nº 00009/2020. Relator: Conselheiro Substituto Flávio Monteiro De A. Luna.

GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. *Pareceres da Procuradoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará*: v. 2. Fortaleza: TCE-CE, 2017.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDEIROS, Fábio Mauro de. *Registro de preços e sua natureza jurídica*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 14, n. 163, p. 15-26, jul. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Aline. *Você sabe quanto custa uma licitação? Custos das licitações e os efeitos para a Administração Pública*. Disponível em: <https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=11895&n=você-sabe-quanto-custa-uma-licitação?>. Acesso em: 02 mar. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

PAULA, Lucas de. *Aplicabilidade do Reequilíbrio Econômico Financeiro no Sistema de Registro de Preços*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/aplicabilidade-do-reequilibrio-economico-financeiro-no-sistema-de-registro-de-precos/>>. Acesso em: 27 fev. 2021.

PUCETTI, Renata Fiori. *Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 53.173, de 16 de agosto de 2016. *Diário Oficial do Estado* - DOE nº 157, de 17 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/DEC%2053.173.pdf>> Acesso em: 18 mar. 2021.

SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico: sistema de registro de preços: manual de implantação, operacionalização e controle*. 3. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TOMÉ, Shirley Sanchez. *A configuração jurídica do registro de preços: parâmetros para uma nova conformação legislativa*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Licitações públicas - Lei nº 8.666/93*. 5. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013.

_____. *Leis de licitações públicas comentadas*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.